

**УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ
У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ**

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ПРАВНИ СИСТЕМ И ЗАШТИТА
ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ**

ЗБОРНИК РАДОВА

ПРВА СВЕСКА

**THE LEGAL SYSTEM AND
PROTECTION AGAINST
DISCRIMINATION**

COLLECTION OF PAPERS

FIRST VOLUME

**Косовска Митровица
2015.**

“ПРАВНИ СИСТЕМ И ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ”
Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем
у Косовској Митровици, 23. јун 2015. године
ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА

Издавач:

Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у
Косовској Митровици

За издавача

Проф. др Душанка Јововић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Владимир Боранијашевић

Заменик главног и одговорног уредника

Доц. др Страхиња Д. Миљковић

Редакциони одбор:

Проф. др Петар Станојевић, проф. др Владан Михајловић, проф. др Владимир
В. Вековић, проф. др Марија Крвавац

Проф. др Силвија Петрић (Република Хрватска), проф. др Татјана Зороска
Камиловска (Република Македонија), доц. др Нивес Мазур Кумрић
(Белгија)

Технички уредник

Младен Годоровић

Дизајн корица

Димитрије Милић

Штампа

Графи колор, Краљево

Тираж:

100 примерака

ISBN 978-86-6083-030-4

**Штампање овог Зборника помогло је Министарство просвете, науке и
технолошког развоја Републике Србије**

ПРЕДГОВОР

Дискриминација представља изразито негативну појаву која постоји у свим друштвима, мање или више развијеним. Свако неједнако поступање или неоправдано прављење разлике засновано на личном својству одређеног лица или групе лица представља дискриминаторно понашање које није пожељно у демократском друштву. Како се начело једнакости појединаца схвата као морални императив на коме се базира савремена друштвена заједница, неопходно је борити се против дискриминације и развијати потенцијал друштва који је заснован на специфичним и различитим својствима њених чланова. На тај начин се доприноси стварању атмосфере у којој су једнакост, толеранција, равноправност, сарадња и поштовање различитости приоритет.

У Републици Србији је креиран адекватан нормативни оквир у домену заштите од дискриминације. Доношењем Закона о забрани дискриминације, као кровног закона у овој области, других антидискриминационих закона и установљавањем институције Повереника за заштиту равноправности, Република Србија је, поштујући међународне стандарде, начинила велики корак на законодавном и институционалном плану у борби против дискриминације. Међутим, упркос чињеници да су детаљно регулисани различити видови грађанскоправне, кривичноправне и прекршајноправне заштите од дискриминације, и да је спозната штетност дискриминације и важност њеног искорењивања, овај феномен је и даље присутан у друштву.

На Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 23. јуна 2015. године одржана је међународна научна конференција „ПРАВНИ СИСТЕМ И ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ“. Циљ конференције је био, с једне стране, да се са различитих аспеката обради једна врло актуелна тема, а с друге стране, да се омогући правним ствараоцима да изнесу своја мишљења и ставове у циљу потпуног и детаљног сагледавања стања у области дискриминације и заштите од дискриминације у Републици Србији и земљама у окружењу.

Публикација која је пред вама представља Зборник радова који су саопштени на овој конференцији. Избор теме научне конференције оправдао је очекивања организатора. Велики број научних посленика из Белгије, Хрватске, Македоније, Црне Горе, Републике Српске и Републике Србије послао је своје радове који су публиковани у две свеске Зборника радова. Од укупно 59 ауторских и коауторских научних прилога који су стигли на адресу редакције Зборника радова, највећи број је посвећен дискриминацији.

Рецензирани радови су распоређени у шест целина: Грађанскоправна област, Привредноправна област, Правноекономска област, Теоријскоправна и историјскоправна област, Кривичноправна област и Уставноправна и управноправна област.

Две свеске Зборника радова предајемо на суд правничкој и широј јавности. Надамо се да ће резултати истраживања и ставови аутора изнети у публикованим радовима отворити расправу о спорним питањима и помоћи у решавању дилема с којима се, када су у питању дискриминација и заштита од дискриминације, суочавају правна наука и пракса.

УРЕДНИК

С А Д Р Ж А Ј

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Гордана Станковић СПРЕЧАВАЊЕ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ПО ОСНОВУ ИМОВНОГ СТАЊА У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ	11
Др Душица Палачковић О ПОЈМУ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ И ТУЖБАМА У АНТИДИСКРИМИНАЦИОНИМ ПАРНИЦАМА	29
Dr. sc. Dragan Bolanča POMORSKI ZAKONIK REPUBLIKE HRVATSKE I SLUČAJEVI (NE)DISKRIMINACIJE	49
Др Невена Петрушић ПРАВНИ СТАТУС И ПОЗИЦИЈА ПОВЕРЕНИКА ЗА ЗАШТИТУ РАВНОПРАВНОСТИ У АРХИТЕКТУРИ НАЦИОНАЛНИХ ИНСТИТУЦИОНАЛНИХ МЕХАНИЗАМА ЗА РАВНОПРАВНОСТ	65
Dr Silviija Petrić ANTI-DISKRIMINACIJSKO PRAVO EUROPSKE UNIJE	87
Др Крвавац Марија УРЕДБА ЕУ БР. 650/2012 И УВОЂЕЊЕ ЕВРОПСКОГ СЕРТИФИКАТА О НАСЛЕЂИВАЊУ	103
Др Станка Стјепановић ОБАВЕЗА РОДИТЕЉА ДА СВОЈОЈ ДЈЕЦИ ОБЕЗБЕЂУЈУ ЧИСТУ ПИТКУ ВОДУ И МОГУЋИ ПРОБЛЕМИ У ЊЕНОМ ИЗВРШЕЊУ	119
Др Наташа Стојановић, др Јелена Видић Трнинић ОСТАВИНСКИ ПОСТУПАК У СВЕТЛУ ПРОПИСА О ВАНПАРНИЧНОЈ ПРОЦЕДУРИ И ПРИНЦИП ЈЕДНАКЕ ЗАШТИТЕ ПРАВА НАСЛЕЂА	131
Др Татјана Зороска Камиловска, др Милка Ракочевић СУДСКА ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ	153

Др Владимир Боранијашевић ПОСТУПАК У ПАРНИЦАМА ЗА ЗАШТИТУ ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ	173
Др Олга Јовић Прлаиновић ПРАВО НА ЈЕДНАКОСТ ДЕЦЕ СА ПОСЕБНИМ ПОТРЕБАМА – ПРАВО НА ОБРАЗОВАЊЕ	193
Dr Dinka Šago INDIVIDUALNA ANTIDISKRIMINACIJSKA SUDSKA ZAŠTITA KROZ PRIMJENU ZAKONA O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE U REPUBLICI HRVATSKOJ	207
Др Јелена Беловић МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ЛИЧНО ИМЕ - ДИСКРИМИНАЦИЈА НА ОСНОВУ ДРЖАВЉАНСТВА	227
Мр Душко Челић ДИСКРИМИНАЦИЈОМ ПРОТИВ "ДИСКРИМИНАЦИЈЕ" – ДИСКРИМИНАТИВНЕ ОДЛУКЕ УНМИК-а ("КОМИСИЈЕ ЗА СТАМБЕНА И ИМОВИНСКА ПИТАЊА")	237
Новак Крстић НАСЛЕДНОПРАВНА ДЕЈСТВА POST MORTEM РЕПРОДУКЦИЈЕ	257
Анђелија Тасић СУДСКА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ГРУПЕ ЛИЦА	277

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Соња Лучић ДИСКРИМИНАЦИЈА ПРОИЗВОЂАЧА ИЗ ОДРЕЂЕНЕ ГЕОГРАФСKE ОБЛАСТИ КАО ПОСЛЕДИЦА РЕГИСТРАЦИЈЕ ГЕОГРАФСKE ОЗНАКЕ КАО ЖИГ	293
Др Страхиња Д. Миљковић О НЕКИМ ВРСТАМА ОДГОВОРНОСТИ ДАВАОЦА ФРАНШИЗЕ ИЗ УГОВОРА О ФРАНШИЗИНГУ	307

Мр Дамјан Даниловић ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ У СТЕЧАЈНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ И ЗЕМЉАМА РЕГИОНА	327
Урош Здравковић ПРИНЦИП НЕДИСКРИМИНАЦИЈЕ У САВРЕМЕНИМ МЕЂУНАРОДНИМ ТРГОВИНСКИМ ОДНОСИМА	347
Александра Васић ЗАШТИТА ОЗНАКА ГЕОГРАФСКОГ ПОРЕКЛА У ФУНКЦИЈИ УНАПРЕЂИВАЊА КОНКУРЕНТНОСТИ	363
Гордана Дамјановић (НЕ)ДИСКРИМИНАЦИЈА СПОРАЗУМА О ТРГОВИНСКИМ АСПЕКТИМА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	373

ПРАВНО – ЕКОНОМСКА ОБЛАСТ

Др Зоран Исаиловић ПОРЕСКИ СИСТЕМ И НЕЈЕДНАКОСТ У САВРЕМЕНИМ ДРЖАВАМА	387
Др Емилија Вукадин ПРАВНИ СИСТЕМ У ФУНКЦИЈИ ЗАШТИТЕ СЛОБОДЕ ТРЖИШТА У ПРОЦЕСУ ЕВРОИНТЕГРАЦИЈА	401
Данијела Петровић ДИСКРИМИНАЦИЈА ЦЕНА У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ	419

ТЕОРИЈСКОПРАВНА И ИСТОРИЈСКОПРАВНА ОБЛАСТ

- Др Момир Милојевић
ЈЕДНАКОСТ ПРЕД ЗАКОНОМ И ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ
У РАЗУМНОМ РОКУ 433
- Др Марија Игњатовић, др Димитар Апасиев
QUAESTIO MAIESTATIS - СУЂЕЊЕ ПРЕД
МАЈЕСТАТСКОМ КВЕСЦИЈОМ КАО РЕДОВНИМ
РИМСКИМ КРИВИЧНИМ СУДОМ 447
- Др Драгана Ћорић
О ДИСКРИМИНАЦИЈИ – УЧИЊЕНА НЕПРАВДА
(НИ)ЈЕ УВЕК И ДИСКРИМИНАЦИЈА 463
- Др Наташа Деретић, др Лепа Бабић
ДА ЛИ ЈЕ ПРАВО ИЗЛАГАЊА И ПРОДАЈЕ ДЕЦЕ
(IUS EXRONENDI) ВАНВРЕМЕНСКА КАТЕГОРИЈА 475
- Dr Samir Aličić, mr Tina Miletić
IZIGRAVANJE ODREDBI O OGRANIČAVANJU
NASLJEDNOG PRAVA ŽENA PUTEM LEGATA
I FIDEIKOMISA U RIMSKOM PRAVU 487
- Мр Сања Савић
ПРАВНИ СИСТЕМ И ДИСКРИМИНАЦИЈА У БОСНИ И
ХЕРЦЕГОВИНИ ЗА ВРЕМЕ АУСТРОУГАРСКЕ ВЛАДАВИНЕ 501

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Гордана Станковић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

СПРЕЧАВАЊЕ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ПО ОСНОВУ ИМОВНОГ СТАЊАУ ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: *Право на бесплатну правну помоћ, гарантовано Уставом, регулисано је и одредбама Закона о парничном поступку (2011), којим је предвиђено и право странке на бесплатно заступање уколико је ослобођена од претходног сношења парничних трошкова. Право на бесплатну правну помоћ треба да омогући остваривање принципа правичности, једнакости и равноправност странака у поступку и спречи дискриминацију по основу имовног стања. У парничном поступку бесплатну правну помоћ пружају, по одлуци суда, искључиво адвокати којима држава плаћа накнаду за заступање. Аутор у раду критички анализира законске одредбе којима је регулисан овај институт.*

Кључне речи: *правна помоћ, бесплатно заступање, адвокат.*

1. Увод

1.1. Устав Републике Србије¹ у оквиру начелних одредби о људским и мањинским правима садржи општу норму о забрани дискриминације. Смисао уставне одредбе о забрани дискриминације је у настојању да се обезбеде основне претпоставке да се сва људска права која Устав гарантује остварују под једнаким условима. Устав у одредби чл. 21. изричито забрањује сваки облик дискриминације, без обзира да ли је она директна или индиректна и, у складу са међународним стандардима, у одредби ст. 3. чл. 21. наводи облике у којима се дискриминација може манифестовати. Међу универзалним колективним вредностима које се Уставом гарантују и штите у циљу елиминисања дискриминације су једнакост и равноправност пред законом и у судском поступку.

У складу са уставним принципима, Закон о парничном поступку (2011)² у одредби чл. 2. ст. 1. предвиђа да парничне странке у парничном

¹Устав Републике Србије, „Сл. гласник РС“ бр. 98 (2006).

²Закон о парничном поступку, „Сл. гласник РС“ бр. 72 (2011), 49 (2013), 74(2013), 55 (2014). У даљем тексту ЗПП.

поступку имају право на закониту, једнаку и правичну заштиту својих права.

1.2. У настојању да омогући да правна заштита буде доступна и оним субјектима који не могу да плате правне услуге, држава предузима различите мере да се успостави ефективан и економски доступан систем правне помоћи који финансира држава. Једна од тих мера је и институт бесплатне правне помоћи који је израз настојања државе и законодавца да спречи могућну дискриминацију по основу имовног стања странке и обезбеди услове за остваривање права на правично суђење и права на приступ суду.

2. Бесплатна правна помоћ

2.1. Бесплатна правна помоћ у парничном поступку представља законом уређени вид заштите којим држава омогућава да поједина лица остваре заштиту повређених, угрожених или оспорених права и интереса у поступку пред надлежним судом. Држава успоставља систем пружања бесплатне правне помоћи у судском поступку намењен оним лицима која имају потребу за пружањем правне заштите ради остваривања владавине права и ради заштите грађанских субјективних права угрожених лица која се нису остварила у фактичким животним односима тако што нормативно уређује пружање правне помоћи, обезбеђује пружање бесплатних правних савета и информација које се тичу судског поступка, преузима на себе сношење трошкова пружања правне помоћи, ослобађа одређени круг лица сношења трошкова проузрокованих парничним радњама тог лица у целини или делимично и обезбеђује бесплатно заступање у поступку за одређене категорије лица. Признавањем права на бесплатну правну помоћ држава омогућава да и одређени круг лица, упркос непознавању права, недовољном образовању, незапослености или лошим финансијским приликама, заштити и оствари своја права.³

2.2. Држава на различите начине нормативно уређује⁴ и обезбеђује пружање правних савета грађанима и пружање других бесплатних правних услуга у оквиру посебних стручних служби у оквиру јединица

³ У Србији, према подацима Министарства правде и државне управе, постоји велика потреба за пружањем различитих видова бесплатних правних услуга, посебно у ситуацији кад постоји повећање броја покренутих парничних поступака.

⁴ Одредбе о пружању правне помоћи садржане су у низу закона као што су нпр.: Закон о адвокатури, Закон о леокалној самоуправи, Закон о парничном поступку, Законик о кривичном поступку, Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника, Породични закон, Закон о азилу.

локалне самоуправе,⁵ адвокатуре,⁶ или преко различитих асоцијација⁷ и обезбеђује или њихово финансирање или накнаде онима који је непосредно пружају. Пружање бесплатне правне помоћи лицима којима је одлуком суда признато право на бесплатну правну помоћ не представља увек и рад без накнаде оних који се ангажују на њеном пружању јер држава из својих средстава исплаћује накнаду за пружену услугу у заступању у пуном или у умањеном износу.⁸

2.3. Право на бесплатну правну помоћ омогућава остваривање принципа једнакости, равноправности и правичности. На тај начин држава спречава дискриминацију која би била последица имовинског стања, непознавања права или образовања и обезбеђује остваривање права на правну заштиту и оним лицима (физичким и правним) која због својих имовинских прилика или због превисоких судских такси не могу да остваре ово право.

2.4. Право на бесплатну правну помоћ данас се третира као битан елемент права на правично суђење које се штити међународним⁹ и националним правним актима¹⁰ јер омогућава приступ суду и остваривање права на правично суђење. Из тог разлога у многим правним системима држава регулише на посебан начин пружање бесплатне правне помоћи

⁵ Одредбама новелираног чл. 85. ЗПП (2011) омогућено је да се у улози пуномоћника физичких лица у поступку јави представник службе правне помоћи јединице локалне самоуправе који је дипломирани правник са положеним правосудним испитом.

⁶ Служба правне помоћи и адвокати имају дужност да пружају правну помоћ, као и бесплатну правну помоћ под условима предвиђеним законом. Пружање правне помоћи од стране адвоката регулисано је одредбама Закона о адвокатури (чл. 3).

⁷ Синдикати се оснивају за циљем да пружају заштиту и правну помоћ својим члановима. Дипломирани правник са положеним правосудним испитом овлашћен је законом да може да заступа запосленог у парници која се води поводом спора из радног односа под условом да је запослени члан тог синдиката. Поред синдиката, и поједине невладине организације могу да пружају само бесплатну стручну правну помоћ грађанима али не и да их заступају пред судом.

⁸ Фебруара 2007.г. формиран је у Србији Фонд за бесплатну правну помоћ са циљем да се испитају различити модели пружања правне помоћи, провере постојећи критеријуми по којима се признаје право на правну помоћ и прикупе подаци о средствима за финансирање система правне помоћи да би се пронашла оптимална решења у циљу реформисања система бесплатне правне помоћи.

⁹ Нпр. ослобађање од трошкова поступка одређеним категоријама лица предвиђено је Међународним пактом о грађанским и политичким правима (1966), Хашком конвенцијом о грађанском поступку (1957), Конвенцијом о олакшању међународног приступа судовима (1988) итд.

¹⁰ И после дугогодишњег рада на припреми Закона о бесплатној правној помоћи, и поред неколико припремљених радних верија које су биле и предмет јавне дискусије и предмет експертисе Савета Европе, још увек није донет овај законски акт.

одређеним категоријама становништва, посебно из групе социјално угрожених.

2.5. Основни међународни правни акт који гарантује право на бесплатну правну помоћ је Европска конвенција за заштиту основних права и слобода (1950) са додатним протоколима.¹¹ Поред тога, Савет Европе је донео низ резолуција и препорука¹² у којима је предвиђено право на бесплатну правну помоћ.¹³

Европска конвенција изричито предвиђа право на бесплатну правну помоћ само у кривичном поступку¹⁴ а не и у грађанским судским поступцима. У кривичном поступку предвиђено је право на бесплатног браниоца када то налажу интереси правде и материјалне прилике окривљеног.¹⁵

2.6. Иако ЕК изричито не регулише право на бесплатну правну помоћ, Европски суд је тумачењем ЕК у предмету Ејри (Airey) против Ирске из 1979.¹⁶ закључио да сваки појединац треба да ужива ефективно право на приступ суду упркос одсуству сличне одредбе за грађанске парнице у тексту ЕК. Из тог разлога ова одлука, којом је предвиђено, као правни стандард, право на бесплатну правну помоћ,¹⁷ представља посебан извор права за све грађанске судске поступке с обзиром да су одлуке

¹¹ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, „Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 9/03, 5/05 и 7/05-исправка; у даљем тексту ЕК.

¹² Видети нпр. Резолуцију (78) 8 о бесплатној правној помоћи и правном савету, Препоруку (93) 1 о делотворном приступу правосуђу и правди за социјално угрожене, Резолуцију (76) 1 о правној помоћи у грађанским, привредним и управним стварима, Препоруку (81) 3 о мерама за олакшање приступа правди.

¹³ У правном систему Европске уније право на бесплатну правну помоћ, као једно од основних људских права, предвиђено је нпр. у Конвенцији о основним правима у Европској унији која је усвојена у Ници 2000.г. али у у појединим директивама. Видети: <http://www.legislationline.org>

¹⁴ Чл. 6. ст. 3. ЕК.

¹⁵ Детаљно о томе: С. Кнежевић, „Сиромашко право“ у кривичном поступку, Међународни научни скуп „Заштита људских права и слобода у време економске кризе“, Тара, 2011, стр. 286.

¹⁶ Видети: <http://www.echr.coe.int>

¹⁷ Ова одлука представља преседан који налаже државама – потписницима ЕК да обезбеде пружање бесплатне правне помоћи у поступку ситуацијама кад је она неопходна. Критеријуми за пружање бесплатне правне помоћи су: значај предмета за странку, сложеност предмета, способност странке да сама предузима процесне радње, висина трошкова поступка и могућност странке да их сама сноси. Детаљно о томе: А. Узелац, Експертиза поводом Нацрта Закона о бесплатној правној помоћи у Републици Србији, Коментари на Нацрт у смислу примењивих европских стандарда и искустава земаља у региону, фебруар 2012.

Европског суда које се односе на заштиту људских права правно релевантне у том домену.

У овој одлуци Европски суд је заузео став да су државе дужне да обезбеде бесплатну квалификовану стручну правну помоћ¹⁸ када је то потребно да се обезбеди делотворна заштита грађанских права и обавеза странке у поступку било зато што је по националном праву предвиђено обавезно адвокатско заступање или због сложености конкретног случаја.¹⁹ Европски суд полази од тога да ЕК гарантује право на правично суђење и да се ово право „у одређеним ситуацијама додатно појачава обавезом државе да обезбеди бесплатну правну помоћ.“²⁰

2.7. Уставом²¹ је, у циљу остваривања права на правну заштиту, права на правично суђење и права на приступ суду, одредбом чл. 67. предвиђено право на правну помоћ, као индивидуално и опште право,²² и прописано да се законом одређује кад је правна помоћ бесплатна. Осим тога, Уставом је загарантовано да услуге правне помоћи пружају адвокатура и служба правне помоћи које су, као посебне институције, дужне да пружају правну помоћ.

Прокламовањем уставног права на правну помоћ предвиђена је дужност државе да нормативно уреди услове за вршење и заштиту права на правну помоћ, да уреди систем пружања бесплатне правне помоћи задовољавајућег квалитета и да обезбеди неопходна средства за пружање бесплатне правне помоћи.

У складу са прокламованим правом на правну заштиту и правом на правну помоћ, држава је правним правилима у парничном поступку предвидела механизме којима се остварује право на правично суђење и

¹⁸ Новелама ЗПП (2011) из 2014. и укидањем адвокатског монопола у заступању знатно је проширен круг квалификованих пуномоћника физичких лица јер су се, поред адвоката на листи потенцијалних пуномоћника нашли представник службе правне помоћи јединице локалне самоуправе и представник синдиката.

¹⁹ Право на бесплатну правну помоћ Европски суд касније је потврдио у низу својих одлука у којима је наведено да су државе дужне да обезбеде једнакост странака пред законом, да је странка дужна да докаже своје слабо материјално стање које оправдава потребу за бесплатним пружањем правне помоћи, да се бесплатна правна помоћ мора обезбедити у свим стадијумима поступка пред свим судским инстанцама, да адвокат мора да има довољно времена за припрему за заступање, да држава има право на враћање утрошених средстава на име бесплатне правне помоћи уколико се побољшају економске прилике корисника бесплатне правне помоћи.

²⁰ Предмет Артико против Италије, *Европски суд за људска права, Одабране пресуде*, Београд, 2005, стр. 522.

²¹ „Службени гласник РС“, бр. 98/2006.

²² Право на бесплатну правну помоћ је први пут у нашем правном систему гарантовано као људско право.

право на приступ суду и регулисала на одређени начин пружање правних услуга у поступку, бесплатно или уз смањене трошкове.

2.8. Право на бесплатну правну помоћ данас је посебно актуелно како због стања у друштву, тако и због одређених промена на законодавном плану.

Стање у савременом друштву карактерише: енормни пораст броја незапослених као последица неуспелих приватизација, стални пораст броја незапослених и осиромашених грађана због стања у привреди и растуће економске кризе, константно раслојавање у друштву, велики број појединаца који остварују минималне износе зарада или пензија, пораст броја неписмених, и даље велики број избеглица и интерно расељених лица, повећање броја жртава трафикинга или породичног насиља, итд.

2.9. На потребу за пружањем бесплатне правне помоћи утицала су и одређена нормативна решења која су продукт правне транзиције, настојања да се национално законодавство у што већој мери хармонизује са комунитарним правом, повећање броја правних имплантата, поједина исхитрена законска решења у домену процедуре.

Пре свега, неуспела судска реформа до које је дошло у првој деценији новог миленијума, због промена у судској мрежи, утицала је и отежала је у одређеној мери приступ суду.²³

Перманентно повећање висине судских такси и адвокатске тарифе, имало је, као резултат, отежан приступ суду и све већу потребу за ослобађањем од плаћања судских такси и за пружањем бесплатне правне помоћи.²⁴

И саме законодавне промене у парничном поступку, које су биле резултат нових законских решења које су донели ЗПП (2004)²⁵ са изменама из 2009. и ЗПП (2011), имале су за последицу отежан приступ

²³ Извршене промене у судској мрежи довеле су до знатног смањења броја првостепених, основних и виших судова. Промене у судској мрежи проузроковале су повећане трошкове странкама које су имале потребу за правном заштитом или одустајање од тражења правне заштите због енормних трошкова којима су изложене. Странке које припадају социјално угроженим категоријама становништва биле су принуђене да одсуствују са посла у дужем временском периоду, да више сати проведу у путу до седишта суда, да имају издатке због путовања, да носе путне трошкове адвоката или да у већој мери анагажују адвокате који имају канцеларије у седишту суда, а оне које су биле слабог имовног стања одустајале су да траже судску заштиту својих права.

²⁴ Према подацима Министарства правде и државне управе, у Србији су појединци су најчешће тражили примарну правну помоћ која се састоји у консултацијама, саветима и састављању иницијалних поднесака (97,97%), а само у 2,03% захтевали су заступање пред судом.

²⁵ „Службени гласник РС“ бр. 125/04 и 111/09, у даљем тексту ЗПП (2004).

суду за одређени круг лица, а посебно за неуке и сиромашне странке или су, у појединим ситуацијама, довеле до нарушавања принципа правичног суђења.

2. 10. Поједина законска решења из ЗПП (2004) нису погодовала неким странкама или странкама које су слабог имовног стања. ЗПП (2004) елиминисао је могућност да странка изјави тужбу или правни лек на записник код суда, предвидео је обавезан одговор на тужбу, увео пресуду због пропуштања уколико изостане одговор на тужбу и пресуду без усмене расправе уколико је неспорно чињенично стање, предвидео обавезно адвокатско заступање у поступку пред највишим судом,²⁶ ограничио право на изношење новота у инстанционом поступку. Новеле ЗПП (2004) из 2009. у одређеној мери погоршале положај неких странака фаворизовањем принципа посредности и настојањем да се што више афирмише расправни принцип што је утицало на квалитет заштите кад су биле у питању странке невичне праву које нису имале квалификованог заступника.

Законодавац је одредбама ЗПП (2004) у одређеној мери ипак настојао, колико то може један процесни закон, посебно у ситуацији кад је основни правно-политички захтев ефикасност у пружању правне заштите, да олакша приступ суду одређеним категоријама лица све док се системски не уреди област бесплатне правне помоћи. Да би обезбедио виши ниво правне заштите овај закон је предвидео да само адвокати могу да буду привремени законски заступници и предвидео је, у складу са начелом социјалног поступања, поред традиционалног института ослобађања од претходног сношења парничних трошкова, и бесплатног законског заступника из реда адвоката уместо бесплатног пуномоћника²⁷ кога је познавао раније, југословенски процесни режим. Поред поучавања неуке странке, ЗПП (2004) омогућио је и посебан третман неуке странке у

²⁶ Законодавац је предвиђањем обавезног адвокатског заступања пред највишим судом настојао да обезбеди стручно и квалитетно заступање странака, да допринесе повећању ефикасности поступка, да постигне виши квалитет пружања правне заштите и да заступање у поступку по ванредним правним лековима пред највишим судом повери искључиво адвокатима, као посебно квалификованим правним стручњацима. Детаљно о томе: Г. Станковић, Обавезно адвокатско заступање у поступку по ревизији и захтеву за заштиту законитости, *Правни информатор*, 12/2006.

²⁷ Разлика између бесплатног пуномоћника и бесплатног законског заступника је у томе што је бесплатни пуномоћник добијао пуномоћје од странке пошто би личност пуномоћника из реда адвоката или дипломираних правника одредио суд, док бесплатни законски заступник може да буде искључиво адвокат а одређује га суд решењем.

поступку кад су у питању формални недостатци њених поднесака у односу на поднеске квалификованих заступника.

2.11. ЗПП (2011) је, у знатно већој мери у односу на ЗПП (2004), отежао приступ суду неким и сиромашним странкама због измењених правила процедуре која прописује низ процесних ограничења у погледу многих процесних овлашћења или у погледу садржине и форме низа страначких парничних радњи. За овај законски текст карактеристично је напуштање истражног начела и фаворизовање расправног начела у погледу формирања процесног материјала, знатно ограничавање права на изношење новотау првостепеном поступку и преиначења тужбе, предвиђање преклузије за многе страначке парничне радње, увођење принципа евентуалности, даља одступања од начела непосредности, напуштање начела поучавања неке странке и његову замену начелом упозоравања странке, сужавање права на слободно заступање у погледу избора пуномоћника, увођење адвокатског монопола и прописивање стручних и других квалификација за пуномоћнике правних лица, увођење обавезног адвокатског заступања у погледу изјављивања ванредних правних лекова, висок лимит за ревизију и малични поступак, правило о томе да се неоспорене чињенице сматрају неспорним, супституисање сведочења писаном изјавом, увођење приватног вештачења, обавезно обраћање правобранилаштву пре подизања тужбе и др. Многа од нових законских решења имала су за последицу отежан приступ суду, правну неједнакост странака и нарушавање принципа правичног суђења.

У настојању да олакша приступ суду, ЗПП (2011) предвидео је могућност да странка у току рока за изјављивање редовног или ванредног правног лека затражи пружање бесплатне правне помоћи и продужење рока за предузимање оних парничних радњи које су везане за преклузивни рок док се не оконча поступак у коме се одлучује о њеном праву на бесплатно заступање. Осим тога, овај закон је предвидео могућност да бесплатну правну помоћ у парничном поступку добију и они корисници бесплатне правне помоћи чије је право на бесплатну правну помоћ предвиђено посебним законом.

2.12. Правну заштиту пружа држава која и финансира рад правосудних органа.²⁸ Међутим, држава не пружа бесплатну правну заштиту и један део судских трошкова преваљује и на странке које су, својим радњама, ангажовале судски апарат, те парничне странке партиципирају у трошковима правосуђа тако што из одређених

²⁸ Детаљно: Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, свеска прва, *Парнично процесно право*, Ниш, 2010, стр. 307.

финансијских и правно-политичких разлога плаћају судске таксе и што сноси објективне трошкове поступка²⁹ који настају у конкретној парници.

Да би омогућио да странке остваре једнако право на правну заштиту, признату и загарантовану Уставом и отклонио препреке које могу отежати или онемогућити остваривање овог права, законодавац је, пре свега, предвидео право на претходно ослобођење од плаћања трошкова поступка (тзв. сиромашко право). Ово право, предвиђено одредбама ЗПП (2011), састоји се у томе што странку, која према свом општем имовном стању није у могућности да претходно сноси трошкове поступка, суд може ослободити ове процесне дужности. На овај начин омогућава се странкама којима имовинске прилике то не дозвољавају, да остварују заштиту својих права или да због свог слабог имовног стања случајно не одустану од заштите својих права.

Признавањем права на претходно ослобађање од сношења трошкова поступка представља посебну социјалну меру коју законодавац традиционално предвиђа, као вид економске помоћи странкама слабог имовног стања, да би омогућио остваривање права на правну заштиту и, у крајњој линији, остваривање принципа владавине права.³⁰ Зависно од резултата поступка, суд касније дефинитивно, по посебним правилима, одлучује о коначном сношењу трошкова поступка.³¹

Право на ослобођење од претходног сношења парничних трошкова признаје се свим странкама без обзира да ли су физичка лица³² или правна лица одн. предузетници, с тим што су законским одредбама предвиђени посебни услови који се односе на физичка лица. Поред странака ово право могу да користе и умешачи.³³ Ослобођење може да буде потпуно или делимично. Странка која је потпуно ослобођена од претходног сношења парничних трошкова има и право на бесплатно заступање као вид бесплатне правне помоћи у поступку.

2.13. Право странке на бесплатну правну помоћ предвиђено је одредбом чл. 170. ЗПП (2011). Овом одредбом законодавац је предвидео

²⁹ То су трошкови потраживања сведока, вештака, привременог заступника, потраживања судија или записничара настали поводом увиђаја.

³⁰ У том смислу: Ј. Чизмић, О пружању бесплатне правне помоћи, *Зборник Правног факултета у Ријеци*, бр. 1, 2010, стр. 389.

³¹ Видети: Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, свеска прва, *Парнично процесно право*, Ниш, 2010, стр. 310, Р. Кеча, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012, стр. 260, А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012, стр. 548.

³² Ово право признато је и домаћим и страним држављанима, као и лицима без држављанства.

³³ Детаљно о томе: Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, свеска прва, *Парнично процесно право*, Ниш, 2010, стр. 316.

да се и посебним законом,³⁴ у складу са Уставом, регулишу облици пружања бесплатне правне помоћи,³⁵ као и, евентуално, категорије лица које би по том закону имале на њу право.

Према одредбама ЗПП (2011), суд у току читавог поступка може да призна странци право на бесплатно заступање само кад је странка потпуно ослобођена од плаћања трошкова поступка иако је то нужно ради заштите права странке, као и кад је то предвиђено посебним законом. Поред тога, да би суд странци признао право на бесплатну правну помоћ, потребно је да буду испуњени и неки допунски услови. Суд треба да узме у обзир вредност предмета спора, број лица које странка која је физичко лице издржава, приходе и имовину коју имају странка и чланови њене породице.³⁶

Право на бесплатну правну помоћ укључује и право на бесплатно заступање. У улози бесплатног заступника одређеног одлуком суда, према одредбама ЗПП (2011), може да се јави искључиво адвокат.³⁷ Одлуку о праву на бесплатно заступање може да донесе и првостепени и инстанциони суд.

Право на бесплатно заступање има странка која је већ ослобођена од трошкова поступка и која накнадно може да захтева да јој се призна и право на бесплатно заступање. Ово је посебно значајно у ситуацији кад је странка лично и непосредно предузимала парничне радње у првостепеном и другостепеном поступку. Пошто је у поступку по ванредним правним лековима предвиђено обавезно адвокатско заступање, странка има право да затражи да јој се постави бесплатни законски заступник из реда адвоката уколико има намеру да изјави ванредни правни лек.

Треба приметити да законом није предвиђена дужност суда да парничну странку информишео праву на коришћење бесплатне правне

³⁴ Националном стратегијом реформе правосуђа 2013-2018. било је предвиђено доношење Закона о бесплатној правној помоћи до краја 2014. Видети: <http://mpravde.gov.rs>

³⁵ Радни текст Закона о бесплатној правној помоћи у току 2012.г. био је предмет јавне дискусије и експертисе Савета Европе. Видети сајт Министарства правде и државне управе, <http://mpravde.gov.rs>

³⁶ Чл. 168. став 4. ЗПП (2011).

³⁷ У процесном праву Краљевине Југославије било је предвиђено да сиромашна странка има право да тражи да јој се постави бесплатни заступник. У парници у којој је предвиђено обавезно адвокатско заступање бесплатни заступник је био адвокат, док су у парницама у којима није било предвиђено обавезно адвокатско заступање, под одређеним условима, за бесплатне заступнике постављани чиновници државног тужилаштва или суда. Видети пар. 165. Законика о грађанском судском поступку (1929).

помоћи или да је упозори на то да има право да затражи да буде бесплатно заступана у поступку.

2.14. За разлику од ЗПП (2004)³⁸ и Радне верзије ЗПП (2011),³⁹ који су предвиђали бесплатног законског заступника, законодавац је у одредби чл. 170. употребио неадекватан процесни термин и у процесни систем увео нову правну категорију заступника – „бесплатног пуномоћника.“⁴⁰

Разлика између законског заступника и пуномоћника у свим правним системима је у основу овлашћења за заступање. Законски заступник овлашћење за заступање изводи из закона, акта суда или другог надлежног државног органа (органа старатељства), док пуномоћник, као вољни заступник, своје овлашћење за заступање заснива на пуномоћју – на акту који потиче од властодавца.

Пошто је основ овлашћења за заступање управни акт који је донео председник суда и пошто странка нема никакав утицај на избор стручног лица које ће јој пружити правну услугу која се састоји у заступању у поступку,⁴¹ нити му издаје пуномоћје, нити ступа у уговорни однос са адвокатом који ће је заступати, ЗПП (2004) користио је термин бесплатни заступник. Било је јасно да адвокат⁴² пружа услуге на основу акта о именовању у складу са законом и правилима струке и етике,⁴³ а не на основу уговора о заступању.

„Бесплатни пуномоћник“, како га законодавац у тексту ЗПП (2011) назива, иако употребљени термин на то асоцира, није вољни заступник

³⁸ Видети одредбу чл. 166. ЗПП (2004).

³⁹ Видети одредбу чл. 166. Радне верзије ЗПП (2011). Текст је доступан на сајту Адвокатске коморе Србије, <http://advokatska-komora.co.rs>.

⁴⁰ Детаљно о томе: Г. Станковић, *Закон о парничном поступку, Предговор*, стр. 74, Београд, 2012.

⁴¹ У поступку именовања бесплатног заступника није предвиђена могућност да се странка изјашњава о личности заступника који ће јој пружити неопходну правну помоћ.

⁴² У некадашњем југословенском процесном праву заступник је могао да буде лице са правном спремом које је способно да пружи потребну правну помоћ. Ово решење је напуштено у првом ЗПП (2004) јер је законодавац пошао од тога да се, с једне стране, адвокати професионално баве пружањем правне помоћи, да правници из службе правне помоћи не могу да заступају странку пред судом, да се одређивањем адвоката за бесплатног заступника оптимално штити странка којој је потребна стручна правна помоћ, а с друге стране, да није више потребно да суд процењује да ли је поједино стручно лице које није адвокат способно да у конкретној парници пружи потребну правну помоћ, као и да ће ангажовање адвоката у улози заступника знатно убрзати поступак кад се ради о заступању неуге странке. Именовање адвоката, као бесплатног заступника, према одредбама ЗПП (2011) природна је последица чињенице да је овај закон успоставио адвокатски монопол у погледу заступања.

⁴³ У том смислу и: А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012, стр. 555.

без обзира што се именује из реда адвоката и има сва овлашћења која имају адвокати, као пуномоћници. „Бесплатног пуномоћника“ именује и разрешава председник суда и он из једног управног акта, акта једног државног органа, а не из пуномоћја, извлачи своја овлашћења за заступање. „Бесплатни пуномоћник“ је одређен решењем суда и није му потребно пуномоћје да би се легитимисао као заступник и заступао странку. „Бесплатном пуномоћнику“ суд је поверио заступање странке, а не сама странка, и њему није потребно пуномоћје да би пружао правне услуге странци у поступку. „Бесплатни пуномоћник“ је, као адвокат, према Уставним одредбама дужан да пружа правну помоћ и он не може одбити да врши заступничку дужност коју му је поверио суд.⁴⁴

Странка нема никакав утицај на избор личности бесплатног заступника који се именује по редоследу са списка адвоката јер се у том погледу одступа од начела слободног заступања које укључује и слободан избор адвоката – њој је наметнуо лице које ће је заступати. Тако именованом заступнику странка не издаје пуномоћје, нити се између ње и именованог заступника („бесплатног пуномоћника“) заснива уговорни однос. Пошто „бесплатни пуномоћник“ заступа странку *ex lege*, странка није овлашћена да му ограничи овлашћења нити може да омогући да именованог адвоката замењује адвокатски приправник из његове канцеларије.

Против решења председника суда којим се одлучује о постављању (и разрешењу) пуномоћника није дозвољена жалба.⁴⁵

У односу на „бесплатног пуномоћника“ не важе правила о отказу и опозиву пуномоћја, која важе у односу на вољне заступнике – пуномоћнике. То јасно указује да је у питању редакцијска грешка оних који су формулисали ову одредбу и који нису разликовали законско од вољног заступања. Постављени „бесплатни пуномоћник“, пошто је постављен актом председника суда, има право да захтева да буде разрешен из оправданих разлога, те не може да откаже пуномоћје које нема, а предлог за разрешење бесплатног пуномоћника може да поднесе и странка, која не може да опозове пуномоћје јер није властодавац. О разрешењу „бесплатног пуномоћника“ одлучује председник суда решењем и против тог решења није дозвољена жалба.

Уколико парнична странка умре, гаси се њено право на бесплатно заступање и престаје свака веза између странке и бесплатног заступника.

⁴⁴ У том смислу и: Б. Познић, *Коментар Закона о парничном поступку, Према тексту Закона из 1976. године са доцнијим изменама и допунама*, Београд, 2009, стр. 374.

⁴⁵ Против одлуке суда којом је одбијен захтев странке да јој се постави бесплатни заступник дозвољена је жалба.

Право на бесплатно заступање гаси се само од себе јер је признато конкретної странци а не и њеним сукцесорима. Бесплатни заступник није дужан, као пуномоћник, да заступа наследнике странке одређени временски период после смрти властодавца.

2.15. Поступак за постављање бесплатног заступника покреће странка својим предлогом. Одредбама ЗПП (2011) није предвиђена могућност да сам парнични суд по службеној дужности именује бесплатног заступника уколико утврди да је у питању чињенично и правно сложена правна ствар са озбиљним финансијским реперкусијама која захтева заступање од стране компетентног и искусног адвоката.⁴⁶

Странка може да симултано са захтевом за признавање тзв. „сиромашког права“ захтева и постављање бесплатног заступника или то може накнадно да учини пошто јој суд призна „сиромашко право.“

О праву странке на бесплатно заступање одлучује председник суда.⁴⁷ Бесплатни заступник се именује са списка који суд добија од адвокатске коморе и који је објављен на сајту суда и Адвокатске коморе.⁴⁸ Избор адвоката врши председник суда⁴⁹ који са јавно објављеног списка, по одређеном редоследу,⁵⁰ одређује личност бесплатног заступника и именује га својим решењем.

⁴⁶ Видети образложење Европског суда у предмету *Steel and Morisv. the United Kingdom*, Application no. 68416/01, 15. фебруар 2005, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68224>

⁴⁷ У процесном праву Краљевине Југославије суд је био дужан да и шиканозном парничару призна право на бесплатно заступање уколико су испуњени законски услови. Међутим, сам бесплатни заступник је имао овлашћење да предложи да буде разрешен дужности заступања уколико се ради о шиканозном парничењу. Видети: Ф. Горшић, *Коментар грађанског парничног поступка*, књига прва, Београд, 1933, стр. 501.

⁴⁸ Са истог списка именује се и привремени законски заступник.

⁴⁹ У процесном праву Краљевине Југославије одлуку о признавању права на бесплатно заступање доносио је првостепени суд, а одбор адвокатске коморе доносио је одлуку који ће адвокат заступати сиромашну странку (видети пар. 167. Законика о судском поступку у грађанским парницама из 1929.г.). Уколико је у току поступка настала потреба да се предузме радња изван подручја суда на коме пребива постављени адвокат сиромашне странке, одбор адвокатске коморе је био дужан да на предлог саме странке или постављеног адвоката одреди за супститута адвоката који пребива на подручју оног суда на чијем подручју треба предузети конкретну радњу. Овакво законско решење полазило је од тога да именовани адвокат не треба да трпи штету и да преузима на себе несразмерно велики терет.

⁵⁰ Југословенски ЗПП (1976) је предвиђао да се за заступника одређује првенствено адвокат који има канцеларију у седишту суда, а не и адвокат који има канцеларију у другом месту на подручју парничног суда.

Председник суда није дужан да омогући странци да се изјасни о личности именованог бесплатног заступника, нити сам адвокат, који је одређен за бесплатног заступника има могућност да у поступку свог именовања евентуално истакне разлоге због којих у конкретном случају не би могао да врши функцију заступања.

Против решења о именовању бесплатног заступника није дозвољена жалба.

2.16. Председник суда је дужан да одлучи о праву на бесплатног заступника у року од осам дана од дана подношења предлога односно у року од осам дана од достављања жалбе другостепеном суду.

Уколико је странка поднела предлог да јој се призна право на бесплатно заступање, рок за предузимање радње од које зависи заштита права странке тече од дана достављања решења којим је одлучено о захтеву странке да јој се постави заступник. На овај начин заштићено је право странке на правни лек, посебно у погледу ванредних правних лекова, јер јој је одредбама о обавезном адвокатском заступању у поступку по ванредним правним лековима одузета постулативна способност.

2.17. Пошто је бесплатни заступник адвокат који заступа странку у поступку, одредбе ЗПП о пуномоћницима сходно се примењују и на бесплатног заступника, ако у одредбама ЗПП није другачије прописано. Странка има право да даје изјаве поред бесплатног заступника, а има и право да предузима диспозитивне парничне радње јер јој законодавац није изричито одузео постулативну способност кад јој је омогућио квалификовано заступање у поступку.

Странка нема право да одреди обим овлашћења за заступање адвокату који је именован за њеног бесплатног заступника. Она нема могућност да сузи његова овлашћења у заступању, нити да измени његова овлашћења која је он добио решењем суда приликом именовања или која има према одредбама ЗПП (2011).

2.18. Бесплатни заступник је овлашћен и дужан да штити интересе странке коју заступа у складу са законом и Кодексом адвокатске етике.

2.19. Законом је предвиђено и разрешење бесплатног заступника и то на предлог странке и на захтев самог бесплатног заступника. Именовани заступник може да захтева разрешење само из оправданих разлога. Оправдани разлог може нпр. да буде једна од околности које су Законом о адвокатури⁵¹ предвиђене као разлози због којих адвокат може да одбије пружање правне помоћи (нпр. да је већ заступао парничног

⁵¹Законом о адвокатури (2011) предвиђена је дужност адвоката да пружа правну помоћ ако га као заступника у складу са законом постави суд, осим ако постоје законски разлози из којих може да одбије заступање и да затражи разрешење.

противника странке коју треба бесплатно да заступа, да је био судија у конкретној правној ствари или кад постоји сукоб интереса између странке и бесплатног заступника). Странка може да захтева да се бесплатни заступник разреши уколико није задовољна његовим ангажовањем или кад између ње и одређеног заступника постоји сукоб интереса и да истовремено захтева да јој се постави други бесплатни заступник.

О разрешењу бесплатног заступника одлучује председник суда.⁵²

Против решења суда којим се одлучује о именовању и разрешењу заступника није дозвољена посебна жалба.

Све док суд не одреди другог бесплатног заступника, заступник који је захтевао да буде разрешен одн. чије разрешење је захтевала странка, дужан је да заступа странку.

2.20. Ако у току поступка умре странка којој је био постављен бесплатни заступник, престаје право на бесплатно заступање, као лично право које је било признато конкретној парничној странци, а не и њеним наследницима. У том случају председник суда је дужан да ту околност констатује решењем о разрешењу.

2.21. Надзор над радом адвоката који је постављен за бесплатног заступника није предвиђен одредбама ЗПП (2011). Анализа различитих система пружања бесплатне правне помоћи у појединим правним системима која је вршена у процесној литератури показује да овај вид заступања карактерише ограничен надзор над радом бесплатног заступника, недостатак контроле квалитета саме правне услуге коју он пружа и врло често недовољно ангажовање и незаинтересованост адвоката.

2.22. Правни положај адвоката кога је странци суд поставио за заступника разликује се од полагаја адвоката кога је странка ангажовала као пуномоћника. Адвокати пружају странкама правну помоћ на основу посебног уговора који закључују са странком. Адвокат кога је именовао суд дужан је да заступа странку на основу посебног управног акта који доноси председник суда. Решење о именовању бесплатног заступника акт је судске управе којим се утврђује право на бесплатно заступање и одређује конкретни бесплатни заступник из реда адвоката. Однос именованог адвоката за заступника странке и странке није заснован на уговору о заступању. Именовани заступник није у уговорном односу са странком. Он врши јавну функцију у складу са овлашћењима која су одређена у решењу о његовом именовању.

⁵²Према одредбама југословенског ЗПП (1976), о разрешењу именованог заступника одлучивао је ван расправе председник већа, а на расправи веће. Против те одлуке није била дозвољена жалба. Исто решење постоји и данас у Закону о парничном поступку Републике Хрватске.

2.23. Крајем 2012. кад је започео рад на изменама и допунама ЗПП (2011)⁵³ и радна група која је формирана припремила је радни материјал који је био предмет јавне расправе.⁵⁴ У овом радном материјалу предвиђено је, између осталог, укидање адвокатског монопола у заступању, тако што је проширен круг субјеката који се могу јавити у улози пуномоћника. Међутим, у радном материјалу нису предвиђене измене у погледу дужности адвоката да странкама пружају бесплатну правну помоћ по одлуци суда чије пружање финансира држава као „бесплатни пуномоћници.“

Измене и допуне ЗПП (2011) усвојене маја 2014. прошириле су круг субјеката који могу да се јаве у улози пуномоћника и посебно, круг субјеката који могу да пружају бесплатну правну помоћ. Међутим, вишемесечна обустава рада адвоката,⁵⁵ незадовољних, пре свега, увођењем јавног бележничтва у правни систем, знатно је угрозила право на приступ суду и право на правну заштиту социјално најугроженије категорије становништва којима је, услед обуставе рада адвоката, било ускраћено право на квалификовано бесплатно заступање.

3. Закључно разматрање

3.1. Право на бесплатну правну помоћ и бесплатно заступање социјално угрожене категорије становништва нормативно је регулисано у складу са Уставом да би се отклониле или промениле околности које спречавају остваривање права на приступ суду и принципа правичности и омогућило постизање равноправности оних странака које се због свог материјално-економског положаја налазе у неједнаком положају у односу на другу парничну странку. У складу са уставним принципом социјалне правде и процесним принципом социјалне заштите, законодавац је предвидео посебне процесне инструменте у виду права на ослобођење од претходног сношења парничних трошкова, права на бесплатну правну помоћ и права на бесплатно законског заступника којима се ублажава и отклања фактичка неједнакост парничара.

3.2. Доношење Закона о бесплатној правној помоћи, чије се доношење очекује већ дуже време, треба да уреди систем бесплатне стручне правне помоћи да би се обезбедила делотворна заштита грађанских права и обавеза странка у поступку.

⁵³ ЗПП (2011) ступио је на снагу 1.2.2012. а већ септембра исте године започео је рад на његовим изменама и допунама.

⁵⁴ Радни материјал је публикован на сајту Министарства правде и државне управе, <http://mpravde.gov.rs>

⁵⁵ Обустава рада је трајала од септембра 2014. до јануара 2015.

Gordana Stanković, Ph.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

LEGAL AID IN REPRESENTATION IN THE CIVIL PROCEEDINGS

Summary

The right to a free legal aid, guaranteed by the Constitution, is regulated in the provisions of the Law on Legal Proceedings (2011), which also determines the rights of a party, who had previously been released of litigation costs, to a free representation. In the legal proceedings, this legal service is, according to the court decision, offered only by lawyers compensated for this service by the state. In the paper the author critically analyzes the legislation this institute is regulated by.

Др Душица Палачковић

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

О ПОЈМУ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ И ТУЖБАМА У АНТИДИСКРИМИНАЦИОНИМ ПАРНИЦАМА

Апстракт: Ауторка у раду анализира појам дискриминације и дискриминаторног поступања кроз релевантну литературу и праксу Суда за људска права. Предмет пажње су, надаље, закони о забрани дискриминације држава региона у којима се препознају разлике, али и низ сличности у дефинисању, врстама дискриминације и типовима заштите која је доступна дискриминисаном лицу или групи у циљу изналажења нормативних решења која би у овој материји била најадекватнија. У том смислу чине се и одређени предлози за измену и допуноу закона у РС. У истом циљу анализирају се и типови захтева, односно тужби којима се покрећу антидискриминационе парнице.

Кључне речи: појам дискриминације, врсте дискриминације, врсте антидискриминаторских тужби

Закон о забрани дискриминације усвојен је у Републици Србији 2009. године¹, а први судски поступак према његовим одредбама покренут је исте године.² Пропис је конкретизација опште забране дискриминације коју на општем нивоу усваја Устав РС,³ мада специфичне забране садржи

¹ Закон о забрани дискриминације, Сл. гласник РС, бр. 22/2009

² Реч је о поступку А. Р. & Јат Airways; Ипак, генерално гледано, ових поступака је у пракси веома мало, а потврду ове констатације налазимо у истраживању Комитета правника за људска права објављено у "Антидискриминациони механизми у пракси", Београд, 2013, стр. 23-26, односно да је за три године од ступања на снагу закона покренуто само 184 поступака за заштиту од дискриминације, доступно на: http://www.yucom.org.rs/wp-content/uploads/2015/04/Antidiskriminacioni-mehanizmi_web.pdf, прегледано 01.05.2015. Слично, за БиХ, за три године примене закона у само три спора донесена је пресуда у првом степену, видети код Адријана Ханушић, *Sudska zaštita od diskriminacije u BiH - Analiza zakonskih rješenja i prakse u svjetlu prvih predmeta u ovoj oblasti*, Сарајево, 2013, стр. 8, доступно на: <http://www.analitika.ba/files/Analitika%20-%20Izvjestaj%20-%20Sudska%20zastita%20od%20diskriminacije%2024april2013%20%28BHS%29.pdf>, прегледано 01.05.2015.

³ Устав РС, Сл. гласник РС, бр. 98/2006, чл. 21, али су, свакако, релевантни и чланови 23 (једнако право на развој личности),³⁶ (једнако право на правну заштиту), 43 (слобода мисли, савести и вероисповести), 44 (забрана верских заједница), 48

и низ других посебних прописа.⁴ Низом међународних докумената, промовишу се, такође, једнакост и равноправност у односу на корпус установљених основних људских слобода и права, а у Европској унији свакако је основна Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, као и Протокол 12 уз ову Конвенцију⁵ и низ директива.⁶

(подстицање и уважавање разлика), 49 (забрана изазивања расне, националне и верске мржње) 50 (спречавање ширења информација), 55 (слобода удруживања), 77 (равноправност у вођењу јавних послова, односно учешћу у јавном животу) и др. Практично, укупан корпус људских и мањинских слобода и права из Устава (Други део) промовише једнакост, односно недискриминацију.

⁴ Тако, нпр., Закон о заштити права и слобода националних мањина, Сл. лист СРЈ, бр. 11/2002, Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 - Уставна повеља и Сл. гласник РС, бр. 72/2009 - др- закон и 97/2013 - одлука УС, чл. 3; Закон о службеној употреби језика и писама, Сл. гласник РС, бр. 45/93, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 - др. закон и 30/2010, нпр. чл. 6; Закон о основама система образовања и васпитања, Сл. гласник РС, 72/2009, 52/2011 и 55/2013, чл. 3; Закон о основној школи, Сл. гласник РС, бр. 50/92, 53/93, 67/93, 48/94, 66/94 - одлука УСРС, 22/2002, 62/2003 - др. закон, 64/2003 - испр. др. закон, 101/2005 - др. закон и 72/2009 - др. закон; Закон о средњој школи, Сл. гласник РС, бр. 50/92, 53/93, 67/93, 48/94, 24/96, 23/2002, 25/2002 - испр. др. закон, 62/2003 - др. закон, 64/2003 - испр. др. закон, 101/2005 - др. закон, 72/2009 - др. закон и 55/2013; Закон о високом образовању, Сл. гласник РС, бр. 76/2005, 100/2007 - аутентично тумачење, 97/2008, 44/2010, 93/2012, 89/2013 и 99/2014; Закон о раду, Сл. гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 32/2013 и 75/2014; Закон о избеглицама, Сл. гласник РС, бр. 18/92, Сл. лист СРЈ, БР. 42/2002 - одлука СУС и Сл. гласник РС, бр. 30/2010; Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, Сл. гласник РС, бр. 33/2006, као и низ других прописа.

⁵ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту "ЕКЉП") ратификована је у СЦГ 2003 (Закон о ратификацији објављен је у Сл. лист СЦГ - Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005 - исправка и Сл. гласник РС - Међународни уговори, бр. 12/2010).

⁶ Council Directive 2000/43/EC of 29 June implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Official Journal L 180, 19&07&2000 P, 0022 / 0026, доступно на: <http://www.eur/lex.eurora.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML>, прегледано 01.01.2015; Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Official Journal L, 02/12/2000 P, 0016 - 0022, доступно на: <http://www.eur-lex.eurora.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:HTML>, прегледано 01.01.2015; Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, Official Journal L 373, 21. 12. 2004, p. 37-43, Official Journal L 153M, 07.06.2006, p. 294-300, доступно на: <http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32004L0113>, прегледано 01.05.2015; Council Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of

Мада и на националним и на међународноправном нивоу регулисана, односно забрањена бројним прописима обавезујуће снаге, дискриминација је проблем са којим се и даље суочавамо свакодневно. У моделима заштите од дискриминаторског поступања судска заштита је само један од начина, али је њена ефикасност, посебно кроз усвајање, на националном нивоу, различитих типова судске заштите, односно, када је грађанскоправна заштита у питању, различитих врста тужбених захтева, несумњиво значајан фактор у елиминисању како аката вршења дискриминације, тако и њених, нимало бенигних, последица.

1. Дискриминација уопште и кроз призму праксе Европског суда за људска права

Појам потиче од латинског глагола *discrimino, discriminare* што се уобичајено преводи као дељење или раздвајање, а преузето је код нас, као термин "дискриминација", заправо у значењу које имплицира осуду друштва за акте којима се врши неједнак третман лица. Теоријски се повезује уз акте, праксу или политику којима се намеће релативно неједнак положај, ограничења или искључења заснована на припадности некој уочљивој друштвеној групи.⁷ Ограничењу и искључењу свакако треба додати и неосновано, неоправдано давање првенства, односно привилеговање или повлашћивање.⁸ Овако поједностављеном одређењу придодаје се морални аспект,⁹ односно став да је недопуштено

the men and women on matters of employment and occupation (recast), Official Journal L 204, 26.07.2006, p. 23-36, доступно на: <http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32006L0054>, прегледано 01.05.2015; Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, OJ L 14/6, доступно на: <http://www.ured-ravnopravnost.hr/site/preuzimanje/dokumenti/eu/eng/dir-1997-80-ec-eng.pdf>, прегледано 01.05.2015.

⁷ Stanford Encyclopedia of Philosophy, 1. The Concept of Discrimination, 1.1.A First Approximation, доступно на: <http://www.plato.stanford.edu/entries/discrimination/#FirApp>, прегледано 01.05.2015. О "уобичајеној дефиницији" говори Саша Гајин, Шта је то што је забрањено чинити - појам, облици и случајеви дискриминације, Антидискриминационо право - Водич, треће издање, Београд, 2008, стр.9, односно да је реч о неоправданом прављењу разлике према једном лицу или групи с обзиром на њихова лична својства.

⁸ Саша Гајин, *op. cit.*, стр. 10.

⁹ Robert T. Miler, The Principle of Human Equality, доступно на: <http://www.firstthings.com/web-exclusives/2006/08/th-principle-of-human-equality>, констатује да идеја једнакости значи да се лице не сме третирати различито у односу на другог осим ако не постоје разлози који су са аспекта морала релевантни за такво шта. Видети и Hjördís Hákonardóttir, Equality: A Principle of Human Interactions, доступно на:

неједнаког третмана, ограничења или искључења искључиво узрочно-последично везано уз припадност жртве таквој групи.¹⁰ "Једнак третман", односно "неједнакост" у третману лица¹¹ прати се и анализира, при томе, у контексту уживање људских права и слобода, односно у том контексту се и прати и анализира па се и забрана дискриминације из ЕКЉП у литератури препознаје као фундаментално и супстанцијално право и слобода које је гарантовано Конвенцијом и додатним протоколима.¹² Супротно томе, наилазимо на став који, без обзира на локацију одредбе чл. 14 у део ЕКЉП којим се регулишу "класична" супстанцијална конвенцијска права, негира да је реч о супстанцијалном праву, односно у коме се износи да је: "Сврха (је) чл. 14. Конвенције да се појединци заштите од дискриминације у уживању (самосталних) материјалних или супстанцијалних права зајемчених одредбама Конвенције и припадајућих протокола", па се, стога "забрана дискриминације у смислу чл. 14. ...не може сматрати ни засебним (самосталним) материјалним или супстанцијалним конвенцијским правом. Она има инструментални карактер, јер се подручје њезине примене протеже односно ограничено је на материјална конвенцијска права уређена у чл. 2-13 Конвенције и у мјеродавним одредбама припадајућих јој протокола, у смислу у којем их је протумачио Европски суд".¹³ Тако, нпр, у пресуди у случају *Abdulaziz, Cabales и Balkandali v. UK*¹⁴ Суд наводи да је његова установљена пракса да чл. 14. допуњава остале супстанцијалне одредбе Конвенције и

<http://nome.unak.is/nm-marzo-2012/6-2/32-conference-paper/105-equality-a-principle-of-human-interaction>, 01.05.2015.

¹⁰ Stanford Encyclopedia of Philosophy, 1. The Concept of Discrimination, 1.2. The Moralized Concept, доступно на: <http://www.plato.stanford.edu/entries/discrimination/#FirApp>, прегледано 01.05.2015.

¹¹ О начелу једнакости видети нпр, Јасна Омејес, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Zagreb, 2013, стр. 1313-1318.

¹² Александар Јакшић, *Европска конвенција о људским правима*, Коментар, Београд, 2006, стр. 13, 14.

¹³ Јасна Омејес, *op. cit.*, стр. 1297.

¹⁴ *Abdulaziz, Cabales и Balkandali v. UK*, одлука од 28.05. 1985, пара. 71., доступно на: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57416#{"itemid":\["001-57416"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57416#{), прегледано 02.05.2015., али треба поменути да статистика показује да је број одлука које се односе на забрану дискриминације у односу на укупан број одлука Суда за људска права незнатан, укључујући и оне које се доносе на повреду чл. 1. Протокола бр. 12. Видети о томе више Јасна Омејес, *Zabrana diskriminacije u praksi Evropskog suda za ljudska prava* (у даљем тексту "Zabrana..."), *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 59, No. 5, Listopad 2009, стр. 882, доступно на: http://www.hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=67086, прегледано 05.05.2015.

Протокола као и да ова одредба не егзистира независно већ се примењује само у вези са "уживањем права и слобода" које предвиђа Конвенција. Управо стога о забрани дискриминације говори се као о акцесорном праву на једнакост у уживању осталих супстанцијалних конвенцијских права.¹⁵ Препознаје се, ипак, у пракси суда, и извешан "аспект аутономности" чл. 14., односно Суд прихвата повреду и када није повређено супстанцијално конвенцијско право и то тако да је у односу на конвенцијско право држава извршила своје обавезе, па повреде нема, али је истовремено повредила чл. 14. у вези тог права.¹⁶

Поменути лимит примене чл. 14., односно чињеница да се примењује унутар сфере уживања признатих конвенцијских права, препознаје се као његова слабост.¹⁷ Из овог ограничења следило је, према ставу теорије, прихватање тзв. формалног (правног, *juridical*) концепта једнакости у пракси Суда за људска права, односно тражење одговора на класично филозофско питање када постоји различит третман између "analogously placed persons or situations".¹⁸ Избегавање Суда да прихвати тзв. супстанцијални концепт неједнакости (материјални, *substantive non-equality*) потврђује и издвојено мишљење које је изнео судија Bonello у предмету *Anguelova v. Bulgaria*¹⁹ у коме истиче да је Суд често утврђивао да су чланови рањивих група били жртве насиља у оквиру примене чл. 3 Конвенције, али никада није установио да је то било условљено њиховом етничком припадношћу. Курди, црнци, муслимани, Роми и други изнова и изнова се убијају, над њима се спроводи тортура или сакаћење, износи судија Bonello, али Суд није уверен да њихова раса, боја, националност или место рођења имају ишта са тим. Несрећа непогрешиво погађа

¹⁵ Jasna Omejec, *op. cit.*, стр. 1297, као и литература на коју се упућује у напомени бр. 1619. На исти начин резонују и Nicholas Grief, *Non-discrimination under European Convention on Human Rights. a critique of the U.K. Government's refusal to sign and ratify Protocol 12*, стр. 3., доступно на: <http://www.eprints.bournemouth.ac.uk/1258/1/67.pdf> и Susanne D. Burri, *Towards More Synergy in the Interpretation of the Prohibition of Sex Discrimination in European Law? A Comparison of Legal Contexts some Case Law of the EU and the ECHR*, стр. 86, доступно на: <https://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/viewFile/215/212>, прегледано 02.05.2015.

¹⁶ Jasna Omejec, *op. cit.*, стр. 1298.

¹⁷ Rory O'Connel, *Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR*, стр. 3, доступно на: <http://www.eprints.ulster.ac.uk/26272/1/cinderella.pdf>, прегледано 02.05.2015.

¹⁸ Rory O'Connel, *op. cit.*, стр. 3.

¹⁹ *Anguelova v. Bulgaria*, final judgement, 13. 09.2002, доступно на: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60505>, прегледано 02.05.2015.

мањинске групе али се то тумачи као резултат склоности коинциденцији.²⁰

Додатним опционим²¹ Протоколом бр. 12, чл.1, проширује се домен забране дискриминације и изван супстанцијалних права из ЕКЉП. Или, реч је о тзв. самосталној одредби (*free standing provision*) којом се уводи општа забрана дискриминације од стране јавних власти, а у односу на сва националним правом призната права и по било ком основу.²² Но, ни чл. 1. Протокола бр. 12. не садржи дефиницију дискриминације, а основи који се у овој одредби помињу истоветни су и, такође, нису еnumerативно набројани.²³ Чл. 14. ЕКЉП и чл. 1 Протокола бр. 12. сматрају се компатибилним механизмима конвенцијске заштите, односно међусобно се не искључују, већ егзистирају истовремено и узајамно се допуњују.²⁴

У пракси Суда за људска права уобичајено се о дискриминацији говори као о "различитом третирању лица која се налазе у сличној ситуацији без објективног и разумног оправдања".²⁵ При томе се, такође, наводи и да "непостојање објективног и разумног оправдања" значи да спорна разлика не следи "легитимни циљ"²⁶ или да нема "разумног односа

²⁰ Rory O'Connel, *op. cit.*, стр. 4.

²¹ Реч је о протоколима уз ЕКЉП који обавезују само оне државе чланице Уније које их ратификују. Супротно томе су тзв. "амандмански" протоколи.

²² Jasna Omejec, *op. cit.*, стр. 1311.

²³ Пратећи извештај уз Протокол бр. 1. утврђује да је заштита на основу овог члана обезбеђена у следећим ситуацијама: у уживању сваког права које је изричито признато појединцу на националном нивоу; у уживању права које има основ у јасно одређеној обавези јавне власти, а која је утемељена националим правом, а обавеза се односи на понашање јавних власти на одређени начин; када јавна власт има дискреционо овлашћење да одлучује (нпр., код субвенција), и, у случају било ког другог акта јавне власти (нпр., у случају понашања припадника снага реда у контролисању нереда), Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, par. 22, доступно на: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/177.htm>, прегледано 04.05.2015; Видети, такође, Janneke Gerards, *The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention of Human Rights*, стр. 103, 104, доступно на: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30700.pdf>, прегледано 06.05.2015.

²⁴ Jasna Omejec, *op. cit.*, стр. 1311.

²⁵ Видети нпр., одлуку у случају Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине, ст. 42. уз позивање на одлуку у случају Андрејева против Литваније, ст. 81, доступно на: http://www.mhrr.gov.ba/ured_zastupnika/novosti/default.aspx?id=1008&langTag=bs-BA, прегледано 05.05.2015.

²⁶ Неки од легитимних циљева које у својој пракси прихвата Суд за људска права су: најбољи интерес детета (одлука у случају *Fretté v France*, 26.02.2002, final 26.05.2002), доступно на: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60168>, прегледано 05.05.2015.; очување јединства државе (Белгијски језички случај -

пропорционалности између средстава која се користе и циља који се жели постићи".²⁷ Но, поред овог, тзв. теста или општег правила праксе Суда, за одређење појма дискриминације од значаја је и низ посебних правила антидискриминационих закона о допуштености неједнаког третмана,²⁸ а у том смислу је и став Суда да чл. 14. ЕКЈП не забрањује различит третман група како би се исправиле чињеничне неједнакости између њих, као и да се у домен примене чл. 14. морају сврстати случајеви када стране уговорнице не покушавају да исправе неједнакости, кроз различит третман, опет без објективног и разумног оправдања.

Проблем (не)дефинисања општег појма дискриминације условљава и потребу за тумачењем израза "или други статус" (other status) из чл. 14. Он, с једне стране обезбеђује могућност ширења домена примене ове одредбе, односно забрану дискриминације у пракси Суда по основима који нису изричито наведени у чл. 14,²⁹ али, с друге стране отвара проблем "линије раздвајања" у предметима пред Судом, односно проблем да ли се искључиво тзв. личне, персоналне карактеристике интерпретирају као "остали статус".³⁰

Од посебне важности у дефинисању је, наравно, концепт "једнакости", при чему је се она може утврдити искључиво упоређењем положаја једних и положаја других у сличним (аналогним) ситуацијама, али се прави разлика тзв. формалне (правне, која се одређује као једнако поступање у једнаким ситуацијама) и тзв. материјалне једнакости

Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of Languages in Education in Belgium v Belgium (merits), 23.06.1968, доступно на: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57525>, прегледано 05.05.2015.; заштита сигурности и функционисања образовних и финансијских система (одлука у случају *Žičkus v Lithuania*, 07.04.2009, final 0207.2009, доступно на: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-92069>, прегледано 05.05.2015. као и заштита права других лица и заштита јавног реда (одлука у случају *Leyla Şahin v Turkey*, 10.11.2005, доступно на: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70956>, прегледано 05.05.2015. Интересантно је да ЗСЗД РМ, одредбом чл. 5., у објашњењу појмова који се у закону користе дефинише легитимни или објективно оправдан циљ онај који није у супротности са Уставом и одредбама међународних уговора, који је сагласан са реалним потребама, унапред је прецизно дефинисан и пропорционалан је ефектима које треба постићи.

²⁷ Видети одлуке наведене у претходној напомени

²⁸ Видети Саша Гајин, *op. cit.*, стр. 16, 17.

²⁹ За основе изван оних који су наведени егземплифкативно у чл. 14. видети код Јасна Омејес, *op. cit.* "Zabrana...", стр. 902-914, као што су: брачни статус, полна оријентација, законитост или незаконитост по рођењу, професионални статус и војни статус, односно војни чин.

³⁰ Janneke Gerards, *op. cit.*, стр. 104 - 112.

(супстанцијална, да се према појединцима у неједнаким ситуацијама поступа различито).³¹

2. Забрана дискриминације у законодавству држава региона и врсте дискриминације

У државама региона забрана дискриминације посебним законима регулише се тек последњих десетак година.³² Дефиниције дискриминације, односно забране неједнаког поступања или третмана се унеколико разликују. Тако, ЗЗД РС, одредбом чл. 2. у објашњењу појмова (!?) одређује да "изрази 'дискриминација' и 'дискриминационо поступање' означавају свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе као и на чланове њихових породица, или њима блиских лица,³³ на отворен или прикривен начин, а који се заснива на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим

³¹ Тако, Jasna Omejes, *op. cit.*, стр. 1315, 1316. При томе, разликују се и два аспекта материјалне једнакости: једнакост исхода, резултата и једнакост могућности. Ауторка наводи да је у пракси Суда за људска права тек од одлуке у случају *Thlimmenos v. Grecia*, одлука од 06. 04. 2000., доступно на: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58561>, прегледано 06.05.2015., материјална дискриминација подведена под поље примене чл. 14. ЕКЉП.

³² Тако, у Србији, Закон о забрани дискриминације, Сл. гласник РС, бр. 22/2009 (у даљем тексту "ЗЗД РС"); Хрватској, Закон о сузбијању дискриминације, НН, бр. 85/2008, 112/2012 (у даљем тексту "ЗЗД РХ"); Црној Гори, Закон о забрани дискриминације из 2010. (у даљем тексту "ЗЗД ЦГ"), доступно на: http://www.skupstina.me/~skupcg/skupstina/cms/site_data/SKUPSTINA_CRNE_GORE/ZAKONI/Zakon%20o%20zabrani%20diskriminacije.pdf, прегледано 05.05.2015; Босна и Херцеговина, Закон о забрани дискриминације, Сл. гласник БиХ, бр. 11/2005. (у даљем тексту "ЗЗД БиХ"), доступно на: <http://www.untz.ba/uploads/file/centri/centar%20za%20podrsku%20studentima/akti/Zakon%20o%20zabrani%20diskriminacije%20SIGlasnik%20BiH%20broj%205909.pdf>, прегледано 05.05.2015; Закон за спречавање и заштита од дискриминација, Сл. весник на Република Македонија, бр. 50/10 (у даљем тексту "ЗЗЗД РМ"), доступно на: <http://www.slvesnik.com.mk/Issues/1654343CD9A0E24998781907DC19A99F.pdf>, прегледано 05.05.2015.

³³ Видети о овоме код Саша Гајин, *op. cit.*, стр. 13.

организацијама и другим стварним, односно претпостављеним личним својствима". Одредбом чл. 2. ЗЗД ЦГ дискриминација се дефинише скоро идентично, уз извесне разлике у набрајању основа дискриминације (нпр., припадност групи или претпоставка о припадности групи, "веза" са неким мањинским народом или мањинском националном заједницом, које у ЗЗД РС нису поменуте, али недостају у односу на ЗЗД РС нпр., генетске особености, изглед, а недостаје и формулација да се штите и чланови породице или њима блиска лица). Ни један од ова два прописа не помиње, нпр., образовање као могући основ дискриминације, као што то, нпр., чини ЗСД РХ, који одредбом чл. 1. ст. 2. као дискриминацију одређује стављање у неповољнији положај било ког лица на основу еnumerативно набројаних основа дискриминације у ст. 1. овог члана. Иначе, ЗСД РХ и једини користи метод еnumerације, што није коректно већ и стога што је "правило да је дискриминација забрањена с обзиром на сва лична својства људи, односно с обзиром на било које лично својство једног лица",³⁴ а сва их је немогуће набројати. Поменимо да ЗЗД БиХ, одредбом чл. 2. даје сличну дефиницију појма, али, не набрајајући све могуће основе дискриминације, садржи, ипак, општу формулацију која је нешто прецизнија него у другим законима, односно као могући основ прихвата и "сваку другу околност која има за сврху или последицу да било коме лицу онемогући или угрожава признавање, уживање или остваривање на равноправној основи права и слободе у свим областима јавног живота".

При томе, треба рећи и да ЗЗД РС везује основе дискриминације, без обзира што их не набраја еnumerативно, изричито уз "лична својства", набројана, али и сва друга "стварна, односно претпостављена".³⁵ ЗЗД БиХ користи, међутим, израз "као и свака друга околност", објашњавајући да она има за сврху или последицу да било ком лицу (не помињући и групе, на које с иначе дефиниција такође односи) онемогући или угрожава признавање, уживање или остваривање на равноправној основи права и слобода у свим областима јавног живота, што је и најшире одређење овог појма у упоређиваним прописима. ЗСЗД РМ, пак, говори о "било ком

³⁴ Саша Гајин, *op. cit.*, стр. 14.

³⁵ Исто чини и ЗЗД ЦГ, одредбом чл. 2 ст. 2, а видети и Одлуку уставног суда бр. УЖ_2896/2011, од 11. 12. 2013, којом се у пар. 8. управо истиче на се дискриминаторни основ тиче личних својстава, констатацијом да је нису пружени докази "да је подносиоцима (уставне жалбе, прим. аутора) због неког њиховог личног својства повређено људско или мањинско право зајемчено Уставом, што је неопходна претпоставка да би се могла утврдити повреда начела забране дискриминације...", доступно на: <http://www.slglasnik.info/sr/23-26-02-2014/22622-odluka-ustavnog-suda-broj-uz-2896-2011.html>, прегледано 08.05.2015.

другом основу који је предвиђен законом или ратификованим међународним уговором.³⁶

ЗЗД РС³⁷ не помиње изричито, као нпр., ЗСД РХ, да дискриминација постоји и када се неко лице ставља у неповољнији положај стога што се погрешно закључило да постоји неки од основа за дискриминацију, што, свакако, не указује на "лично својство" па није ни обухваћено општом дефиницијом из чл. 2 т. 1 ЗЗД РС, али се у њој помињу "претпостављена лична својства", што би се могло са овим упоредити, али би прецизирање било нужно.

Сви поменути прописи разликују непосредну и посредну дискриминацију. ЗЗД РД, одредбом чл. 6. дефинише непосредну дискриминацију као ситуације у којима се лице или група лица, због његовог односно њиховог личног својства у истој или сличној ситуацији, било актом, радњом или пропуштањем, стављају или су стављени у неповољнији положај, док одредбом чл. 7. као посредну одређује ситуацију у којој се лице или група лица, због његовог односно њиховог личног својства, ставља у неповољнији положај актом, радњом или пропуштањем које је привидно засновано на начелу једнакости и забрани дискриминације, осим ако је то оправдано законитим циљем, а средства за постизање тог циља су примерена и нужна. ЗЗД БиХ допуњава дефиницију непосредне дискриминације тиме што сматра да постоји и када би лице или група лица "могла да буду доведена у неповољнији положај", док за посредну као основ уводи "наизглед неутралну одредбу, критеријум или праксу" која има или би имала ефекат довођења лица или групе лица у неповољан положај у односу на друга. ЗСД РХ, у одредби чл. 2. ст. 1., као непосредну сматра поступање условљено неким од еnumerативно набројаних основа дискриминације којим се лице ставља или је било стављено или би могло бити стављено у неповољнији положај у односу на друго лице у упоредивој ситуацији, а, одредбом ст. 2., посредну³⁸ одређује на начин на који то чини ЗЗД БиХ, уз допуну коју даје ЗЗД РС у односу на оправданост легитимним циљем и примереним и

³⁶ Видети одредбу чл. 3 ЗСЗД РМ

³⁷ Али ни ЗЗД БиХ, као ни ЗЗД ЦГ

³⁸ Иначе посредна или "прикривена" дискриминација се тек последњих петнаестак година прихвата и у пракси Суда за људска права (тзв. "индиректна" дискриминација), нпр., у случају *Thlimmenos v. Grecia*, одлука од 06. 04. 2000. (в. напомену бр. 31. у овом раду), такође одлуку у случају *D.H. and others v. Czech Republic*, од 13. 11. 2007, доступно на: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83256>, прегледано 06.05. 2015.

необходним средствима. ЗЗД ЦГ, пак, и у односу на непосредну и у односу на посредну усваја оправданост у идентичним формулацијама.³⁹

Уз прихватање непосредне и посредне дискриминације као специфичних облика, односно врста, у погледу осталих посебних облика поменути закони се унеколико разликују, али се могу извести заједнички именитељи. Тако већина под узнемиравањем подразумева понашање узроковано једним од основа дискриминације, које има за циљ или стварно представља повреду достојанства лица, а које изазива страх, непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење (амбијент). Ипак, из одредбе чл. 12. ЗЗД РС, нпр., следи нешто другачији приступ, односно као посебна врста одређено је "узнемиравање и понижавајуће поступање". Уз то, из одредбе овог члана могло би се закључити и да постоје два облика - лаки и тешки, с обзиром да се говори о услову повреде достојанства (овде групе или лица, а не само лица, као у неким другим поменути прописима), а затим се додаје "а нарочито ако се тиме ствара страх или непријатељско, понижавајуће и увредљиво окружење". Но, одредбом чл. 13. ЗЗД РС наведени су таксативно тешки облици дискриминације, па је усклађивање регулативе неопходно.

ЗЗД БиХ, као и ЗСД РХ, нпр., регулишу посебно "полно узнемиравање" дефинишући га као свако вербално, невербално или физичко нежељено понашање полне природе које има за циљ или стварно представља повреду достојанства лица, а које узрокује (ЗЗД БиХ, чл. 4. ст. 2, користи овде формулацију "посебно када ће се њиме створити") страх, непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење. ЗЗД РС, пак, помиње као посебне одлике дискриминације и "повреду начела једнаких права и обавеза" (чл.8.), "забрану позивања на одговорност" (чл. 9.), "удруживање ради вршења дискриминације" (чл. 10.) и "говор мржње" (чл. 11.), негде се дефинише мобинг, или сегрегација, а ЗСЗД РМ чак дефинише и "маргинализоване групе" као оне које обједињује специфичан положај у друштву, које су објекат предрасуда и имају посебне карактеристике које их чине погодним за одређене видове насиља, и уз то имају мале могућности за остваривање и заштиту својих права или су изложени великој могућности виктимизације.⁴⁰ ЗЗД РС, у Делу 3. наводи и тзв. "посебне облике дискриминације", што веома компликује законски приступ, а чини се, у једном делу, непотребним. Наведимо само пример одредбе чл. 15. ЗЗД РС, којом се под насловом "Дискриминација у поступцима пред органима јавне власти" наводи да "Свако има право на једнак приступ и заштиту својих права пред судовима и органима јавне

³⁹ Види одредбу чл. 2. ст. 3, 4. ЗЗД ЦГ.

⁴⁰ Видети одредбу чл. 5 т. 11 ЗСЗД РМ.

власти", што је, суштински преузета формулација из Устава РС, чл. 36., па је непотребна. Такође, ст. 2 предвиђа и да ће се дискриминаторско понашање службеног лица, односно одговорног лица у органима јавне власти сматрати тежом повредом радне дужности, што, чини се, није материја оваквог прописа. Нормативни приступ који је прихваћен у ЗСД РХ чини нам се сасвим коректним и прихватљивим и код нас. Овај пропис, одредбом чл. 8., под насловом "Подручје примене" наводи да се овај Закон примењује на поступање свих државних органа, органа јединица локалне и регионалне самоуправе, правних лица са јавним овлашћењима и на поступање свих правних и физичких лица, посебно, при томе, набрајајући одређене области, али не закључујући тај списак.⁴¹

Наведимо, уз то, да ЗЗД РС, одредбом чл. 16. регулише "Дискриминацију у области рада", али не и мобинг, већ је у Србији овај облик узнемиравања регулисан посебним законом.⁴²

Закони регулишу и посебно тешке облике дискриминације, при чему се као заједнички облици издвајају вишеструка или укрштена дискриминација, поновљена и продужена, док се у осталом разликују. Чини се, опет, да је приступ ЗСД РХ у овој материји најприхватљивији, а он претходне облике допуњава само још једном, општом формулацијом - "или која последицама посебно тешко погађа жртву дискриминације".⁴³ Наиме, свако одвајање било ког основа дискриминације (који иначе не могу бити ни еnumerативно набројани) у набрајању случајева тежих облика може бити "мач са две оштрице", односно, чини нам се да је сваки основ релевантан уколико изазива посебно тешке последице по жртву.

Већ и сумаран и непотпун преглед општих дефиниција, прихваћених основа и специфичних врста дискриминаторског поступања у консултованим законским текстовима упућује на низ разлика у приступу, што, сасвим сигурно, допуњује изречене констатације о сложености проблема у овој области и тешкоћама изналажења заједничких, општеприхватљивих именитеља.

3. Модели заштите у антидискриминационим парницама

Уз општу забрану дискриминације и дефинисање извесних, најчешћих појавних облика, закони, па и ЗЗД РС, садрже и процесноправне одредбе које спецификују и грађанскоправну заштиту од

⁴¹ Слично и чл. 6. ЗЗД БиХ, као и ЗСЗД РМ, одредба чл. 4.

⁴² Закон о спречавању злостављања на раду, Сл. гласник РС, бр. 36/2010.

⁴³ Видети одредбу чл. 6. ЗСД РХ.

дискриминације односно посебан парнични поступак.⁴⁴ Наиме, без обзира на тзв. "коначну контролу", од стране Суда за људска права, која се односи како на само дискриминаторско поступање (или пропуштање и сл.), тако и на све дискриминаторске нормe националних правних система и сваку радњу заштите од дискриминације, при чему Суд заузима став да ли је конкретно стање у складу са ЕКЉП и сопственом праксом,⁴⁵ заштита на националном нивоу је примарна и стога неопходна. У односу на грађанскоправну заштиту од интереса су, поред оних о специфичностима антидискриминационих парница и одредбе о надлежности Повереника за заштиту равноправности у поступцима заштите, судске, али и у управном поступку који води.⁴⁶ Он је, тако, овлашћен на покретање антидискриминационих парница, у своје име, али уз сагласност и за рачун дискриминисаног лица.⁴⁷ Коначно, може подносити прекршајне пријаве због повреде права из ЗЗД РС.⁴⁸ Поред тога, у циљу заштите од дискриминације предвиђена је и кривичноправна заштита,⁴⁹ али и могућност подношења уставне жалбе.⁵⁰

Грађанскоправна заштита могућа је по тужбама које су изричито наведене у законима који регулишу заштиту од дискриминације.⁵¹ Тако и ЗЗД РС, одредбом чл. 43 предвиђа могућност захтева за забрану извршења радње, даљег вршења радње, односно понављања радње (прохибитивни захтев),⁵² ⁵³затим утврђујућег захтева, односно тужбе, захтева за

⁴⁴ У ЗЗД РС то је учињено у Делу шестом, чл. 41-46.

⁴⁵ Видети, Владимир В. Водинелић, Тужбе за заштиту од дискриминације, Избор судске праксе, бр.12/2006, стр. 10. (у даљем тексту "Тужбе/2006").

⁴⁶ Видети одредбе чл. 35-40 ЗЗД РС.

⁴⁷ Видети одредбу чл. 33 т. 3 ЗЗД РС.

⁴⁸ Видети одредбу чл. 33 т. 4 ЗЗД РС.

⁴⁹ Видети Кривични законик Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 85/05; 88/05 - испр; 107/05 - испр; 72/09. и 111/09, 121/12, 104/13, одредбе Главе 14., "Кривична дела против слобода и права човека и грађанина", посебно чл. 128-132. која се тичу кривичне одговорности у случајевима дискриминације.

⁵⁰ Видети чл. 170. Устава РС, као и чл. 82-92. Закона о Уставном суду, Службени гласник РС, бр. 109/07, 99/11, 18/13 - одлука УС.

⁵¹ Више о могућим врстама тужбених захтева видети Владимир В. Водинелић, Тужбе за заштиту од дискриминације, Антидискриминационо право - Водич, треће издање, Београд, 2008, стр. 33-43, доступно на: <http://cups.rs/wp-content/uploads/2010/03/Antidiskriminaciono-pravo-vodic-2007.pdf>, прегледано 05.05.2015.

⁵² Израз користе А. Grgić, Ž. Potočnjak, S.Rodin, G.Selanec, Т. Šimonović Einwalter, А. Uzelac, Vodič uz Zakon о suzbijanju diskriminacije, Zagreb, 2009, str. 95, доступно на: https://bib.irb.hr/datoteka/441307.A26-vodic_antidiskriminacija_hr.pdf, прегледано 07.05.2015.

отклањање последица дискриминаторског поступања (реститутивни захтев),⁵⁴ за накнаду материјалне и нематеријалне штете (репарациони захтев)⁵⁵ и за објављивање пресуде донесене поводом претходних тужби (публикациони захтев).⁵⁶ Недостатак нашег закона, који још није отклоњен,⁵⁷ јесте непостојање изричите могућности на страни дискриминисаног лица да тражи тзв. инцидентну антидискриминациону заштиту, како то нпр., чини ЗСД РХ⁵⁸ односно заштиту у случају да му је "због дискриминације повређено неко право" и то у поступку у коме се о том праву, односно његовој повреди одлучује као о главном питању.

Специфично решење садржи ЗЗД ЦГ⁵⁹ који условљава утврђујућу тужбу и тужбу за забрану вршења радње од које прети дискриминација, односно за забрану понављања радње дискриминације, кумулирањем са захтевом за заштиту права о коме се у парничном поступку одлучује. Ови захтеви морају бити у међусобној вези и заснивати се на истом чињеничном и правном основу. Овакве тужбе подnose се самостално уколико акт или радња дискриминације нису имали за последицу губитак или повреду права. У ЗСД РХ, пак, сваки од енумеративно набројаних антидискриминационих захтева се може кумулирати са захтевом за заштиту других права о којима се одлучује у парничном поступку уз услов да су захтеви у међусобној вези и да је исти суд стварно надлежан, без обзира на предвиђена правила процедуре (општа или посебна, изузев спорова о сметању државине).

⁵³ О овим тужбама у теорији се говори и као о "тужбама за пропуштање", Владимир В. Водинелић, *op. cit.*, Тужбе/2006, стр. 10.

⁵⁴ Такође, израз код А. Grgić, Ž. Potočnjak, S.Rodin, G.Selanec, T. Šimonović Einwalter, A Uzelac, *op. cit.*, стр. 97, док Владимир В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 11, 12, о њима говори као о тужбама за уклањање, али и њих и тужбе за утврђење и тужбе за накнаду штете сврстава у ред тужби са тзв. реактивним захтевом.

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ Видети указивање на овај проблем код Душица Палачковић, Антидискриминационе парнице, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, (ур. З. Исаиловић), 2011, стр. 69.

⁵⁸ Видети одредбу чл. 16 ст. 1 ЗСД РХ, као и чл. 26. ЗЗД ЦГ, али и став теорије да се у овом случају о евентуалној дискриминацији одлучује као о претходном питању, А. Grgić, Ž. Potočnjak, S.Rodin, G.Selanec, T. Šimonović Einwalter, A Uzelac, *o. cit.*, стр. 95, доступно на: https://bib.irb.hr/datoteka/441307.A26-vodic_antidiskriminacija_hr.pdf, прегледано 07.05.2015; Damir Jelušić, Postupak pred sudom u antidiskriminacijskim parnicama vođenima temeljem Zakona o suzbijanju diskriminacije, доступно на http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Postupak_pred_sudom.pdf, прегледано 07.05.2015.

⁵⁹ Видети одредбу чл. 26 ЗЗД ЦГ.

Иначе, омогућавање и инцидентне и самосталне заштите у теорији се сматра оправданим с обзиром на значај заштићеног објекта - права на једнако поступање.⁶⁰ ЗЗД БиХ, који пројектујући оба поменута вида заштите у парничном поступку, прихвата специфично решење које се тиче ситуације када је у току управни поступак али то не спречава вођење посебног парничног поступка по антидискриминационој тужби.⁶¹ Ипак, у теорија се износи критика оваквог решења као спорног "са аспекта функционирања правног поретка...".⁶²

Надаље, особеност прохибиторних тужби је захтев за изрицање забране чињења одређене радње, односно за уздржавање од радње од које прети дискриминација, од самих радњи дискриминације или од радњи које представљају поновљени акт дискриминације, или, реч је о тужбама за "изрицање налога или забрана."⁶³ Угроженост од дискриминације се у теорији препознаје као нужна претпоставка у свим овим ситуацијама,⁶⁴ а повреда права на једнако поступање, на невршење дискриминације обезбеђује правни интерес упркос непостојању потраживања у класичном значењу овог појма. Претпоставка успеха је, ипак, да суд утврди постојање опасности, конкретне и озбиљне, од извршења, настављања или понављања акта дискриминације, али не и кривица дискриминатора, нити да је од акта наступила или ће наступити штета.⁶⁵ Упозоримо, такође, да без обзира на став изречен у теорији да у случају понављања истоврсних аката дискриминације, ако је суд пресудом већ једном забранио такву радњу, тужилац не мора подносити нову тужбу, већ покреће предлогом поступак за принудно извршење,⁶⁶ оваквих законских одредаба у Закону о извршењу и обезбеђењу нема, осим за случај поновног сметања државине.⁶⁷

⁶⁰ Видети, за Хрватску, нпр., став да је ауторима хрватског закона био императив да се уређивањем посебног пута заштите не отклоне или отежају дотадашње могућности заштите од дискриминације, , *A. Grgić, Ž. Potočnjak, S.Rodin, G.Selanec, T. Šimonović Einwalter, A Uzelac, op. cit.*, стр. 95.

⁶¹ Видети одредбу чл. 11 ЗЗД БиХ.

⁶² Faris Vehabović, Midhat Izmirlija, Adnan Kadribašić, Komentar Zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i sudskom praksom, Sarajevo, 2010, стр. 98, 99, доступно на: http://civilnodrustvo.ba/files/docs/Komentar_zakona_o_zabrani_diskriminacije.pdf, прегледано 07.05.2015.

⁶³ Mihajlo Dika, Građansko parnično pravo, Tužba, Knj. VI, Zagreb, 2009, str. 233-238.

⁶⁴ Владимир В. Водинелић, *op. cit.*, Тужбе/2006, стр. 11.

⁶⁵ Ibidem, стр. 12.

⁶⁶ Ibidem, стр. 11.

⁶⁷ Видети одредбе чл. 219-223 Закона о извршењу и обезбеђењу РС, Сл. гласник РС, бр. 31/11, 99/11 - др- закон, 109/13 - одлука УС, 55/14, 139/14.

Суд, иначе, може обавезати на било коју радњу која је подесна да одстрани стање, односно да елиминише извор дискриминације, а шта је подесно зависи од околности сваког појединог случаја, кривица није услов успешности, као ни то да ли је наступила или ће наступити штета.⁶⁸

Посебност у систему кондемпнаторне заштите је и тужба за објављивање пресуде донесене по било којој од осталих антидискриминационих тужби. Њен захтев мора, ипак, бити кумулиран са захтевом неке од других посебних тужби, мада то ЗЗД РС изричито не предвиђа.⁶⁹ Уочимо да из лексике одредбе чл. 43 т. 5 ЗЗД РС може да се закључи да се све пресуде донесене поводом антидискриминационих тужби објављују, али супротан став има и теорија и законодавства држава региона, па би у том смислу требало редиговати наш закон.⁷⁰

Када је реч о декларативном, утврђујућем захтеву, решење из ЗЗД РС заслужује коментар с обзиром на формулацију да се овај тип заштите може тражити уколико је тужени дискриминаторно поступао према њему или "неком другом", што је формулација коју остали закони који су упоредно посматрани не садрже.⁷¹ Одредба се, међутим, мора тумачити у корелацији са решењем из чл. 46, ст. 1, 2. дакле реч је или о "организациској тужби", коју могу поднети све организације које се баве заштитом људских права, односно права одређене групе лица, или ако је реч о индивидуалној заштити, Повереник и поменуте организације могу

⁶⁸ Владимир В. Водинелић, *op. cit.*, Тужбе/2006, стр. 11.

⁶⁹ На овај начин резонују А. Grgić, Ž. Potočnjak, S. Rodin, G. Selanec, T. Šimonović Einwalter, A. Uzelac, *op. cit.*, стр. 97, односно да се мора кумулирати "барем" са декларативном антидискриминациском тужбом, те да ће и публикациони захтев бити усвојен само под претпоставком да суд усвоји декларативни захтев, тј. утврди постојање дискриминације. Исто и Владимир В. Водинелић, *op. cit.*, Тужбе/2006, стр. 15.

⁷⁰ У теорији се и иначе говори о објављивању "усвајајућих" пресуда, тако Владимир В. Водинелић, *op. cit.*, Тужбе/2006, стр. 15, а у законодавству, такође, налазимо изричит став о томе, нпр., одредба чл. 17 ст. 1 т. 4 ЗСД РХ, додуше уз ограничење да ће захтев за објављивање пресуде суд усвојити ако утврди да је до повреде права на једнако поступање дошло посредством медија, или, да је информација о поступању које крши право на једнако поступање била објављена у медијима, а објављивање пресуде је потребно ради потпуне накнаде учињене штете или заштите од неједнаког поступања у будућим случајевима. Такође, одредба чл. 126 ст. 1д ЗЗД БиХ предвиђа објављивање пресуде којом је утврђена повреда права на једнако поступање у случају када је дискриминација почињена кроз медије (штампане, принтане и електронске), односно било које врсте. ЗЗД ЦГ, одредбом чл. 26 ст.1 т. 4, предвиђа објављивање у медијима пресуде којом је утврђена дискриминација извршена путем медија.

⁷¹ Тужба је позитивна, односно захтева се утврђење повреде права на једнако поступање, А. Grgić, Ž. Potočnjak, S. Rodin, G. Selanec, T. Šimonović Einwalter, A. Uzelac, *op. cit.*, стр. 97.

тужбу поднети уз писану сагласност дискриминисаног лица.⁷² Односно, требало би узети у обзир и саму дефиницију из чл. 2. т. 1, дакле релевантност дискриминације према појединцу или групи, члановима њихових породица или њима блиских лица.

У односу на колективну антидискриминациону заштиту ЗЗД РС не предвиђа да се мора учинити вероватним да је поступањем туженог повређено право на једнако поступање већег броја лица која претежно припадају групи чија права тужилац штити, што је, мислимо, коректно решење (иначе га садрже други посматрани закони) у односу на овај специфичан тип тужби и тужилаца.⁷³ Уколико је реч о организацијама које се баве заштитом права одређене групе лица, свакако морају доказати и да им је делатност управо заштита права и интереса те групе лица чију заштиту траже или да им је, барем, циљ спречавање дискриминације уопште, што укључује и забрану дискриминације групе о којој се поступак води.⁷⁴

Наш законодавац, чини се, мора учинити напор да јасно разграничи индивидуалну од колективне заштите, па и термилошки - одредба чл. 46. односи се, наиме, на "тужбе других лица." Уз то, према нашем закону дато је и овлашћење Поверенику да самостално, без сагласности жртве дискриминације покрене поступак када се дискриминаторно понашање не односи искључиво на одређено лице, што је опет, процесноправно специфичан вид тужбе.⁷⁵ Истовремено оваква могућност није дата Поверенику у оквиру набрајања његових надлежности.

Иначе, декларативни тип тужби у оквирима антидискриминационе заштите према нормативи се односи на специфично утврђење дискриминаторног "поступања". Суштински, међутим, реч је о утврђењу постојања повреде права на једнако поступање, или "права да (се) не буде дискриминисан".⁷⁶ При томе, наш Закон, чини се неоправдано, не допушта изричито декларативну тужбу уколико само прети опасност да

⁷² Видети и одредбе чл. 24 ЗСД РХ; ЗЗД ЦГ, међутим, оставља искључиво могућност да се тужба поднесе у име дискриминисаног лица од стране организација или појединаца који се баве заштитом људских права, уз његов писани пристанак; ЗЗД БиХ, одредбом чл. 17. прихвата колективну тужбу.

⁷³ A. Grgić, Ž. Potočnjak, S. Rodin, G. Selanec, T. Šimonović Einwalter, A. Uzelac, *op. cit.*, стр. 103.

⁷⁴ A. Grgić, Ž. Potočnjak, S. Rodin, G. Selanec, T. Šimonović Einwalter, A. Uzelac, *op. cit.*, стр. 104.

⁷⁵ Видети о легитимацији за ове тужбе више код Миајло Дика, *Udružna tužba kao instrument apstraktne zaštite potrošača*, *Hrvatska pravna revija*, listopad, 2003, стр. 39-40.

⁷⁶ Видети, Владимир В. Водинелић, *op. cit.*, Тужбе/2006, стр. 13.

тужиочева радња или пропуштање може непосредно довести до повреде права на једнако поступање.⁷⁷ Недостатак изричитог нормирања не значи, свакако, да овакав вид захтева није и могућ у пракси, а у теорији се, сасвим оправдано, указује на непотребност доказивања правног интереса од стране тужиоца и у оваквим ситуацијама.⁷⁸

И овако сумаран поглед на решења из ЗЗД РС указује, чини се, на извесне недостатке и недоследности овог текста, а тиме и на потребу његовог новог "читања" и измене и допуне његових одредаба, али и уношења неких специфично нових решења.

Dušica Palačković, Ph.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Kragujevac

ON THE CONCEPT OF DISCRIMINATION AND LAWSUITS IN ANTI-DISCRIMINATION LITIGATION

Summary

Determining the concept, that is defining the meaning of the word "discrimination" is a complex problem, not only of legal nature. Usually this term implies society's disapproval of actions referring to the unequal treatment of persons in identical or analogous situations. It is, by rule, connected to acts, practices or policies which impose unequal position, restrictions or exclusions on the grounds of belonging to a certain category of people or social group. Law banning discrimination, that is the violation of rights to equal treatment is closely linked to the enjoyment of human rights and liberties. Therefore,

⁷⁷ ЗСД РХ, нпр., одредбом чл. 17 ст. 1 т. 1, предвиђа и ову могућност, а тако и ЗЗД БиХ, одредбом чл. 12. ст 1а.

⁷⁸ О овоме Владимир В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 13; Душица Палачковић, *op. cit.*, стр. 73; Горан Незировић, Поступци за заштиту од дискриминације, доступно на: http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.rs.est.gov.ba%2Findex.php%2Fseminari-2012%2F20-63bijeljina-zakon-o-zabrani-diskriminacije%2F653-materijal-gnezirovic%2Ffile&ei=_7FmVdeFHMW8UbqOgcAG&usg=AFQjCNFksoy2vbZdJjsDJSZ ZtUo DZ89PZw&bvm=bv.93990622,d.d24

regardless the long-lasting stand that the ban imposed by Article 14 of the Convention of Human Rights has just an instrumental character, the professional literature and everyday practice has started to recognize, so called, the autonomous aspect of this key provision.

Controversy related to defining the legal nature of this ban entails certain inconsistency in the practice of the European Court of Human Rights. In the comparative analyses of the countries in our region and their protection schemes ensured by the application of civil procedure rules, considerable similarities have been noted, but also some differences related to the content of this protection. Anti-discrimination Law of the Republic of Serbia contains some inconsistent legal solutions that should be avoided, as well as deficiencies that should be eliminated.

Dr Dragan Bolanča

Redovni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

POMORSKI ZAKONIK REPUBLIKE HRVATSKE I SLUČAJEVI (NE)DISKRIMINACIJE

Apstrakt: *Novi Pomorski zakonik Republike Hrvatske stupio je na snagu dana 29. prosinca 2004. god. U njemu Republika Hrvatska prihvaća nove međunarodne konvencije pomorskog upravnog i imovinskog prava i dosljedno ih ozakonuje u domaćem pravu. U međuvremenu je taj akt promijenjen i dopunjen pet puta: 2007., 2008., 2011., 2013. i 2015. godine. Cilj svih promjena je bio slijediti pravnu stečevinu Europske unije u kojoj je prisutna sinergija između zahtjeva za sigurnošću pomorske plovidbe i zaštite morskog okoliša. U ovom se radu autor bavi novim zakonskim rješenjima u vezi pomorske kabotaže, plaćanja naknade za sigurnost plovidbe i zaštitu od onečišćenja, te peljarenja, prvenstveno iz kuta njihove (ne)diskriminatorne prirode. U zadnjem primjeru, naglašava da zakonsko rješenje obvezne pilotaže nije u skladu sa rješenjima Konvencije i Statuta o međunarodnom režimu morskih luka iz 1923. god., jer diskriminira brodove država koje nisu članice Europske unije.*

Ključne riječi: *Republika Hrvatska, Pomorski zakonik, pomorska kabotaža, plaćanje naknade za sigurnost plovidbe i zaštitu od onečišćenja, obvezno peljarenje na moru, diskriminacija*

1. U V O D

Novi **Pomorski zakonik** Republike Hrvatske (dalje – PZ '04.)¹ stupio je na snagu dana 29. prosinca 2004. god.² *Ratio* pojavljivanja novoga zakonodavnog akta (svega 10 godina nakon donošenja starog) uvjetovali su mnogobrojni razlozi: potreba usklađivanja hrvatskog pomorskog prava s

¹ Vidi «Narodne novine», br. 181/05.

² Tada je prestao važiti stari **Pomorski zakonik** iz 1994. god. («Narodne novine», br. 17/94., 74/94. i 43/96., dalje – PZ 94.). Inače, to je bio “prvi cjeloviti i sutavni pomorski zakonodavni zbornik, pravi hrvatski *corpus iuris maritimi*” – tako **Ivo Grabovac**: *Pomorski zakonik s pojmovnim kazalom*, Zagreb, 1994., str. V. U čemu je bila važnost zakonodavnog akta iz 1994. god. vidi **Dragan Bolanča – Axel Luttenberger**: *Some Views on the New Croatian Maritime Code*, “Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu”, br. 1 – 2, 1995., str. 113. – 117., **Dragan Bolanča**: *The New Croatian Maritime Code*, “Acta Juridica Hungarica”, Budapest, No. 1-2, 1997., str. 60. - 63.

međunarodnim konvencijama koje su usvojene prije i nakon 1994. god. (a koje je Republika Hrvatska u međuvremenu ratificirala), izdvajanje materije pomorskog dobra iz Pomorskog zakonika i uređivanje posebnim Zakonom o pomorskom dobru i morskim lukama iz 2003. god., usavršavanje sustava pravnih pravila o stvarnim pravima na brodu, te postupku ovrhe i osiguranja na brodu i teretu, olakšavanje poslovanja hrvatskih brodarskih tvrtki i poboljšavanje pravnog položaja naših pomoraca u slučaju štete u vidu povrede tjelesnog integriteta ili narušenja zdravlja.³ Nadalje, tekst novog zakonika usklađen je s mnogobrojnim propisima Europske unije iz područja pomorstva⁴ i

³ Vidi Zbornik radova sa savjetovanja "Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava", Rijeka, 2005, **Igor Vio**: *Predgovor* str. 7. – 8., **Dorothea Ćorić**: *Novi Pomorski zakonik*, str. 9. – 28., **Maja Markovčić Kostelac**: *Sigurnost plovidbe u novom Pomorskom zakoniku*, 29. – 36., **Srdan Šimac**: *Odgovornost za štetu nastalu zbog tjelesne ozljede, smrti ili narušena zdravlja člana posade broda prema novom Pomorskom zakoniku*, str. 37. – 56., **Siniša Prnjak**: *Postupak upisa u upisnik jahti i očevidnik brodice*, str. 57. – 64., **Jasenko Marin**: *Novo pravno uređenje hipoteke na brodu*, str. 65. – 81., **Zoran Tasić**: *Pomorski privilegiji u kontekstu novog Pomorskog zakonika*, str. 83. – 86., **Petar Kragić**: *Utjecaj novina u Pomorskom zakoniku na poslovanje hrvatskih brodara*, str. 87. – 101., **Dragan Bolanča**: *Ugovor o prijevozu stvari morem – glavne novine iz Pomorskog zakonika 2004. godine*, str. 103. – 106., **Marija Pospišil-Miler**: *Granice odgovornosti pomorskog prijevoznika za smrt i ozljede putnika po novom Pomorskom zakoniku u odnosu na rješenja na međunarodnoj razini*, str. 107. – 127., **Drago Pavić**: *Ugovor o pomorskom osiguranju*, str. 129. – 143., **Gordan Stanković**: *Ovrha i osiguranje na brodu i teretu - novosti u svjetlu novog Pomorskog zakonika*, str. 145. – 161., **Vesna Tomljenović**: *Odredbe Pomorskog zakonika o mjerodavnom pravu i nadležnosti sudova Republike Hrvatske*, str. 163. – 187., **Ranka Petrinović**: *Spašavanje u funkciji zaštite okoliša s posebnim osvrtom na mjesto zakloništa*, str. 203. – 220., **Axel Luttenberger**: *Postignuća Zakona o sigurnosnoj zaštiti trgovačkih brodova i luka otvorenih za međunarodni promet*, str. 221. – 231. O novom Pomorskom zakoniku vidi također **Ivo Grabovac**: *Suvremeno hrvatsko pomorsko pravo i Pomorski zakonik*, Književni krug, Split, 2005., str. 7. – 243., **Axel Luttenberger**: *Pomorsko upravno pravo*, Pomorski fakultet, Rijeka, 2005., str. 13. - 228., **Drago Pavić**: *Pomorsko imovinsko pravo*, Književni krug, Split, 2006., str. 29. – 534., **Ivo Grabovac – Ranka Petrinović**: *Pomorsko pravo (pomorsko javno, upravno i radno pravo)*, Pomorski fakultet, Split, 2006., str. 1. – 254., **Branka Milošević Pujo**: *Pomorsko pravo (odabrane teme po STCW konvenciji)*, Sveučilište u Dubrovniku, 2006., str. 11. – 186., **Drago Pavić**: *Ugovorno pravo osiguranja (komentar zakonskih odredaba)*, Tectus, Zagreb, 2009., str. 385. – 630., **Drago Pavić**: *Pomorsko osiguranje (pravo i praksa)*, Književni krug, Split, 2012., str. 46. – 271., **Dragan Bolanča**: *Protection and Preservation of the Marine Environment in the Republic of Croatia (national legislation, international legislation and EU law)*, Megatrend revija, Beograd, br. 3, 2012., str. 23. – 34.

⁴ Potpisivanjem *Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica* i naše države u listopadu 2001. god., Republika Hrvatska je preuzela obvezu da svoje zakonodavstvo (uključujući pomorsko) uskladi s pravnom stečevinom (fran. *acquis communautaire*, engl. *community patrimony*, njem.

predstavljao je osnovni pravni okvir za nastavak procesa harmonizacije donošenjem posebnih podzakonskih propisa. Stoga je u međuvremenu osnovni zakonski tekst iz 2004. godine promijenjen pet puta.

Prva zakonodavna promjena uslijedila je donošenjem **Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika** koji je stupio je na snagu dana 31. srpnja 2007.⁵ Druga izmjena PZ-a '04. izvršena je donošenjem **Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika** koji je stupio je na snagu dana 25. prosinca 2008. godine.⁶ Njegove bitne karakteristike su prihvaćanje (čl. 823 b) *Međunarodne konvencije o građanskoj odgovornosti za štetu zbog onečišćenja pogonskim uljem* (engl. *International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage*) 2001. god. (tzv. Bunker konvencija '01.),⁷ te

gemeinschaftlicher Besitzstand) Europske unije. O značaju prava Europske unije na pomorsko pravo vidi **Jan Lopuski**: *Maritime Law in the XXI Century: Tradition, Modernity, Rationality*, «Revista Europea de Derecho de la Navegacion Maritima y Aeronautica», Barcelona, br. 20, 2004, str. 2970., **Dragan Bolanča**: *Maritime Law in the Era of Globalisation – Universal Law of a Mixed Legal System*, “Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu”, br. 3-4, 2002., str. 333. – 338.

⁵ Vidi «Narodne novine», br. 76/07. (dalje – PZ '07.). Poblize o tom zakonu vidi **Dragan Bolanča – Petra Amžić**: *Novi Pomorski zakonik Republike Hrvatske i pitanje unifikacije pomorskog prava*, “Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu”, br. 1, 2007., str. 41. – 51., **Dragan Bolanča – Željka Primorac**: *Sigurnost plovidbe u Zakonu o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika iz 2007.*, “Pravo u gospodarstvu”, Zagreb, br. 5, 2008., str. 1007. – 1017., **Dragan Bolanča – Željka Primorac**: *Sigurnost plovidbe u Zakonu o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika iz 2007.*, “Naše more”, Dubrovnik, br. 3-4, 2008., str. 147. – 152., **Dragan Bolanča**: *Pravna stečevina Europske unije i hrvatsko pomorsko pravo*, Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić (1928. – 2008.), Novi informator, Zagreb, 2009., str. 748. – 751., **Dragan Bolanča**: *Sigurnost plovidbe u Pomorskom zakoniku Republike Hrvatske i pravna stečevina Europske unije*, Zbornik radova “In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010. – 2012.”, Split, 2012., str. 23. – 36.

⁶ Vidi «Narodne novine», br. 146/08. (dalje – PZ '08.). Napominjemo da su odredbe članka 36. PZ-a '08. kojom se dodaje članak 823.b stupile na snagu dana 1. lipnja 2009., a odredbe članaka 27. (slučajevi fakultativnog upisa brodova u upisnik brodova) i 28. (slučajevi fakultativnog upisa jahti u upisnik jahti) stupile su na snagu danom pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji.

⁷ Stupila je na snagu dana 21. studenog 2008. god., a od tada važi i u Republici Hrvatskoj koja je prethodno donijela Zakon o potvrđivanju te konvencije („Narodne novine – Međunarodni ugovori“ br. 9/06.) – vidi **Ivo Grabovac**: *Značenje Međunarodne konvencije o građanskoj odgovornosti u slučaju štete od onečišćenja brodskim gorivom, 2001.*, “Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci”, Supplement, br. 2, 2002., str. 219. – 227., **Nediljko Rogošić**: *Međunarodna konvencija o građanskoj odgovornosti u slučaju štete od onečišćenja brodskim gorivom, 2001.*, “Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu”, br. 3-4, 2002., str. 465. – 476., **Aleksandar Bravar**: *Međunarodna konvencija o građanskoj odgovornosti za štetu zbog onečišćenja brodskim pogonskim gorivom (Bunker*

unošenje rješenja (čl. 31. a) *Međunarodne konvencije o uklanjanju podrtina* (engl. *International Convention on the Removal of Wreck*) 2007. god. (tzv. WRC '07.).⁸ Konačno, novom Glavom IV. a (čl. 75. a – 75. c) propisan je sustav nadzora i upravljanja pomorskim prometom (engl. *Vessel Traffic Monitoring and Information System – VTMISS*).⁹ Hrvatski zakonodavac treći put mijenja PZ '04. *Zakonom o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika* koji je stupio je na snagu dana 11. lipnja 2011. godine.¹⁰ Osim što su u naše

konvencija), Zgombić & Partneri, Zagreb, 2007., str. 3. – 176., **Dragan Bolanča**: *Sigurnost plovidbe u Pomorskom zakoniku Republike Hrvatske i pravna stečevina Europske unije*, Zbornik radova "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010. – 2012.", Split, 2012., str. 23. – 36., **Željka Primorac**: *Pomorska obvezna osiguranja*, (doktorska disertacija), Pravni fakultet, Split, 2011., str. 248. – 263.

⁸ Ta konvencija još nije stupila na snagu, niti ju je Republika Hrvatska ratificirala. Vidi **Vesna Skorupan – Ranka Petrinović**: *Međunarodna konvencija o uklanjanju podrtina*, "Poredbeno pomorsko pravo", Zagreb, br. 162, 2008., str. 109. – 134., **Aleksandar Bravar**: *Hrvatsko pravo vađenja potonulih stvari i Međunarodna konvencija o uklanjanju podrtina Nairobi 2007*, "Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb", br. 1-2, 2008., str. 147. - 159., **Dorothea Čorić**: *Onečišćenje mora s brodova (međunarodna i nacionalna pravna regulativa)*, Pravni fakultet, Rijeka, 2009., str. 111. – 113. i str. 155. – 159.

⁹ To je učinjeno u skladu s odredbama *Direktive 2002/59 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. lipnja 2002. god. o uspostavljanju sustava nadzora pomorskog prometa zajednice i o ukidanju Direktive Vijeća 93/75/EEZ*, vidi **Dragan Bolanča – Mara Barun**: *Neke novosti na području usklađivanja hrvatskog pomorskog upravnog prava sa pravnom stečevinom Europske unije*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", br. 4, 2008., str. 745. – 760., **Dragan Bolanča**: *Pravna stečevina Europske unije i hrvatsko pomorsko pravo*, Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić (1928. – 2008.), Novi informator, Zagreb, 2009., str. 751. – 753., **Ivo Grabovac**: *Međunarodni ugovori kao temelj ujednačavanja pomorskog prava – u povodu Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika, 2008.*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", br. 2, 2009., str. 264. – 267., **Axel Luttenberger – Damir Zec**: *Interesi obalne države u pomorskom nadzoru*, "Poredbeno pomorsko pravo", Zagreb, br. 164, 2010., str. 345. – 366., **Petra Amžić Jelovčić – Željka Primorac – Nikola Mandić**: *Pravni aspekt organizacije i djelokruga rada Obalne straže u Republici Hrvatskoj s posebnim osvrtom na Zakon o obalnoj straži*, "Poredbeno pomorsko pravo", Zagreb, br. 164, 2010., str. 407. – 408., **Željko Bradarić**: *Informacije o VTS sustavu na službenim pomorskim kartama i publikacijama*, "Kapetanov glasnik", Split, br. 23, 2011., str. 25. – 29., **Željka Primorac**: *Pomorska obvezna osiguranja*, (doktorska disertacija), Pravni fakultet, Split, 2011., str. 264. – 284., **Petra Amžić Jelovčić – Željka Primorac – Nikola Mandić**: *Obalna straža i zaštita prava i interesa Republike Hrvatske*, Zbornik radova "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010. – 2012.", Split, 2012., str. 37. – 60., **Petra Amžić Jelovčić – Željka Primorac – Nikola Mandić**: *Obalna straža Republike Hrvatske – pravna vrela*, "Naše more", Dubrovnik, br. 5-6, 2012., str. 266. – 278. **Marin Stošić**: *Obalna straža Republike Hrvatske*, "Kapetanov glasnik", Split, br. 26, 2013., str. 14. – 19.

¹⁰ Vidi «Narodne novine», br. 61/11. (dalje – PZ '11.).

pomorsko zakonodavstvo unesene još neke europske direktive,¹¹ mijenjaju se uvjeti poslovanja brodara u međunarodnoj plovidbi (čl. 429 a – čl. 429 h)¹² na način da se uvodi sustav plaćanja po tonaži broda (tzv. tonažni porez) u skladu sa Smjernicama Europske unije o državnim potporama u pomorskom prijevozu iz 2011. (engl. *Community Guidelines on State Aid to Maritime Transport*).¹³ Četvrta promjena PZ-a '04. nastupila je donošenjem **Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika** koji je stupio je na snagu dana dana 18. svibnja 2013. god. (čl. 144.),¹⁴ osim odredaba članaka 4.,¹⁵ 5.¹⁶ i 60.¹⁷ (koji su

¹¹ To su: 1. *Direktiva 2009/21/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o usklađenosti sa zahtjevima države zastave*, 2. *Direktiva 2009/18/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o utvrđivanju temeljnih načela istraživanja nesreća u području pomorskog prometa i kojom se izmjenjuje direktiva 1999/35/EC i Direktiva 2002/59/EC Europskog parlamenta i Vijeća*, 3. *Direktiva 2009/17/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. kojom se izmjenjuje direktiva 2002/59/EC o utvrđivanju praćenja prometa plovila zajednice i informacijskom sustavu* i 4. *Direktiva vijeća 2009/13/EC od 16. veljače 2009. kojom se primjenjuje sporazum zaključen između udruženja brodovlasnika Europske zajednice i Europske federacije transportnih radnika o Konvenciji o radu pomoraca 2006. izmjenjujući Direktivu 1999/63/EC*, opširnije **Dragan Bolanča: Sigurnost plovidbe u Zakonu o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika Republike Hrvatske iz 2011. godine**, Zbornik radova "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010. – 2012.", Split, 2012., str. 113. – 120. Inače, direktiva pod točkom 4. poziva se na *Konvenciju o radu pomoraca* (engl. *Maritime Labour Convention*) iz 2006 god. koja još nije stupila na snagu, ali ju je RH ratificirala **Zakonom o potvrđivanju konvencije o radu pomoraca iz 2006. god.** („Narodne novine – Međunarodni ugovori“, br. 11/09.) – vidi **Axel Luttenberger – Biserka Rukavina : Oživotvorenje Konvencije o radu pomoraca (2006)**, Zbornik radova sa Četvrtog znanstveno-stručnog skupa "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Aktualnosti građanskog prava, prava u turizmu, pomorskog prava, prava mora i upravnog prava", Rab, 2013., str. 85. – 100.

¹² Te su odredbe stupile na snagu dana 01. siječnja 2013.

¹³ Detaljnije o PZ '11. vidi u **Božena Bulum: Usluge pomorskog prijevoza i lučke djelatnosti u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice**, "INMAG", Zagreb, 2010., str. 129. – 151., **Dorothea Ćorić: Uvođenje poreza po tonaži broda u pomorsko zakonodavstvo Republike Hrvatske**, "Poredbeno pomorsko pravo", Zagreb, br. 165, 2011., str. 75. – 89., **Nikoleta Radionov – Tamara Čapeta – Jasenko Marin – Božena Bulum – Ana Kumpan – Nikola Popović – Iva Savić: Europsko prometno pravo**, Pravni fakultet, Zagreb, 2011., str. 326. – 328., **Željka Primorac: Repatrijacija pomoraca prema odredbama Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika iz 2011. godine**, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", br. 1, 2012., str. 123. – 138.

¹⁴ Vidi «Narodne novine», br. 56/13. (dalje – PZ '13.).

¹⁵ Njime se mijenja čl. 8. PZ-a '04. na način da se poseban režim plovidbe unutarnjim morskim vodama Republike Hrvatske više ne primjenjuje na brodove država članica Europske unije.

¹⁶ U članku 9. PZ-a '04. mijenjaju se odredbe o pomorskoj kabotaži.

¹⁷ Brisani je članak 274. PZ-a '04., jer se u praksi pokazao kao nepotreban.

stupili na snagu danom pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji), članka 36.¹⁸ (koji stupa na snagu danom stupanja na snagu novog zakona kojim

¹⁸ Briše se članak 106. kojeg po svom sadržaju treba uključiti u propis kojim se uređuju luke i pomorsko dobro. Pozitivni akt u ovoj materiji je **Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama** („Narodne novine“, br. 158/03., 100/04., 141/06., 38/09.). Poblize o navedenom zakonu vidi **Dragan Bolanča**: *Pravni status morskih luka kao pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj*, Pravni fakultet, Split, 2003, str. 249. – 282., **Dragan Bolanča**: *Osnovne značajke Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama iz 2003 godine*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", br. 1 – 2, 2004., str. 55. – 85., **Branko Kundih**: *Hrvatsko pomorsko dobro u teoriji i praksi*, Hrvatski hidrografski institut, Rijeka, 2005., str. 7. – 267., **Iva Tuhtan-Grgić**: *Pravo vlasništva na objektima izgrađenima na pomorskom dobru*, Zbornik radova sa savjetovanja "Pomorsko dobro u fokusu znanosti i pragme", Rijeka, 2005., str. 137. – 155., **Snježana Frković**: *Stečena prava na pomorskom dobru*, Zbornik radova sa savjetovanja "Nekretnine kao objekti imovinskih prava", Zagreb, 2004., str. 131. – 181., **Željko Mišić**: *Otvorena pitanja u primjeni Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama s osvrtom na prijedlog izmjena i dopuna*, "Poredbeno pomorsko pravo", Zagreb, 2005., br. 159, str. 69. – 81., **Snježana Frković – Jadranko Jug**: *Još o spornim pitanjima i što bi mogla donijeti izmjena Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama*, Zbornik radova sa savjetovanja "Pomorsko dobro", Zagreb, 2006., str. 1. – 28., **Ivo Grabovac – Ranka Petrinović**: *Pomorsko pravo (pomorsko javno, upravno i radno pravo)*, Pomorski fakultet, Split, 2006., str. 46. – 48., **Ranka Petrinović – Nikola Mandić**: *Pravni položaj lučke kapetanije u pomorskoupravnom pravu Republike Hrvatske*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", br. 1, 2006., str. 70. – 71., **Desa Sarvan – Mladen Žuvela**: *Koncesije u pravnom sustavu Republike Hrvatske*, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 55. – 63. i str. 185. – 186., **Snježana Frković**: *Pomorsko dobro danas i neke aktualnosti iz prakse*, Zbornik radova sa savjetovanja "Nekretnine u vlasništvu Republike Hrvatske i opća dobra", Zagreb, 2007., str. 69. – 137., **Nina Perko**: *Izmjene i dopune Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama*, Zbornik radova sa savjetovanja "Nekretnine u vlasništvu Republike Hrvatske i opća dobra", Zagreb, 2007., str. 138. – 144., **Branko Kundih**: *Pomorsko dobro sutra de lege ferenda*, Zbornik radova sa savjetovanja "Nekretnine u vlasništvu Republike Hrvatske i opća dobra", Zagreb, 2007., str. 145. – 175., **Jadranko Jug**: *Subjektivna prava glede mora, morske obale i otoka*, "Informator", Zagreb, br. 5697, 2008., str. 1. – 3. i str. 15. – 17., **Dragan Bolanča**: *Koncesije na pomorskom dobru – novine u hrvatskom zakonodavstvu*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", br. 1, 2009., str. 71. – 84., **Ante Vuković**: *Stečena prava na pomorskom dobru*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", br. 2, 2009., str. 373. – 389., **Jakob Nakić - Vinko Hlača**: *Zaštita pomorsko dobra u Republici Hrvatskoj*, "Poredbeno pomorsko pravo", Zagreb, br. 164, 2010., str. 493. – 529., **Vanja Seršić**: *Koncesije na pomorskom dobru*, "Novi informator", Zagreb, 2011., str. 61. – 71., **Ante Vuković**: *Ustavni sud Republike Hrvatske o pravima na pomorskom dobru*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", br. 1, 2011., str. 125. – 133., **Ante Vuković**: *Neke dvojbe oko prijenosa koncesije u lukama otvorenim za javni promet*, "Pravo i porezi", Zagreb, br. 11, 2011., str. 79. – 83., **Željko Mišić**: *Kritički osvrt u odnosu na važeće propise s prijedlogom mjera za kvalitetnije upravljanje pomorskim dobrom*, "Poredbeno pomorsko pravo", Zagreb, br. 166, 2012., str. 295. – 333., **Jakob Nakić**: *Pomorsko dobro u Prijedlogu Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama iz travnja*

se uređuje pomorsko dobro i morske luke) i članka 50.¹⁹ (koji je stupio na snagu sljedeći dan nakon isteka godine dana od dana stupanja na snagu ovog zakona, tj. 19. svibnja 2014. god.). Ovim su zakonodavnim izmjenama²⁰ stvorili

2010. godine, Zbornik radova "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010. – 2012.", Split, 2012., str. 85. – 109., **Jakob Nakić**: *Pomorsko dobro (novi pogled)*, Zbornik radova "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010. – 2012.", Split, 2012., str. 201. – 212., **Jakob Nakić**: *Određivanje granice pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj – de lege lata i de lege ferenda*, (doktorska disertacija), Pravni fakultet, Split, 2012., str. 1. – 445., **Silvija Petrić**: *Ugovori o koncesiji na pomorskom dobru*, Zbornik radova "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010. – 2012.", Split, 2012., str. 1. – 22., **Silvija Petrić**: *Odgovornost zbog povrede ugovora o koncesiji na pomorskom dobru*, Zbornik radova "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010. – 2012.", Split, 2012., str. 261. – 282., **Vanja Seršić**: *Razgraničenje između jedinica lokalne samouprave na moru*, Zbornik radova "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010. – 2012.", Split, 2012., str. 213. – 234., **Vanja Seršić**: *Integralno upravljanje pomorskim dobrom*, Zbornik radova "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010. – 2012.", Split, 2012., str. 345. – 362., **Vanja Seršić**: *Upravljanje pomorskim dobrom u Republici Hrvatskoj*, (doktorska disertacija), Pravni fakultet, Split, 2012., str. 8. – 525., **Jakob Nakić – Vanja Seršić**: *Pomorsko dobro jučer, danas i sutra*, Zbornik radova sa Četvrtog znanstveno-stručnog skupa "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Aktualnosti građanskog prava, prava u turizmu, pomorskog prava, prava mora i upravnog prava", Rab, 2013., str. 179. – 224., **Julia Vladušić**: *Naknada za izvlaštenje na pomorskom dobru*, Zbornik radova sa Četvrtog znanstveno-stručnog skupa "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Aktualnosti građanskog prava, prava u turizmu, pomorskog prava, prava mora i upravnog prava", Rab, 2013., str. 305. – 317.

¹⁹ Njime je brisan stavak 1. članka 190. PZ-a '04., a to je posljedica izmjene u članku 214. PZ-a '04. kojim se propisuje da se pravo vlasništva i druga stvarna prava na brodu, jahti ili brodicu mogu steći, prenijeti, ograničiti ili ukinuti jedino upisom u odgovarajuću ipisnik ili očevidnik. Zbog navedenog nema više potrebe za upis brodica u upisnik brodova ili upisnik jahti radi primjene zakonskih odredaba koje u pogledu stvarnih prava primjenjuju na brodove i jahte.

²⁰ Vidi **Marija Pospišil Miler**: *Odgovornost prijevoznika za smrt i tjelesne ozljede putnika u pomorskom prijevozu*, (doktorska disertacija), Pravni fakultet, Split, 2008., str. 23. – 61., **Dorotea Ćorić**: *Treba li Hrvatska ratificirati Atensku konvenciju iz 2002. godine?*, "Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci", br. 2, 2010., str. 927. – 933., **Nikoleta Radionov – Tamara Ćapeta – Jasenko Marin – Božena Bulum – Ana Kumpan – Nikola Popović – Iva Savić**: *Europsko prometno pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 2011., str. 328.- 331., **Axel Luttenberger**: *Odgovornost za onečišćenje obalnog područja krutim otpadom*, Zbornik radova "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010. – 2012.", Split, 2012., str. 125., **Marija Pospišil Miler – Marija Pospišil**: *EU pristupila protokolu iz 2002. Atenskoj konvenciji iz 1974. godine – primjena za države članice EU od 31. prosinca 2012.*, "Naše more", Dubrovnik, br. 3-4, 2012., str. 127. – 135., **Vesna Skorupan Wolff – Adriana Vicenza Padovan**: *Kritika važećeg i prijedlog novog pravnog uređenja vađenja i uklanjanja podrtna i potonulih stvari*, "Poredbeno pomorsko pravo", Zagreb, br. 166, 2012., str. 11. – 66., **Mara Barun**: *Pomorski zakonik Republike Hrvatske i pravni učinci*

uvjeti za provedbu **Uredbe Vijeća 3577/92 od 7. prosinca 1992. o primjeni načela slobode pružanja usluga u pomorskom prijevozu unutar država članica Europske unije** (pomorska kabotaža),²¹ te **Uredbe 392/2009 Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o odgovornosti pomorskog prijevoznika za putnike u slučaju nezgode**,²² čime je u Republici Hrvatskoj osigurana primjena *Protokola iz 2002. godine Atenskoj konvenciji iz 1974. godine o prijevozu putnika i njihove prtljage morem* (engl. *Protocol of 2002 to the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and Their Luggage by Sea, 1974*, tzv. Pal. Prot. 2002).²³ Nadalje, ovim se izmjenama osigurava primjena **Direktive 2009/20/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009 o osiguranju brodara za pomorske tražbine**²⁴ i **Direktive 2000/59/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 27. studenog 2000. o lučkim uređajima za prihvat otpada s brodova i ostataka tereta**.²⁵ Peta i zadnja promjena PZ-a '04. uslijedila je donošenjem **Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika**²⁶ koji je stupio je na snagu dana 17. ožujka 2015. god. Njime se mijenjaju zakonske odredbe o obveznom mirovinskom i zdravstvenom osiguranju za članove posade brodova u međunarodnoj plovidbi na način da se stvaraju pretpostavke za izravnu primjenu **Uredbe 883/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004.**,²⁷ jasnije se utvrđuju prava i obveze u pogledu uređenja i održavanja plovnosti plovni putova (čl. 51.), reguliraju se način i uvjeti postavljanja i održavanja objekata sigurnosti

primjene Uredbe EU 392/2009 o odgovornosti pomorskih putničkih prijevoznika u slučaju nezgode, Zbornik radova sa Četvrtog znanstveno-stručnog skupa "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid – Aktualnosti građanskog prava, prava u turizmu, pomorskog prava, prava mora i upravnog prava", Rab, 2013., str. 266. – 275.

²¹ **Council Regulation (EEC) No 3577/92 of 7 December 1992 applying the principle of freedom to provide services to maritime transport within Member States (maritime cabotage) - Official Journal L 364, 12.12.1992., p. 07 – 10.**

²² **Regulation (EC) No 392/2009 of the European parliament and of the Council of 23 April 2009 on the liability of carriers of passengers by sea in the event of accidents - Official Journal L 131, 28.05.2009., p. 24 – 46.**

²³ Taj protokol nije stupio na snagu na međunarodnoj razini, niti ga je Hrvatska ratificirala.

²⁴ **Directive 2009/20/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the insurance of the shipowners for maritime claims - Official Journal L 131, 28.05.2009., p. 128 – 131.**

²⁵ **Directive 2000/59/EC of the European Parliament and of the Council of 27 November 2000 on port reception facilities for ship-generated waste and cargo residues - Official Journal L 332, 28.12.2000., p. 81 – 90.**

²⁶ Vidi «Narodne novine», br. 26/15. (dalje – PZ '15.).

²⁷ **Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security system - Official Journal L 166, 30.04.2004., p. 1 – 123.**

plovidbe (čl. 52.), te se uvode nove elektroničke javne knjige (Registar objekata sigurnosti plovidbe – čl. 53. i Registar luka – čl. 57.).

U ovom ćemo radu analizirati neke zakonske odredbe, prvenstveno iz kuta njihove (ne) diskriminatorne prirode.

2. POMORSKA KABOTAŽA

Pod pojmom pomorske kabotaže podrazumijeva se prijevoz stvari i putnika morem između točaka koje se nalaze u istoj državi.²⁸ Tradicionalno je tržište kabotaže u državama članicama Europske unije bilo rezervirano za domaće brodare, pa je tako i PZ '04. predviđao da kabotažu između hrvatskih luka mogu obavljati samo brodovi, jahte ili brodice hrvatske državne pripadnosti (čl. 9., st. 1.), a iznimno je Ministarstvo pomorstva moglo odobriti kabotažu stranom brodu, jahti ili brodici ako to zahtijeva gospodarski interes Republike Hrvatske, a uz prethodno mišljenje Hrvatske gospodarske komore (čl. 9., st. 3.). PZ '13. bitno mijenja ovu zakonsku odredbu, jer propisuje da se pomorska kabotaža u Republici Hrvatskoj obavlja sukladno uredbi Europske unije koja uređuje pomorsku kabotažu (čl. 9., st. 2.), pa ona obuhvaća obalnu kabotažu (engl. *mainland cabotage*),²⁹ opskrbu pučinskih postrojenja (engl. *off-shore supply services*),³⁰ otočnu kabotažu (engl. *island cabotage*)³¹ i prijevoz osoba jahtom ili brodicom unutar unutarnjih morskih voda³² i teritorijalnog mora³³ uz naplatu (čl. 9., st. 1., toč. 4.). Iznimno, ministar pomorstva može

²⁸ Kabotaža (engl. *cabotage*) je plovidba isključivo u granicama obalnoga mora, prijevoz osoba i stvari između luka iste zemlje – vidi Pravni leksikon, Leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 2007., str. 553., **Davorin Rudolf**: *Kabotaža*, Enciklopedijski rječnik međunarodnoga prava mora, «Matica hrvatska», Zagreb, 2012., str. 291.

²⁹ To je prijevoz putnika ili robe morem između luka koje se nalaze na kopnu bez pristajanja na otocima (čl. 9., st. 1., toč. 1.).

³⁰ To je prijevoz putnika ili robe morem između bilo koje luke i postrojenja ili struktura koje se nalaze u epikontinentalnom pojasu Republike Hrvatske (čl. 9., st. 1., toč. 2.). Epikontinentalni pojas Republike Hrvatske obuhvaća morsko dno i morsko podzemlje izvan vanjske granice teritorijalnog mora Republike Hrvatske u smjeru pučine do granica epikontinentalnog pojasa sa susjednim državama (čl. 42., st. 1.).

³¹ To je prijevoz putnika i robe morem između luka na kopnu i luka na jednom ili više otoka, te luka na otocima (čl. 9., st. 1., toč. 3.).

³² Unutarnje morske vode Republike Hrvatske obuhvaćaju: 1. luke i zaljeve na obali kopna i otoka, 2. dijelove mora između crte niske vode na obali kopna i ravne polazne crte za njerjenje širine teritorijalnog mora iz čl. 18., st. 2. (čl. 7., st. 1.).

³³ Teritorijalno more Republike Hrvatske je morski pojas širok 12 morskih milja, računajući od polazne crte u smjeru gospodarskog pojasa (čl. 18., st. 1.).

odobriti plovnom objektu treće države³⁴ obavljanje kabotaže u unutarnjim morskim vodama i teritorijalnom moru Republike Hrvatske (čl. 9., st. 3.). Dakle, hrvatski zakonodavac je pomorsku kabotažu uredio u skladu sa **Uredbom 3577/92 Vijeća od 7. prosinca 1992. o slobodi pružanja usluga u pomorskom prijevozu**,³⁵ čime pružatelji usluga s poslovnim nastanom u bilo kojoj državi članici Europske unije mogu obavljati pomorsku kabotažu u drugoj državi članici pod jednakim uvjetima kao i domaće osobe koje pružaju takve usluge. Time je ostvareno jedno od temeljnih načela Europske unije, a to je sloboda pružanja usluga, koje počiva na zabrani diskriminacije.³⁶

3. PLAĆANJE NAKNADE ZA SIGURNOST PLOVIDBE I ZAŠTITU OD ONEČIŠĆENJA

PZ '04. odredbama čl. 12. propisivao je da strane jahte i brodice namijenjene razonodi sportu ili rekreaciji, mogu ploviti i boraviti u unutarnjim morskim vodama i u teritorijalnom moru Republike Hrvatske, pod uvjetom da odmah nakon uplovljavanja u unutarnje morske vode Republike Hrvatske, uplove najkraćim putem u najbližu luku otvorenu za međunarodni promet i obave graničnu kontrolu (st. 1.), pri čemu plaćaju naknadu za sigurnost plovidbe koju propisuje ministar pomorstva (st. 3.). Navedena je odredba izmjenjena PZ-om '13. na način da strane jahte i brodice namijenjene razonodi sportu ili rekreaciji, mogu ploviti i boraviti u unutarnjim morskim vodama i u teritorijalnom moru Republike Hrvatske (osim u zabranjenim zonama)³⁷ u skladu s propisom o plovidbi i boravku stranih jahti i brodica u unutarnjim

³⁴ Treća država je država koja nije Republika Hrvatska niti država članica Europske unije (čl. 5., toč. 53.).

³⁵ **Council Regulation (EEC) No 3577/92 of 7 December 1992, applying the principle of freedom to provide services to maritime transport within Member States (maritime cabotage)** -Official Journal L 364, 12. 12. 1992., p. 7- 10.

³⁶ Opširnije **Nikoleta Radionov – Tamara Čapeta – Jasenko Marin – Božena Bulum – Ana Kumpan – Nikola Popović – Iva Savić: Europsko prometno pravo**, Pravni fakultet, Zagreb, 2011., str. 241. – 248., **Jasminka Pecotić Kaufman: Pomorska kabotaža u pravu Europske zajednice: Uredba Vijeća (EEZ) br. 3577/92 i relevantna sudska praksa**, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 4-5, 2007., str. 789. – 820.

³⁷ Ministar nadležan za poslove obrane uz suglasnost ministra pomorstva, može propisati zabranjene zone u unutarnjim morskim vodama Republike Hrvatske (čl. 16., st. 1.). Plovni objekti ne smiju ploviti zabranjenim zonama u unutarnjim morskim vodama, osim u slučaju više sile (čl. 16., st. 2.). Iznimno od odredbe st. 2., ministarstvo nadležno za poslove obrane može odobriti plovidbu plovnih objekata, **bez diskriminacije**, zabranjenim zonama u unutarnjim morskim vodama, osim u slučaju više sile (čl. 16., st. 3.) – vidi **Dorotea Ćorić: Onečišćenje mora s brodova (međunarodna i nacionalna pravna regulativa)**, Pravni fakultet, Rijeka, 2009., str. 36.

morskim vodama i teritorijalnom moru koji donosi Vlada Republike Hrvatske³⁸ i uz plaćanje naknade za sigurnost plovidbe i zaštitu od onečišćenja čiju visinu propisuje ministar pomorstva. Napominjemo da je obveza plaćanja naknade nametnuta stranim vlasnicima brodica i jahti dana 18. svibnja 2013.,³⁹ neposredno prije ulaska Republike Hrvatske u Europsku uniju. Međutim, PZ '15. briše iz odredbe čl. 12. onaj dio koji se odnosi na plaćanje naknade, čime ukida plaćanje naknade koja je obvezivala strane vlasnike brodica i jahti. Razlog ovakvog postupanja hrvatskog zakonodavca veoma je jasan. Plaćanje naknade za sigurnost plovidbe i zaštitu od onečišćenja nije bilo propisano za domaće plovne objekte, pa je ukinuti dio odredbe čl. 12. nesumnjivo bio diskriminatorски u odnosu na strane vlasnike brodica i jahti.

4. PELJARENJE NA MORU⁴⁰

Prema odredbama PZ-a, peljarenje je vođenje plovnog objekta od stručnih osoba (peljara) i davanje stručnih savjeta zapovjedniku plovnog objekta, radi sigurne plovidbe u lukama, tjesnacima i drugim područjima unutarnjih morskih voda i teritorijalnog mora Republike Hrvatske (čl. 68., st. 1.). Peljarenje može biti lučko⁴¹ i obalno⁴² (čl. 68., st. 2.), a može ga obavljati samo trgovačko društvo koje za obavljanje ovih poslova dobije odobrenje Ministarstva pomorstva (čl. 70., st. 5.).⁴³ Peljarenje može biti **obvezno**⁴⁴ ili

³⁸ Vidi *Uredbu o uvjetima za dolazak i boravak stranih jahti i brodica namijenjenih sportu i rasonodi u unutarnjim morskim vodama i teritorijalnom moru Republike Hrvatske* («Narodne novine», br. 97/13.), detaljnije **Dragan Bolanča – Rajko Naprta: More naše plavo – Brodice i jahte kao plovila (Zbirka propisa)**, “Nading”, Zagreb – Split, 2013., str. 161. – 163.

³⁹ Vidi *supra* fus-notu br. 14.

⁴⁰ Poblize o peljarenju **Ivo Grabovac: Plovidbeno pravo Republike Hrvatske**, Književni krug, Split, 2003, str. 57. – 59., **Axel Luttenberger: Pomorsko upravno pravo**, Pomorski fakultet, Rijeka, 2005., str. 57. – 65., **Ivo Grabovac – Ranka Petrinović: Pomorsko pravo (pomorsko javno, upravno i radno pravo)**, Pomorski fakultet, Split, 2006., str. 54. – 56., **Branka Milošević Pujo: Pomorsko pravo (odabrane teme po STCW konvenciji)**, Sveučilište u Dubrovniku 2006., str. 94. – 97., **Branka Milošević Pujo – Ranka Petrinović: Pomorsko pravo za jahte i brodice**, Pomorski fakultet, Split, 2008., str. 58. – 60.

⁴¹ **Lučko** peljarenje je peljarenje plovnog objekta u području luke do određene granice (čl. 68., st. 3.).

⁴² **Obalno** peljarenje se obavlja u dijelu unutarnjih morskih voda i teritorijalnog mora Republike Hrvatske do granice lučkog peljarenja (čl. 68., st. 3.).

⁴³ Poslove peljarenja u unutarnjim morskim vodama i u teritorijalnom moru Republike Hrvatske ne mogu bez posebnog odobrenja Ministarstva pomorstva obavljati strane pravne osobe (čl. 69., st. 1.). Odobrenje će se izdati samo ako peljarenje ne može ili ne želi obaviti domaća pravna osoba (čl. 69., st. 2.).

neobvezno.⁴⁵ Obveznom peljarenju **ne podliježu:** a) hrvatski ratni brodovi, hrvatski javni brodovi, brodovi koji služe za održavanje plovni putova i objekata sigurnosti plovidbe na tim putovima, vodonosci, hrvatski putnički brodovi, b) brodovi čija je bruto tonaža manja od 500, c) jahte čija je bruto tonaža manja od 1000 (čl. 70., st. 2.). Peljarenje plovnog objekta, bez obzira je li obvezno ili nije, ne oslobađa zapovjednika broda dužnosti upravljanja plovidbom i manevriranjem plovnim objektom te odgovornosti koje iz toga nastaju (čl. 73., st. 1.). Brodar plovnog objekta koji se koristi uslugama peljara odgovara za radnje i propuste peljara jednako kao i za radnje i propuste člana posade svog broda (čl. 73., st. 2.).⁴⁶ Peljarenjem se može koristiti svaki plovni objekt uz jednake uvjete (čl. 72., st. 1.). U pogledu korištenja usluga peljarenja i plaćanja naknade⁴⁷ za te usluge strani su plovni objekti izjednačeni s hrvatskim plovnim objektima, uz uvjet uzajamnosti (čl. 72., st. 2.).⁴⁸ Uvjete na temelju

⁴⁴ Zapovjednik broda dužan je zatražiti usluge peljarenja kada je ono **obvezno** (čl. 70., st. 1.). Obvezno peljarenje, njegove granice, vrijeme i mjesto ukrcavanja i iskrcavanja peljara određuje, za lučko peljarenje, lučka kapetanija, a za obalno peljarenje ministar (čl. 70., st. 7.). Pozicije ukrcavanja peljara iz st. 7. ovoga članka ucrtavaju se i opisuju na službenim pomorskim navigacijskim kartama i publikaciji «Peljar I» koje izdaje Hrvatski hidrografski institut i objavljuju u «Oglasu za pomorce» (čl. 70., st. 10.).

⁴⁵ **Neobvezno** peljarenje traje dok ga ne otkaže peljareni plovni objekt ili dok on ne uđe u područje obveznog peljarenja, a peljar nije ovlašten obavljati takvo peljarenje (čl. 71.).

⁴⁶ Za naknadu štete što je peljar prouzroči brodaru plovnog objekta koji se koristi uslugama peljarenja odgovara trgovačko društvo u kojem je peljar zaposlen u trenutku prouzročenja štete, do visine osnovne naknade predviđene tarifom za obavljanu uslugu peljarenja pomnožene faktorom 300 ako se dokaže da je šteta nastala krivnjom peljara (čl. 74., st. 1.). Ako se prema PZ-u može tražiti naknada štete neposredno od peljara koji je prouzročio štetu, odredba članka 74. stavka 1. PZ-a primjenjuje se i na peljara, osim ako je peljar štetu prouzročio namjerno (čl. 75., st. 1.). – detaljnije vidi **Axel Luttenberger: Peljarenje s posebnim osvrtom na odgovornost za štetu uzrokovanu peljarenjem**, «Pomorski zbornik», Rijeka, br. 42, 2004., str. 149. – 158.

⁴⁷ Najvišu dopuštenu visinu naknade za usluge peljarenja posebnim propisom utvrđuje ministar pomorstva (čl. 72., st. 3.). Taj propis je **Naredba o najvećoj dopuštenoj visini naknade za usluge peljarenja u unutarnjim morskim vodama i teritorijalnom moru Republike Hrvatske** («Narodne novine RH», br. 22/05. i 68/10.) – vidi **Dragan Bolanča – Rajko Naprta: More naše plavo, Sigurnost plovidbe (Zbirka propisa)**, Nading d.o.o., Zagreb, 2013., str. 499. – 503.

⁴⁸ Ta obveza proizlazi iz čl. 11. **Konvencije i Statuta o međunarodnom režimu morskih luka** (engl. *Convention and Statute on the International Regime on Maritime Ports*) iz 1923. Na temelju notifikacije o sukcesiji Republika Hrvatska je stranka Konvencije i Statuta od 08. listopada 1991. god. (vidi «Narodne novine – Međunarodni ugovori», br. 11/95.). Naime, obalna država je dužna jednako postupati prema svim brodovima (domaćim i stranim) u luci u pogledu različitih načina korištenja luke i plaćanja naknada – vidi **Branko Jakaša: Međunarodni režim morskih luka (u doba mira)**, «Narodne novine»,

kojih se izdaje odobrenje za obavljanje peljarenja, stručnu spremu, ovlaštenja i druge uvjete i obveze koji mora ispunjavati peljar, obrazac, način i uvjete izdavanja iskaznice peljara, uvjete koje mora ispunjavati trgovačko društvo koje obavlja poslove peljarenja, način obilježavanja peljarskih brodova i brodica i pozivnih znakova za peljarenje, kao i uvjeti i način obavljanja peljarenja, te prava i obveze peljara propisuje ministar pomorstva (čl. 70., st. 9.). U skladu s tom odredbom, ministar je donio **Pravilnik o pomorskom peljarenju**⁴⁹ koji *inter alia* utvrđuje uvjete za dobivanje svjedodžbe pomorskog peljara (čl. 19.)⁵⁰ i **svjedodžbe o oslobađanju od obveznog lučkog peljarenja** (engl. *Pilotage Exemption Certificate* - PEC).⁵¹ PZ '13. mijenja odredbu čl. 70., st. 2. na način da obveznom peljarenju ne podliježu ni putnički brodovi sa zastavom države članice Europske unije koji plove na redovnoj liniji. Je li u ovom slučaju hrvatski zakonodavac postupio pravilno? Svaka država (pa tako i Hrvatska) može izuzeti neke kategorije plovnih objekata od obveznog peljarenja, prvenstveno vodeći računa da ta plovila bez korištenja usluga peljara ne ugrožavaju sigurnost plovidbe. Kriteriji po kojima se vrši oslobođenje od obveze peljarenja isključivo su tehničke i sigurnosne naravi (posjedovanje PEC-a), pa time nije narušeno načelo jednakog postupanja prema brodovima svih država. Ne postoji propis Europske unije koji na bilo koji način zahtijeva od država članica da izuzmu brodove zastave države Europske unije od obveznog peljarenja,⁵² a Hrvatska je upravo to učinila. Time je uspostavljena

Zagreb, 1965., str. 134., **Vladimir Đuro Degan**: *Međunarodno pravo mora (u miru i oružanim sukobima)*, Pravni fakultet, Rijeka, 2002., str. 37. – 40.

⁴⁹ Vidi «Narodne novine RH», br. 116/10., **Bolanča – Naprta**, *op. cit.*, str. 437. – 450.

⁵⁰ Peljarenje broda mogu obavljati samo osobe s valjanom iskaznicom pomorskog peljara (čl. 16., st. 1.) a svojstvo peljara se dokazuje iskaznicom pomorskog peljara i peljarskom oznakom (čl. 16., st. 2.).

⁵¹ Vidi čl. 20. PEC je svjedodžba kojom se posjednika svjedodžbe oslobađa obveze korištenja usluge obveznog lučkog peljarenja u određenoj luci, određenom lučkom bazenu i za određeni brod koji su označeni u svjedodžbi (čl. 2.). Ta se svjedodžba vodi u upisniku svjedodžbi o peljarenju (čl. 38., st. 4.) od strane Ministarstva pomorstva i lučke kapetanije, pri kojima su ustanovljena ispitna povjerenstva (čl. 38., st. 5.). PEC se temelji na odredbi čl. 70., st. 3. PZ-a po kojoj ministar pomorstva može iznimno osloboditi obveznog lučkog peljarenja pojedini brod ili jahtu, osim brodova koji prevoze opasne ili štetne tvari, čija je bruto tonaža manja od 2000 za određeno razdoblje i na određenom lučkom području, pod uvjetom da je zapovjednik položio poseban ispit - detaljnije **Ranka Petrinović – Nora Matulić Sumić**: *Obvezno peljarenje na temelju novih odredaba Pomorskog zakonika*, «Poredbeno pomorsko pravo», Zagreb, br. 168, 2014., str. 96. – 98.

⁵² Peljarenje spada u lučke usluge koje luke pružaju brodovima u vezi s plovidbom (tzv. tehničko-nautičke lučke djelatnosti), usmjerene na održavanje sigurne plovidbe u luci, pa se na njih primjenjuju specifična pravila, kada je riječ o njihovoj organizaciji i obavljanju, kao i o pristupu tržištu tih djelatnosti. Poslovi peljarenja smatraju se lučkom uslugom komercijalnog karaktera, ali i uslugom od velikog značaja za sigurnost plovidbe u luci te je

nejednakost i diskriminacija prema brodovima koji viju zastavu drugih država ugovornica Konvencije i Statuta o međunarodnom režimu morskih luka,⁵³ koje nisu članice Europske unije, a plove na redovnim linijama, u odnosu na brodove država članica Europske unije, koji plove na redovnim linijama, bez ikakvog zahtjeva zadovoljenja tehničkih uvjeta. Nadalje, zakonskom izmjenom povrijeđen je i zahtjev uzajamnosti u postupanju prema brodovima druge države u lukama obalne države (bilo da su ugovornice Konvencije ili ne), te konačno i temeljni zahtjev sigurnosti plovidbe, koji i jest osnovni razlog zbog kojeg je nastala i postoji djelatnost peljarenja. Dakle, najnovijom zakonodavnom izmjenom, hrvatsko zakonodavstvo se nije usklađivalo s pravnom stečevinom Europske unije, ali je omogućilo brodovima ostalih članica Europske unije da uživaju u hrvatskim lukama isti tretman kao hrvatski brodovi, i to samo zato što viju određenu zastavu (države Europske unije). time se negira sam smisao i potreba peljarenja, kao elementa sigurnosti plovidbe i zaštite morskog okoliša.⁵⁴

Dragan Bolanča, Ph.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Split

THE CROATIAN MARITIME CODE AND THE CASES OF (NON) DISCRIMINATION

Summary

The new Maritime Code of the Republic of Croatia came into force on December 29, 2004. The Republic of Croatia adopts new international conventions of maritime administrative and property law and enacts them consistently in domestic law. In the meantime, mentioned act was changed five times: in 2007, 2008, 2011, 2013 and 2015. The aim of changing was the following *acquis communautaire* of the EU in the field of maritime safety and

izdvojena od ostalih lučkih usluga, pa i od ostalih tehničko-nautičkih usluga – pobliže **Božena Bulum**: *Usluge pomorskog prijevoza i lučke djelatnosti u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice*, «INMAG», Zagreb, 2010., str. 211., **Božena Bulum**: *Zajednička Europska lučka politika – prošlost i recentne mjere u njezinom uspostavljanju*, «Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu», br. 2., 2009., str. 337. – 358.

⁵³ Vidi *supra* bilj. br. 48.

⁵⁴ Detaljnije **Petrinović – Matulić Sumić**, *op. cit.*, str. 94. – 98.

environment protection. In this article the author deals with new provisions of maritime cabotage, compensation for navigation safety and protection from pollution and compulsory pilotage. In the last case, he points out that provision on compulsory pilotage is not in accordance with the Convention and Statute on the International Regime on Maritime Ports (1923), because discriminates the vessels that not fly the European Union flag.

Др Невена Петрушић

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ПРАВНИ СТАТУС И ПОЗИЦИЈА ПОВЕРЕНИКА ЗА ЗАШТИТУ РАВНОПРАВНОСТИ У АРХИТЕКТУРИ НАЦИОНАЛНИХ ИНСТИТУЦИОНАЛНИХ МЕХАНИЗАМА ЗА РАВНОПРАВНОСТ*

Апстракт: У раду су анализирани правни статус и позиција Повереника за заштиту равноправности у националној архитектури институционалних механизма за остваривање равноправности. Размотрен је правни профил овог државног органа, као и његова надлежност и улога коју остварује на плану сузбијања дискриминације. Посебна пажња посвећена је анализи домета превентивног и реактивног деловања Повереника у случајевима дискриминације. На основу резултата анализе релевантних прописа, утврђена је природа овог тела за равноправност, имајући у виду типологизацију аналогних тела у европском контексту.

Кључне речи: равноправност, дискриминација, тела за равноправност, Повереник за заштиту равноправности.

1. Уводна разматрања

У савременим демократским друштвима принцип једнакости (равноправности) представља кључну моралну вредност и основни постулат правног поретка, а право на недискриминацију уздигнуто је на ниво основног људског права. Остваривање принципа равноправности подразумева да он буде ефективно примењен у свим аспектима живота: политичком, економском, друштвеном и културном. Искуство је показало да остваривање стварне (супстанцијалне) равноправности¹ захтева вођење политике једнаких могућности (*equality of opportunities*) на свим нивоима и у свим областима. Она подразумева изградњу социјалног, политичког и

* Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Министарства просвете и науке Републике Србије, бр. 179046: Заштита људских и мањинских права у европском правном простору.

¹ О формалној и суштинској једнакости и инструментима за њихово остваривање, шире видети: Маринковић, Т., Правна и суштинска једнакост – концептуална разграничења, у: Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, Невена Петрушић (ур.) Београд, Повереник за заштиту равноправности и Правосудна академија, стр. 40 - 45.

нормативног амбијента у коме ће то бити могуће, што се постиже забраном и сузбијањем не само директне, већ и посредне (индиректне) дискриминације, предузимањем посебних (афирмативних) мера према депривираним и маргинализованим друштвеним групама, признавањем колективних права и др.

Политика једнаких могућности није могућа без успостављања ваљаног правног, стратешког и институционалног оквира.² Његови најважнији елементи су нормативни инструменти којима се гарантује, остварује и заштити право на равноправност, стратегије које дефинишу правце деловања, приоритете и обавезе органа јавне власти у креирању и спровођењу политике једнаких могућности и институције образоване у оквиру државне структуре.³

2. Правни и стратешки оквир остваривања и заштите равноправности

Преглед активности које су се после промена 2000. године одвијале у Србији показује да је процес изградње правног, стратешког и институционалног оквира остваривања и заштите равноправности текао споро, уз много препрека, лутања и несналажења и концепцијских промашаја.

Приликом изградње нормативног оквира равноправности, у Србији је примењен уобичејени нормативни метод:⁴ *Уставом Републике Србије*,⁵ у чл. 21. забрањен је сваки облик непосредне и посредне

² Пајванчић, М. Петрушић, Н., Значај институционалних механизма за остваривање родне равноправности, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 67/2014, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, стр. 25-45.

³ „Институционални механизам равноправности“ представља заједнички израз који се користи за означавање сваке организационе форме која делује у области равноправности, у оквиру државне, регионалне или локалне власти. Термином „нормативни инструменти“ означавају се међународни и национални правни извори који дефинишу нормативни оквир равноправности и његову примену, док се термин „стратегије“ користи као заједнички назив за правне акте којима се креира политика деловања у области равноправности на националном, регионалном и локалном нивоу.

⁴ О томе, видети: Петрушић, Н., Грађанскоправна заштита од дискриминације на простору Западног Балкана, материјалноправни аспект, у: Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права, тематски зборник радова, св. 2., Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, стр. 157-170.

⁵ Општа уставна норма о забрани дискриминације садржана је у чл. 21. Устав Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 98/2006), којим је утврђено да су пред Уставом и законом сви једнаки, да свако има право на једнаку законску заштиту, без

дискриминације по било ком личном својству, а основним, тзв. крвним антидискриминационим законом, *Законом о забрани дискриминације*,⁶ уређен је општи режим забране дискриминације. Посебним антидискриминационим законима, *Законом о заштити права и слобода националних мањина* из 2002. године,⁷ *Законом о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом* из 2006. године⁸ и *Законом о равноправности полова* из 2009. године,⁹ регулисана је забрана дискриминације на основу националности, инвалидитета и пола, а забрана дискриминације у појединим секторима друштвених односа, као што су рад, запошљавање, образовање, информисање и друге области, прописана је и законима којима су те области законски уређене.¹⁰ Кривичним закоником Републике Србије¹¹ инкриминисан је читав низ дела у вези са забраном дискриминације. Рад на успостављању антидискриминационог нормативног оквира пратили су многи отпори, због којих су предлози антидискриминационог закона враћани из скупштинске процедуре и усвајани са великим закашњењем.¹² Ипак, упркос томе, успостављен је

дискриминације, да је забрањена свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета. Поједине норме о забрани дискриминације садржане су и у чл. 1. чл. 15. и чл. 76. Устава.

⁶ Закон о забрани дискриминације (у даљем тексту ЗЗД), "Сл. гласник РС", бр. 22/09.

⁷ "Сл. лист СРЈ", бр. 11/02, "Сл. лист СЦГ", бр. 1/03 - Уставна повеља и "Сл. гласник РС", бр. 72/09 - др. закон.

⁸ "Сл. гласник РС", бр. 33/06.

⁹ "Сл. гласник РС", бр. 104/09.

¹⁰ О законима који садрже антидискриминационе клаузуле, видети: Маринковић, Т., *Домаће антидискриминационо законодавство*, у: *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације*, Невена Петрушић (ур.) Београд, Повереник за заштиту равноправности и Правосудна академија, стр. 124-133.

¹¹ "Сл. гласник РС", бр. 85/05, 88/05 - испр., 107/05 - испр., 72/09 и 111/09.

¹² Предлог Закона о забрани дискриминације, чији је први модел припремљен још 2001. године, упућен је у скупштинску процедуру 2009. године, али је 16 сати пре казане расправе Влада повукла предлог, а јавност је обавештена да је то учињено на захтев Српске православне цркве, који су подржале остале традиционалне верске заједнице у Србији због тога што је, наводно, у колизији са правом на слободно поседовање и изражавање верских уверења, проповедање верских учења и заштиту моралних вредности. Након вишедневних консултација, предлог закона је враћен у скупштинску процедуру, у с тим што су измењени и допуњени поједини чланови који се односи на дискриминацију на основу религијског уверења и сексуалне оријентације. Видети: *Извештај о стању људских права за 2009. годину*, Београдски центар за људска права, 2010. Слична судбина пратила је и Закон о равноправности

целовит систем правне заштите од дискриминације, чиме је држава на нормативном плану испунила своје обавезе преузете ратификацијом релевантних међународних уговора¹³ и склапањем Споразума о стабилизацији и придруживању ЕУ.¹⁴

Стратешки оквир равноправности чине бројне стратегије за унапређење положаја и стварање једнаких могућности за депривирани друштвене групе које су у неједнаком положају са осталим грађанима, као што су Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности из 2009. године,¹⁵ Стратегија за унапређивање положаја Рома у Републици Србији из 2009. године,¹⁶ Стратегија унапређења положаја особа са инвалидитетом у Републици Србији из 2007. године, Национална стратегија о старењу из 2006. године и др. Овим документима утврђене су системске мере и активности које се предузимају како би се премостио јаз у економском и друштвеном положају различитих друштвених група и отклониле последице структуралне дискриминације. Од важности су и стратегије које се односе на остваривање равноправности у појединим областима друштвених односа, као што је Национални акциони план за примену Резолуције 1325 СБ УН у Србији из 2010,¹⁷ којим су предвиђене мере за интегрисања родне перспективе у сектор безбедности и др. Поред националних стратегија, усвојен је и читав низ стратешких докуманата на покрајинским и локалном нивоу.

полова, који је припремљен још 2005. године, а усвојен је тек 2009. године. Видети: Рајванчић, М. *Analiza procesa usvajanja zakona iz oblasti rodne ravnopravnosti*, у: *Političke stranke i zakonodavna aktivnost Narodne skupštine Republike Srbije*, Факултет Политичких наука, UNDP, Београд, 2012, стр. 79-135.

¹³ О међународном правном оквиру заштите од дискриминације, детаљно: Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 11-32; Etinski, R. Krstic, I. *IEU Law on the Elimination of Discrimination*, Pogestei, University of Belgrade, 2009, стр. 5-22; Krstić, I. *Međunarodni standardi zabrane diskriminacije*, у: Nevena Petrušić (ur.), *Sudska građanskopravna zaštita od iskriminacije*, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti i Pravosudna akademija, Београд, 2012, стр. 47 -75.

¹⁴ Видети: Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране ("Сл. гласник РС - Међународни уговори", бр. 83/2008). Република Србија је одлуком Европског савета 1. марта 2012. године добила статус кандидата за чланство у ЕУ, а 21. 01. 2014. године отпочела је званичне преговоре о чланству у ЕУ. У овом процесу услађивање домаћег законодавства са прописима ЕУ представља један од приоритетних задатака.

¹⁵ „Сл. гласник РС“, бр. 15/2009.

¹⁶ "Сл. гласник РС", бр. 27/2009.

¹⁷ „Сл. гласник РС“, бр. 102/2010.

Спровођење ових стратегија пратиле су многе тешкоће: погрешан избор приоритета, нејасно дефинисане активности, кашњење са доношењем акционих планова, недостатак финансијских средстава¹⁸ и др. Због непостојања јасних индикатора за праћење ефеката, многи стратешки документи су замењени новим, а да се није могло оценити до каквих су промена довеле.

3. Институционални оквир равноправности

3.1. Институције за унапређење равноправности

Институционални оквир равноправности чини разноврсни институционални аранжмани на подручју равноправности, који укључују институције које делују у оквиру легислативе, институције које делују у оквиру егзекутиве, као и институције које делују на подручју заштите равноправности. Ови механизми, релативно постојани и у ширем обиму, постоје само у области остваривања родне равноправности,¹⁹ на државном, покрајинским и локалном нивоу, док се у осталим областима јављају спорадично, углавном у оквиру локалних самоуправа. Тако је 2013. године основан Савет за особе са инвалидитетом, као саветодавно тело Владе РС,²⁰ а у многим локалним заједницама раде општински савети за особе са инвалидитетом. Одређену улогу има и Тим за социјално укључивање и смањење сиромаштва, који је надлежан за јачање

¹⁸ Тако је, на пример, Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности за период 2009 – 2015 усвојена 2009. године, али је а Акциони план за спровођење стратегије донет је тек 2010. године, с тим што су финансијска средства за његово спровођење утврђена само за 2010. годину.

¹⁹ У успостављању институционалних механизма у домену родне равноправности лидерску улогу имала је АП Војводина, која је први механизми за постизање родне равноправности основала 2002. године. О томе шире: Рајванчић, М., *Pravni okvir ravnopravnosti polova*, Zavod za ravnopravnost polova, Novi Sad, стр. 12-28; Šijački, Z. *Mehanizmi za rodnu ravnopravnost i njihova uloga*, http://www.e-jednakost.org.rs/kurs/kurs/download/mehanizam_za_rodnu_ravnopravnost.pdf (приступ 13. 04. 2015). О процесу успостављања институционалних механизма на државном, покрајинским локалном нивоу и тешкоћама које су пратиле овај процес, детаљно: Рајванчић, М., *Равноправност полова у политичком животу*, <http://www.rs.cest.gov.ba/index.php/seminari-2011/2414banja-luka-primjena-zakona-o-ravnopravnosti-polova/554-materijal-mpajvancic-iv/file>. (приступ 15. 04. 2015). Видети и: Babović, Vuković, Subotički, Prohaska, Janković, *Rodna ravnopravnost na lokalnom nivou*, прiručник, <http://www.secons.net/admin/app/webroot/files/publications/Rodnaravnopravnostnalokalnomnivou-priru%C4%8Dnik.pdf> (приступ 14. 04. 2015).

²⁰ Одлука о оснивању Савета за особе са инвалидитетом, 05 број 02 - 2110/2013 – 1 од 21. марта 2013. године.

капацитета Владе да развија и спроводи политике социјалног укључивања, али се његове активности углавном финансирају из донација.²¹ Ради спровођења Декаде Рома, основан је Савет за унапређење положаја Рома и спровођење декаде укључивања Рома,²² а проблемом дискриминације деце бави се и Савет за права детета Владе РС,²³ чији рад није обележен континуитетом, као и савети на нивоу локалних самоуправа.

Када је реч о институционалним механизмима у области родне равноправности, на националном нивоу делују Одбор за људска и мањинска права и равноправност полова, стално радно тело Народне скупштине Републике Србије, основан 2012. године,²⁴ који, поред осталог, разматра предлоге закона и других општих аката са становишта унапређивања и остваривања родне равноправности, сагледава стање вођења политике, спровођења закона и других општих аката са становишта поштовања равноправности полова.²⁵ У оквиру егзекутиве делују Савет за равноправност полова Владе Републике Србије, основан 2004. године, који је 2009. године прерастао у Савез за родну равноправност. Ово стручно саветодавно тело Владе надлежно је да разматра и предлаже мере за унапређење политике остваривања родне равноправности са становишта међуресурске сарадње, даје иницијативе за предузимање посебних мера и програма за подстицање и оснаживање жена за учешће у јавном, политичком, економском и културном животу и др. У домену егзекутиве 2014. године, уместо Управе за родну равноправности која је од 2008. године деловала у оквиру министарства надлежног за рад и социјална питања, основано је Координационо тело за родну равноправност,²⁶ са задатком да разматра сва питања и координира рад органа државне управе у вези са родном равноправношћу. Оснивањем овог тела стварене су основне претпоставке за интегрисање родне перспективе у све јавне политике (*gender mainstreaming*).²⁷

²¹ Видети: <http://socijalnoukljucivanje.gov.rs/rs/> (приступ 14. 04. 2015).

²² "Сл. гласник РС", бр. 24/2008.

²³ Одлука о образовању Савета за права детета, "Сл. гласник РС", бр. 10/2014.

²⁴ Члан 46. Пословника о раду Народне скупштине РС („Сл. гласник РС“, бр. 20/2012 – пречишћени текст). У оквиру Одбора делује пет посебних радних група, међу којима и Радна група за равноправност полова.

²⁵ Члан 52. ст. 3. Пословника о раду Народне скупштине РС.

²⁶ Одлука о оснивању координационог тела за родну равноправност („Сл. гласник РС“, бр. 121/2014, 147/2014 и 32/2015)

²⁷ Појам *gender mainstreaming*, који се у српском језику обично преводи као “увођење родне равноправности у главне токове”, представља (ре)организацију, побољшање и евалуацију процеса политика, тако да актери који су обично укључени у креирање политика уграде перспективу родне равноправности у све политике, на свим нивоима

У АП Војводини од 2003. године делује Одбор за равноправност полова, једно од 20 сталних радних тела Скупштине АП Војводине.²⁸ Одбор разматра предлоге програма, одлука и општинских аката из области равноправности жена и мушкараца, разматра аналитичке и друге материјале са становишта унапређења равноправности жена и мушкараца и др.²⁹ У домену извршне власти у АП Војводини родна равноправност је у надлежности Покрајинског секретаријата за привреду, запошљавање и равноправност полова,³⁰ а важну улогу има имају и Покрајински завод за равноправност полова и Покрајински омбудсман.³¹

На многим градовима и општинама делују локални механизми (радна тела или лица) за родну равноправност, као и градски, односно општински омбудсмани.

Поред општих институционалних механизма, формиран су посебни институционални механизми задужени за примену и праћење спровођења Националног акционог плана за примену Резолуције 1325 Савета безбедности Уједињених нација - Жене, мир и безбедност у Републици Србији: Политички савет, Мултисекторско координационо тело за спровођење НАП-а, као и Надзорно тело за спровођење НАП-а. У свим институцијама у сектору безбедности именовани су саветници за родну равноправност, аналитичке групе, као и „особе од поверења“, чији је задатак да посредују, саветују и предузимају мере ради решавања конкретних спорних питања.³²

Анализа показује да институционални механизми још увек нису на задовољавајући начин позиционирани и да њихов међусобни однос није сасвим јасно дефинисан, а недостаје и адекватна операционализација њиховог деловања, као и њихова већа међусобна повезаност, тако да изостаје синергијско деловање. Због дисконтинуитета у раду, недовољних капацитета и финансијских средстава, нереално постављених циљева,

и у свим фазама одлучивања. Видети: Gender mainstreaming in development programming, UN Women, New York, 2014. P. 20.

²⁸ Члан 55. Пословника о раду Скупштине АП Војводине („Сл. лист АП Војводине“, бр. 37/2014).

²⁹ Члан 74. Пословника о раду Скупштине АП Војводине

³⁰ Покрајинска скупштинска одлука о покрајинској управи („Сл. лист АП Војводине“, бр. 37/2014 и 54/2014 - др. одлука)

³¹ Завод је стручно тело покрајинске владе основано 2004. године у циљу ефикаснијег спровођења мониторинга у области родне равноправности и стварања препорука за интеграцију родне перспективе у све политике, мере, акције и програме које покрајинска влада доноси и спроводи.

³² Шире: Независни извештај о спровођењу Националног акционог плана (НАП) за примену Резолуције 1325 Савета безбедности Уједињених нација у Републици Србији, Београдски центар за безбедносну политику, Београд, 2013, стр. 16-22.

нејасно дефинисаних индикатора за праћење ефеката рада, њихов утицај на остваривање родне равноправности још увек је релативно мали.

3.2. Институције за заштиту равноправности

У систему заштите равноправности кључна је улога судова, као и Уставног суда Србије, који спадају у ред класичних институција за заштиту људских и мањинских права. Међутим, важну улогу имају и два независна механизма: Заштитник грађана Републике Србије и Повереник за заштиту равноправности (у даљем тексту и Повереник), државни орган специјализован за сузбијање дискриминације и промоцију равноправности.

Заштитник грађана је независан и самосталан инокосни државни орган, установљен Законом о заштитнику грађана,³³ који штити и унапређује права грађана кроз контролу законитости рада органа и организација које обављају јавна овлашћења. Његов положај је битно ојачан Уставом Републике Србије из 2006. године, када је Заштитник грађана постао уставна категорија. Кључни инструмент његовог деловања јесу мишљења и препоруке органима јавне власти за предузимање мера у циљу отклањања неправилности и унапређивања рада.

Повереник за заштиту равноправности равноправности је самосталан и независан инокосни државни орган омбудсманског типа, установљен ЗЗД, који у правном систему има улогу националног тела за равноправност, специјализованог за деловање на плану сузбијања дискриминације и промоције равноправности.

Заштитник грађана и Повереник за заштиту равноправности су независне институције за заштиту људских права, које спадају у ред тзв. четврте гране власти.³⁴ Међутим, иако се улога Повереника суштински не разликује од улоге Заштитника грађана, који је омбудсман општег типа, позиција ова два државна органа знатно се разликује. Док су положај и надлежност Заштитника грађана регулисани самим Уставом,³⁵ положај и надлежност Повереника за заштиту равноправности регулисани су ЗЗД, а тешко је утврдити у коју би категорију органа јавне власти Повереник

³³ Видети чл. 1. Закона о заштитнику грађана („Сл. гласник РС“, бр. 79/2005 и 54/2007).

³⁴ Детаљно: Orlović, S., *Nezavisna tela, četvrta grana vlasti ili kontrolor vlasti*, u: *Savremena država: struktura i socijalne funkcije*, (pr. Vukašin Pavlović, Zoran Stojiljković), Konrad Adenauer Stiftung, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, Centar za demokratiju, Beograd, 2010. стр. 231 – 269.

³⁵ Члан 138. Устава Републике Србије.

могао бити сврстан, имајући у виду уставно уређење власти.³⁶ Овакво стање последица је непостојања конзистентног приступа у уставном дефинисању надзорних стручних тела у домену заштите људских права, који би обезбедио да се логички обједине прописи који регулишу њихову позицију у правном систему.

Не улазећи дубље у разматрање теоријских проблема за који извиру из концепцијски недоследног и ненеконзистентног правног оквира независних надзорних органа, у овом раду учињен је покушај да се одреди правни статус, профил и улога коју у правном систему остварује Повереник за заштиту равноправности. Ради што потпунијег сагледавања позиције и улоге Повереника, у раду је најпре дат преглед различитих класификација европских тела за равноправност (*Equality bodies*), која су у европском правном простору идентификована као кључне институције за борбу против дискриминације и промоцију равноправности.

4. Класификација тела за равноправност

У циљу унапређивања институционалних капацитета за борбу против дискриминације, у многим државама основана су независна тела за равноправност. Снажан импулс њиховом оснивању дала је Општа препорука бр. 2. Европске комисије за борбу против расизма и нетолеранције Савета Европе (ECRI)³⁷ из 1997. године, којом је чланицама Савета Европе сугерисано да установе специјализована државна тела за борбу против расизма.³⁸ У државама чланицама ЕУ оснивање независних тела за равноправност резултат је испуњавања обавеза утврђених

³⁶ Петрушић, Н. Грубач, М., Узајамни однос поступка пред Повереником за заштиту равноправности и других антидискриминационих поступака, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 66/2014, стр. 69.

³⁷ European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) основана је 22. марта 1994. године, са циљем сузбијања расизма, ксенофобије, антисемитизма и нетолеранције који угрожавају људска права и демократске вредности у државама чланицама Савета Европе. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp (14. 04. 2015).

³⁸ ECRI General Policy Recommendation No. 2 on Specialised Bodies to Combat Racism, Xenophobia, Antisemitism And Intolerance at National Level, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp, (12. 04. 2015).

директивом о расној једнакости³⁹ и директивама које се односе на једнак третман полова.⁴⁰

Иако нормативни акти Савета Европе и ЕУ државама чланицама остављају могућност да заштита равноправности повере и некој од постојећих националних институција за заштиту људских права, многе државе су се определиле за формирање посебних тела за равноправност. С друге стране, не постоје посебне смернице о профилу и начину рада тела за равноправност, тако да су државе на различите начине нормативно уобличиле ова тела, и у организационом и у функционалном смислу, руковођене својим потребама, правном традицијом и др. Последица тога је изузетно велики диверзитет у погледу самог концепта, правног статуса, броја, као у и погледу надлежности и овлашћења која национална тела за равноправност имају.

У појединим државама чланицама Савета Европе и ЕУ установљене су посебне комисије/одбори, у неким један или више инокосних парламентарних повереника, негде постоји посебан омбудсман за равноправност, а негде је национална институција за заштиту људских права (омбудсман, комисија и др.) надлежна за област заштите од дискриминације.

Поједине државе су основале само једно национално тело за равноправност, док у неким државама постоји већи број ових тела, чија је надлежност подељена према основу дискриминације, односно према томе којој друштвеној групи пуцају помоћ и заштиту (националне мањине, особе са инвалидитетом, ЛГБТ особе и др.).⁴¹

У државама у којима постоје и тело/тела за равноправност и национална институције за заштиту људских права, њихов међусобни однос је различит и заснива се на различитим приступима: 1) међусобна

³⁹ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Official Journal L 180, 19.7.2000.

⁴⁰ Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, Official Journal L 373, 21/12/2004, Directive 2006/54/EC of 5 July on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment for men and women in matters of employment and occupation (recast), Official Journal L 204, 26.7.2006; Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Council Directive 86/613/EEC, Official Journal L 180/1, 15. 7. 2010.

⁴¹ Carver, R., (2011) One NHRI or Many? How many institutions does it take to Protect Human Rights? – Lessons from the European Experience, *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 3, Number 1, 2011, pp. 1–24.

размена, 2) заједничке акције, 3) заједничко стратешко и пословно планирање како би се избегло дуплирање, 4) заједничко деловање у циљу остваривања синергијских ефеката.⁴²

У неколико европских држава дошло је до интегрисања тела за равноправност и националних институција за заштиту људских права, чиме је успостављено једно „хибридно“ тело (*Hybrid equality/human rights institutions*).⁴³ Од таквих институција очекује се да буду проактивна, да буду стожери сарадње са државним органима и организацијама цивилног друштва и допринесу развоју свеобухватног и усаглашеног приступа у промоцији равноправности и људских права. Начелно посматрано, у државама ЕУ изражена су два тренда: интегрисање више тела за равноправност у једно национално тело за равноправност и интегрисање тела за равноправности и националне институције за заштиту људских права.⁴⁴

Ни статус тела за равноправност није исти: у неким државама имају статус владиних агенција, а у неким их бира парламент, при чему имају статус или инокосних или колективних органа.⁴⁵

Међу телима за равноправност постоје велике разлике и у погледу улоге и надлежности. Нека тела за равноправност фокусирана су на промоцију равноправности јер им је примарни задатак да промовишу принцип равноправности, спроводе и објављују независна истраживања, пружају разноврсне видове помоћи жртвама дискриминације путем спровођења медијације, заступања пред судом, подизања тужби, учешћа у судском поступку у својству интервенијената или пријатеља суда (*amicus curiae*) и сл. За ова тела користи се назив *promotion-type bodies*. Други тип тела за равноправност чине она чији је припарни задатак да спроводе поступак по притужбама, спроводе истрагу, утврђују дискриминацију,

⁴² Ibid.

⁴³ Equality Bodies and National Human Rights Institutions: Making the Link to Maximise Impact An Equinet Perspective, Brussels, 2011, p. 7.

⁴⁴ О предностима и недостација сваког од ових процеса, видети: Crowther N. & O’Cinneide C., Bridging the Divide: Integrating the functions of national equality bodies and national human rights institutions in the European Union, UCL Faculty of Laws, London, 2013. Пп. 38-74.

⁴⁵ Видети: Ammer, M., Crowley, N., Liegl, B., Holzleithner, E., Wladasch, K., Yesilkagit, K. Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC, Human European Consultancy, Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights, Utrecht, Wiena, 2010, pp. 64-143; Krusaa, N. M. The role of equality bodies, 2014. http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/13_Stakeholders/2011_02_Krusaa_DE.pdf (prisup 14. 04. 2015); Brooks, J., Milatović, S., Izveštaj o razvoju kapaciteta i institucionalnom jačanju službe Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, UNDP, 2010, Beograd.

дају препоруке и изричу законом прописане мере/казне. Она се означавају називом *tribunal-type bodies*⁴⁶ односно *quasi-judicial bodies*.⁴⁷

С обзиром на природу и овлашћења тела за равноправност, у упоредним системима постоје три модела у приступу правди у случајевима дискриминације. Први модел жртвама дискриминације пружа два правна пута за заштиту од дискриминације јер заштиту пружају и квази-судска тела за равноправност и судови. Други модел подразумева да искључиво судови пружају заштиту, док су тела за равноправност промотивног типа, тако да пружају жртвама само помоћ и подршку. Коначно, трећи модел обухвата три механизма: тело за равноправност промотивног типа, квази-судска тела и судови,⁴⁸ чиме је жртвама омогућено да бирају метод правне заштите, али и да добију одговарајућу помоћ и подршку.

Искуства у раду тела за равноправност која су део Европске мреже тела за равноправност (EQUINET)⁴⁹ показују да је потребно јасно раздвојити промотивне функције и квази-судске функције,⁵⁰ те да је корисно да оне буду јасно раздвојене⁵¹ јер њихово неприкладно спајање може негативно да утиче на њихово делотворно остваривање.⁵² С друге стране, неопходно је обезбедити да тела за равноправност буду једнако

⁴⁶ Ammer, M., Crowley, N., Liegl, B., Holzleithner, E., Wladasch, K., Yesilkagit, K. op cit. pp. 74-76; Krusaa, N. M. Op. cit.; Brooks, J., Milatović, S., op. cit. стр. 54.

⁴⁷ Истраживање које је обухватило 30 земаља чланица ЕУ и организације ЕФТА и укупно 52 тела за равноправност показало је да доминирају тела која су примарно квази-судска. Видети: Ammer, M., Crowley, N., Liegl, B., Holzleithner, E., Wladasch, K., Yesilkagit, K. op cit. p. 44.

⁴⁸ Access to Justice in Cases of Discrimination in the EU: Steps to further equality, European Union Agency for Fundamental Rights, 2012.

⁴⁹ Мисија ове мреже, која окупља окупља 42 тела за равноправност из 32 европских земаља, јесте да пружа подршку националним телима за равноправност у очувању независности и остваривању њихове улоге на плану сузбијања дискриминације и промоције једнаких могућности. Повереник за заштиту равноправности је пуноправни члан EQUINET-а од 2010. године. О активностима мреже: <http://www.equineteurope.org> (приступ 14. 04. 2015)

⁵⁰ Видети: Opinion of the Commissioner for Human Rights on National Mechanisms to Promote Equality, CommDH(2011)2, Council of Europe, Strasbourg, 2011. p. 9.

⁵¹ Equality Bodies and National Human Rights Institutions: Making links to maximise impact, Equinet, Brussels, 2011.

⁵² The Bigger Picture: Equality Bodies as part of the National Institutional Architecture for Equality- An Equinet Perspective, European Network of Equality Bodies, 2014.

доступна на читавом подручју државе, што у упоредној пракси тела за равноправност остварују успостављањем партнерског односа са конкретним локалним организацијама цивилног друштва, оснивањем регионалних канцеларија и другим аранжманима.⁵³

5. Повереник за заштиту равноправности

5.1. Правни статус и улога

Србија се определила да формира посебно тело за сузбијање дискриминације – институцију Повереника за заштиту равноправности. Повереник за заштиту равноправности је самосталан и независан државни орган установљен ЗЗД, са широким кругом законских овлашћења, која га чине централном националном институцијом за сузбијање дискриминације и промовисање равноправности.

Повереник је конципиран као инокосни државни орган омбудсманског типа⁵⁴ и ексклузивно је надлежан да штити само једно људско право – право на недискриминацију.

Позицију Повереника у правном систему обележавају његов статус (самосталност и независност),⁵⁵ начин избора (бира га Народна скупштина)⁵⁶ и имунитет, који је једнак имунитету народних посланика.⁵⁷

Самосталност и независност Повереника обезбеђени су низом законских правила. Пре свега, прописано је да Повереник ужива имунитет који уживају народни посланици у Народне скупштине, што подразумева имунитет неодговорности и имунитет неповредивости.⁵⁸ Имуитет неодговорности онемогућава да Повереник буде позван на кривичну или другу одговорност за мишљење изражено у вршењу своје функције,⁵⁹ чиме се обезбеђује да слободно користи своја законска овлашћења, док имунитет неповредивости онемогућава да без одобрења Народне скупштине Повереник буде притворен или да се против њега води кривични или други поступак у коме се може изрећи казна затвора.⁶⁰

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Петрушић, Н. Крстић, И. Маринковић, Т. Коментар Закона о забрани дискриминације, Правосудна академија, Београд, 2012. стр. 231.

⁵⁵ Члан 1. ЗЗД.

⁵⁶ Члан 28. ЗЗД.

⁵⁷ Члан 31. ст. 2. ЗЗД.

⁵⁸ Петрушић, Н. Крстић, И. Маринковић, Т. *op. cit.*, стр. 225.

⁵⁹ Члан 103. став 2. Устава РС.

⁶⁰ Члан 103. став 3. Устава РС. Ипак, ако је Повереник затечен у извршењу кривичног дела за које је прописана казна затвора у трајању дужем од пет година може бити притворен без одобрења Народне скупштине (члан 103. став 4. Устава РС).

Гаранције независности пружају и правила којима су детаљно регулисани начин престанка функције, разлози за разрешење и поступак разрешења,⁶¹ правила о материјалној независности Повереника,⁶² и др.

Као и Заштитник грађана, који је омбудсман општег типа,⁶³ и Повереник је, у суштини, орган парламента јер му помаже да врши парламентарни надзор у материји остваривања равноправности, али је и својеврсни „орган јавности“, односно цивилног друштва, чији је и сам део.

Повереник нема ни наредбодавна ни репресивна овлашћења, нити одлучује о правима и обавезама правних субјеката,⁶⁴ већ своју законску улогу остварује давањем разноврсних мишљења и препорука, подношењем извештаја, законодавних иницијатива и др. Сагласно томе, препоруке Повереника нису подобне за принудно извршење, већ делују снагом ауторитета саме институције и аргумената којима су образложени.

5.2. Надлежност Повереника

Анализа прописа којима је регулисана надлежност Повереника показује да је надлежност овог органа широко постављена и да је, у основи, чине две групе овлашћења.

⁶¹ Члан 30. ЗЗД. Поверенику може престати функција пре истека петогодишњег периода на који се бира (чл. 29. ЗЗД), подношењем оставке, испуњењем услова за пензију и наступање смрти, као и разрешењем које може бити узроковано нестручним и несавесним радом, правноснажном осудом за кривично дело на казну затвора које га чини недостојним или неподобним за обављање ове функције, губитком држављанства, обављањем друге јавне функције или професионалне делатности, обављањем друге дужности или посла који би могао утицати на његову самосталност и независност, као и поступањем супротно закону којим се уређује спречавање сукоба интереса при вршењу јавних функција.

⁶² Повереник има право на плату једнаку плати судије Врховног касационог суда, као и право на накнаду трошкова насталих у вези с вршењем функције (члан 31. став 1. ЗЗД).

⁶³ Иако се улога Повереника суштински не разликује од улоге Заштитника грађана, правна позиција ова два државна органа знатно се разликује. Док су положај и надлежност Заштитника грађана установљени самим Уставом (чл. 138. Устава Републике Србије), положај Повереника за заштиту равноправности регулисан је ЗЗД, а тешко је утврдити у коју би категорију органа јавне власти могао бити сврстан. Овакво стање последица је непостојања конзистентног приступа у уставном дефинисању надзорних стручних тела у домену заштите људских права, који би обезбедио да се логички обједине прописи који регулишу њихову позицију у правном систему.

⁶⁴ Због тога против аката Повереника није допуштена жалба, нити се може покренути поступак за оцену њихове законитости.

Прву групу чине она која омогућавају да Повереник делује реактивно, након извршене дискриминације, у циљу спречавања њеног даљег испољавања, уклањања последица које је изазвала и кажњавања извршиоца дискриминације.

Анализа законских овлашћења Повереника показује да је овај орган, с једне стране, квази-судски орган који поступа по притужбама због дискриминације, утврђује дискриминацију, даје мишљења и препоруке и изриче законом прописане мере, али да је истовремено и орган који пружа помоћ и подршку жртвама дискриминације и промовише равноправност и једнаке могућности и доприноси друштвеним променама.⁶⁵ У даљем тексту размотрене су три кључне функције које Повереник остварује у циљу заштите од дискриминације и промоције равноправности.

5.2.1. Квази-судска делатност

Повереник је законом овлашћен да спроводи поступак по притужбама због дискриминације, на чије је подношење овлашћено свако физичко и правно лице, организације које се баве заштитом људских права, као и друга лица.⁶⁶

Циљ поступка по притужбама⁶⁷ због дискриминације јесте да Повереник да стручно мишљење о томе да ли у конкретном случају поступање (чињење или пропуштање) на које се у притужби указује,

⁶⁵ Видети: Petrušić, N., *Pravni status, uloga i nadležnost Poverenika za zaštitu ravnopravnosti*, *Temida* br. 2/2014, *Sprovođenje antidiskriminacionih politika u Srbiji*, стр. 27-43.

⁶⁶ Уколико поступак покрећу ради заштите конкретног лица, организације за заштиту људских права и друга лица то могу чинити само у име и уз сагласност тог лица (члан 35. ЗЗД).

⁶⁷ Поступак по притужбама због дискриминације регулисан је ЗЗД, као и Пословником о раду („Сл. гласник РС“, бр. 34/11), којим је Повереник ближе уредио начин свог рада и поступања, у складу са овлашћењем прописаним члан 34. и члан 45. ЗЗД. Супсидијарни извор поступка по притужбама јесте Закон о општем управном поступку,⁶⁷ чије се одредбе у овом поступку сходно примењују (члан 40. став 4. ЗЗД). У теорији није шире елборирана правна природа поступка по притужбама због дискриминације. С обзиром да је члан 40. став 4. ЗЗД изричито прописано да се на поступак пред Повереником сходно примењују одредбе закона којима се уређује општи управни поступак, могло би се закључити да овај поступак представља посебан управни поступак. Ипак, имајући у виду циљ и смисао поступка по притужбама, он нема карактер управног поступка, већ је по својим карактеристикама *sui generis* поступак, који спроводи један специфичан независан државни орган (Петрушић, Н. Крстић, И. Маринковић, Т. *op. cit.* стр. 236).

представља акт дискриминације, те да изрицањем одговарајућих препорука предупреди даље вршење дискриминације и омогући отклањање стања и последице дискриминације. Приликом испитивања да ли је у конкретном случају извршена дискриминација, Повереник у пуној мери примењује правила о прерасподели терета доказивања прописана чл. 45. ЗЗД.

У мишљењу Повереник износи свој децидирани став о томе да ли је лице против кога је притужба поднета извршило дискриминације, а ако утврди да јесте, издаје једну или више препорука о начину отклањања повреде права на недискриминацију.⁶⁸ Лице коме је препорука упућена дужно је да поступи по препоруци у року од 30 дана и да о томе обавести Повереника.⁶⁹ Будући да препоруке Повереника нису подобне за принудно извршење, да би се спроводиле, одредбама ЗЗД прописане су законске мере које Повереник изриче у случају непоступања по препоруци: опомена и обавештавање јавности.⁷⁰ Опомена⁷¹ се изриче у форми решења, којим се извршиоцу дискриминације оставља нови рок од 30 дана за отклањање повреде, односно последица повреде права.⁷² Уколико у новом року од 30 дана дискриминатор не отклони повреду права, Повереник је овлашћен да о томе обавести јавност.⁷³ Ове мере су својеврсан вид „моралне репресије“ и срачунате су на то да утичу на свест лица које је извршило дискриминацију, као и да друге потенцијалне дискриминаторе одврате од дискриминаторног поступања.

Поред поступка који спроводи Повереник, субјектима овлашћеним да траже заштиту од дискриминације стоји на располагању и парница, као редовни пут заштите права на недискриминацију. Иако су међусобно различита ова два метода, када дође до конкуренције поступка пред Повереником и поступка у парници за заштиту од дискриминације, предност има парнични поступак.⁷⁴ Сагласно томе, уколико се овлашћено лице определи за парницу, постоји сметња за спровођење поступка по

⁶⁸ Повереник је дужан да води рачуна о томе да препоруке буду одређене и конкретне и да њихова садржина буде таква да се њиховим спровођењем може на најбољи могући начин отклонити стање дискриминације, спречити њено даље испољавање и уклонити или ублажити последице дискриминације.

⁶⁹ Члан 39. ст. 3. ЗЗД.

⁷⁰ Члан 40. ЗЗД.

⁷¹ Не ради се "јавној опомени", већ о опомени коју Повереник упућује извршиоцу дискриминације са циљем да она изазове морално-психички утицај дискриминатора и додатно га подстакне да поступи по препоруци.

⁷² Решење је коначно и против њега није допуштена жалба (чл. 40. ст. 3. ЗЗД).

⁷³ Члан 40. ЗЗД.

⁷⁴ Члан 36. став 1. ЗЗД.

притужби, па ће, за случај да притужба буде поднета, Повереник обуставити поступак. На исти начин Повереник поступа и када у току поступка по притужби дође до сазнања да је после подношења притужбе у истој ствари покренута парница. Околност да је поводом конкретног дискриминаторног догађаја спроведен поступак пред Повереником не представља сметњу за вођење парнице за заштиту од дискриминације јер подошењем притужбе Поверенику лица овлашћена на покретање парнице нису конзумирала своје право на судску правну заштиту права на недискриминацију.⁷⁵ С друге стране, и сам Повереник је овлашћен да након давања мишљења и препоруке покрене парницу за заштиту од дискриминације, ако оцени да се ради о стратешком случају дискриминације који треба да добије судски епилог.⁷⁶

5.2.2. Пружање правне помоћи и подршке дискриминисаним лицима

Један од значајних задатака Повереника јесте да дискриминисаним лицима пружа помоћ и подршку у заштити права на недискриминацију. У испуњавању овог задатка Повереник је овлашћен да пружа информације подносиоцу притужбе о његовом праву на недискриминацију и о начинима заштите овог права, да странама препоручује мирење као метод за мирно превазилажење настале ситуације,⁷⁷ а једно од законских овлашћења Повереника јесте и овлашћење на покретање антидискриминаторних парница.⁷⁸ Ово овлашћење Поверенику припада без обзира на то о каквом је облику и случају дискриминације реч и да ли је жртва дискриминације појединац или група лица. Ипак, ако се дискриминаторско поступање односи искључиво на одређено лице, Повереник „може поднети тужбу само уз његов пристанак”.⁷⁹

⁷⁵ Видети: Петрушић, Н. Грубач, М., *op. cit.*, стр. 71.

⁷⁶ Видети *infra* 5.2.3.

⁷⁷ Члан 33. тачка 2. ЗЗД. Повереник за заштиту равноправности развио је свој модел медијације у случајевима дискриминације. О томе: Ćuk, D., Petrušić, N., *Medijacija u okviru službe poverenika za zaštitu ravnopravnosti u: Medijacija: principi, proces, primena. Centar za primenjenu psihologiju, Beograd, 2014. str. 365-380.*

⁷⁸ Законско овлашћење Повереника да затражи судску заштиту од дискриминације манифестација је става законодавца да спречавање и сузбијање дискриминације представља општи (јавни) интерес друштва, те да му треба омогућити да покреће и води антидискриминаторне парнице како би својом процесном активношћу издејствовао доношење повољних судских пресуда.

⁷⁹ Члан. 46. став 3. ЗЗД. *Ratio* оваквог правила сасвим је јасан: ако је конкретно лице искључива жртва дискриминаторског понашања, треба му омогућити да само процени своју позицију и потребу за судском заштитом и да на основу тога донесе аутономну одлуку о томе да ли је вођење парнице у складу с његовим интересима;

Стратешке парнице су посебан антидискриминациони метод и механизам, који се користи како би се путем судских пресуда остварила шири друштвена промена, извршио утицај на правну праксу и јавне политике и унапредио положај дискриминисаних друштвених група.⁸⁰ Иако се у погледу самог поступка, стратешке парнице не разликују од "обичних" парница, њихов предмет су случајеви дискриминације који имају потенцијал за остваривање циљева стратешког парницења. У упоредној пракси, за квалификацију стратешки важних случајева користе се кумулативни индикатори: посебно тежак положај жртве дискриминације, учесталост и широка прихваћеност и распрострањеност дискриминације, друштвена моћ извршиоца дискриминације, број лица погођених дискриминаторним актом, дисбаланс моћи између жртве и починиоца и сл.⁸¹ У том смислу стратешке парнице представљају део "заговарачке стратегије" Повереника, која је усмерена ка промовисању принципа забране дискриминације, унапређењу судске праксе, обелодањивању структуралних и институционалних облика дискриминације, остваривању принципа владавине права, побољшању

пошто се дискриминаторско поступање односи искључиво на одређено лице, његова се воља мора поштовати, независно од тога колико су снажни разлози због којих конкретну парницу треба покренути у јавном (општем) интересу.

⁸⁰ Schokman, B., Creasey, D., Mohen, P. (2012) Short guide – Strategic litigation and its role in promoting and protecting human rights, <http://a4id.org/sites/default/files/user/Strategic%20Litigation%20Short%20Guide%20%282%29.pdf> (приступ 15. 04. 2015).

⁸¹ Петрушић, Н. Повереник за заштиту равноправности - улога, надлежност и поступање, у: Невена Петрушић, (ур.), Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, Београд, Повереник за заштиту равноправности и Правосудна академија, 2012. стр. 298-317. Иако се у погледу самог поступка, стратешке парнице не разликују од "обичних" парница, њихов предмет су случајеви дискриминације који имају потенцијал за остваривање циљева стратешког парницења. У упоредној пракси, за квалификацију стратешки важних случајева користе се кумулативни индикатори: посебно тежак положај жртве дискриминације, учесталост и широка прихваћеност и распрострањеност дискриминације, друштвена моћ извршиоца дискриминације, број лица погођених дискриминаторним актом, дисбаланс моћи између жртве и починиоца и сл. Шире: Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice (2004), European Roma Rights Center, The International Centre for the Legal Protection of Human Rights, Migration Policy Group, Nottingham. <http://www.migpolgroup.com/public/docs/57.StrategicLitigationofRaceDiscriminationinEurope-fromPrinciplestoPractice2004.pdf> (приступ 15. 04. 2015).

приступа правди и унапређивању положаја угрожених друштвених група, остваривању социјалне правде и сл.⁸²

На основу свог законског овлашћења да покреће антидискриминационе парнице, Повереник има право и да се умеша у парницу коју је покренуо други законом овлашћени субјекат тако што се придружује тужиоцу.⁸³

Повереник је овлашћен и на подношење прекршајних пријава због прекршаја утврђаних антидискриминационим прописима,⁸⁴ а као државни орган, овлашћен је и на подношење кривичних пријава,⁸⁵ као и на покретање поступка за оцену уставности и законитости.⁸⁶

5.2.3. Промотивна делатност

У најширем смислу остваривање промотивне функције Повереника подразумева његово превентивно деловање и рад на промоцији равноправности и једнаких могућности. Ову функцију Повереник остварује радом на подизању свести јавности о проблему дискриминације, издавањем саопштења и упозорења о најчешћим, типичним и тешким случајевима дискриминације, о начину вршења дискриминације, жртвама и извршиоцима дискриминације, последицама која дискриминација изазива и сл. Поред тога, Повереник је овлашћен да органима јавне власти и другим лицима упућује препоруке за предузимање мера за остваривање равноправности.⁸⁷ Ове препоруке могу бити усмерене ка отклањању узрока структуралне и институционалне дискриминација, унапређењу деловања институција система у стварању једнаких могућности. Такође, овим препорукама Повереник указује органима јавне власти и другим

⁸² Coomber, A. Strategically litigating equality – reflections on a changing jurisprudence“, European Anti-Discrimination Law Review, No. 15. 2012. pp. 11-21.

⁸³ У ЗЗД нису садржана посебна правила о учешћу Повереника као умешача у антидискриминационим парницама, па се у недостатку посебних прописа сходно примењују општа парнична процесна правила о учешћу обичног умешача, садржана у чл. 215–217 ЗПП. О мешању у антидискриминационе парнице, видети: Тасић, А., Процесни положај умешача у антидискриминационим парницама, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Правни акултет, Ниш, бр. 68/2014, стр. 425-442.

⁸⁴ Члан 33. тачка 4. ЗЗД.

⁸⁵ Члан 280. Законика о кривичном поступку (Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013). прописано је да "Државни и други органи [...] пријављују кривична дела за која се гони по службеној дужности, о којима су обавештена или за њих сазнају на други начин, под условима предвиђеним законом или другим прописом.

⁸⁶ Члан 168. став 1. Устава Републике Србије.

⁸⁷ Члан 33. тачка 9. ЗЗД.

субјектима на потребу предузимања посебних (афирмативних) мера ради постизања пуне равноправности, заштите и напретка лица, односно групе лица која се налазе у неједнаком положају у односу на остале грађане. У круг ових овлашћења спада и овлашћење Повереника да подноси годишње и посебне извештаје Народној скупштини о стању у области заштите равноправности, да прати спровођење закона и других прописа, иницира доношење или измену прописа ради спровођења и унапређивања заштите од дискриминације и даје мишљење о одредбама нацрта закона и других прописа који се тичу забране дискриминације и остваривања равноправности др.⁸⁸

Очекује се да у свом деловању Повереник сарађује са институционалним механизмима за равноправност, али и свим другим друштвеним актерима који делују у овој области и буде својеврсни катализатор друштвених промена.

6. Закључне напомене

Повереник за заштиту равноправности је специјализовани државни орган омбудсманског типа, који у архитектури институционалних механизма за равноправност има улогу централне националне националне институције у материји остваривања равноправности. Иако у области равноправности Повереник, с обзиром на законска овлашћења, суштински остварује ону функцију коју у области људских прва има Заштитник грађана, његов положај је битно другачији од положаја Заштитника грађана, који је уставна категорија.

Прописи о избору Повереника, његовом правом статусу и овлашћењима пружају задовољавајући ниво независности и самосталности, који је у складу са међународним стандардима. С обзиром на законска овлашћења Повереника, овај орган остварује три различите функције: квази-судску функцију, функцију пружаоца помоћи и подршке дискриминисаним лицима и промотивну функцију. С аспекта европске перспективе, Повереник има карактеристике и *promotion-type bodies* и *tribunal-type bodies*. Очигледно је да је приликом концепцијског уобличавања институције Повереника законодавац имао у виду европски тренд интегрисања посебних тела за равноправност, с обзиром да је Повереник национално тело за равноправност у чијој је надлежности борба против свих облика дискриминације, без обзира на то према коме се испољава и којој области друштвеног живота до нје долази.

⁸⁸ Члан 33. став. 7. ЗЗД.

Nevena Petrušić, Ph.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

LEGAL STATUS AND POSITION OF THE COMMISSIONER FOR PROTECTION OF EQUALITY IN THE STRUCTURE OF NATIONAL INSTITUTIONAL EQUALITY PROTECTION MECHANISMS

Summary

In modern democratic societies, the principle of equality is one of the crucial moral values and the basic postulate for ensuring the rule of law, whereas the right to equality and non-discrimination is guaranteed as one of the fundamental human rights. The exercise of (substantial) equality implies the practice of equal opportunities policy, which is impossible without a valid normative, strategic and institutional framework. The institutional framework of equality implies diverse institutional arrangements in the field of equality, including institution operating with the legislative and the executive branch as well as institutions operating within the framework of equality protection. These mechanisms are relatively stable and comprehensive only in the field of exercising gender equality; in other areas, they are sporadically employed. The Ombudsman (Protector of Citizens) and the Commissioner for Protection of Equality both play an important role in the equality protection system. Given the inconsistent approach to the constitutional definition of supervisory authorities in the field of human rights protection, these two bodies have a considerably different status and position even though their roles may not be essentially different, particularly considering that the Commissioner's office is a specific type of ombudsman agency. The Commissioner for Protection of Equality is envisaged as an independent and autonomous state authority, and a professional body specializing in equality protection. As the central national institution for equality protection, the Commissioner exercises three distinctive roles: the quasi-judicial role (i.e. the authority to initiate proceedings for protection against discrimination), the role of providing assistance and support to the discriminated persons, and the role of promoting and upholding equality.

Dr Silvija Petrić
Redovni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

ANTI-DISKRIMINACIJSKO PRAVO EUROPSKE UNIJE

Apstrakt: *Načela jednakosti, ne-diskriminacije i poštovanja ljudskih prava zauzimaju značajno mjesto među načelima na kojima je utemeljena Europska unija. Od Rimskog ugovora iz 1957., koji je zahtijevao samo jednakost u plaćama između muškaraca i žena, do današnjeg vremena korpus EU anti-diskriminacijskog prava značajno je uvećan. Amsterdamski ugovor iz 1997. u čl. 13. dao je Europskoj zajednici posebnu nadležnost za borbu protiv diskriminacije na različitim osnovama kao što je rasna i etnička pripadnost, spol, religija i uvjerenja, invaliditet, dob i seksualna orijentacija. Time je omogućeno donošenje niza novih direktiva o zabrani diskriminacije. Ratifikacijom Lisabonskog ugovora EU ovlasti u vezi jednakosti i anti-diskriminacije značajno su uvećane. Ugovor je EU Povelji o temeljnim pravima dao istu pravnu snagu koju imaju i druga dva osnivačka ugovora, a potaknuo je i približavanje EU okvira za zaštitu ljudskih prava i drugih međunarodnih dokumenata iz te oblasti, posebno dokumenata Vijeća Europe i Ujedinjenih naroda.*

Ključne riječi: *načelo jednakosti; zabrana diskriminacije; izvori EU prava; međunarodne konvencije*

1. Uvodne napomene o konceptu jednakosti i načelu zabrane diskriminacije

Ove godine slavi se 65. godišnjica Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama (dalje: ECHR)¹ koja u čl. 14. određuje opću zabranu diskriminacije, a Vijeće Europe prihvaća ovu zabranu kao rukovodeće načelo i u nizu drugih dokumenata.² Ujedno je i 15. godišnjica stupanja na snagu dva temeljna akta sekundarnog zakonodavstva Europske unije (dalje:

¹ Potpisana 4. studenoga 1950. u Rimu od tada 12 zemalja članica vijeća Europe, na snagu stupila 3. rujna 1953. Sve članice Vijeća Europe (47) danas su potpisnice Konvencije, što znači i sve zemlje članice Europske unije (isto tako i sve zemlje nastale raspadom bivše SFRJ).

² Npr. u Europskoj socijalnoj povelji sastavljenoj u Torinu 1961. i revidiranoj u nekoliko navrata, u Okvirnoj konvenciji za zaštitu nacionalnih manjina (Strasbourg, 1995), u Konvenciji o pristupu službenim dokumentima (Tromsø, 2009; nije stupila na snagu), itd.

EU) koji definiraju pravni okvir zabrane diskriminacije u europskom pravu, a to su Direktiva 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi okvira za jednak tretman na području zapošljavanja i odabira zvanja (dalje: Direktiva 2000/78/EZ),³ te Direktiva 2000/43/EZ o primjeni načela ravnopravnosti osoba bez obzira na njihovo rasno ili etničko porijeklo (dalje: Direktiva 2000/43/EZ).⁴ Korpus pravila EU prava usmjerenih na zabranu različitih oblika diskriminacije i promoviranje načela jednakosti danas je iznimno bogat i može se bez ikakve dvojbe utvrditi da je riječ ne samo o načelima na kojima se temelji europsko pravo, nego da ujedno imaju i duboko humanističko, moralno, političko, socijalno pa čak i gospodarsko značenje za EU, odnosno za njene države članice.

Naravno, to u većoj ili manjoj mjeri vrijedi i za većinu suvremenih, razvijenih i na demokratskim načelima utemeljenih pravnih sustava u svijetu koji pokušavaju različitim pravnim instrumentarijama spriječiti diskriminaciju, odnosno sanirati posljedice diskriminatornih postupaka. No, svakoj takvoj aktivnosti bilo kojeg pravnog poretka nužno prethodi zauzimanje stava o tome pod kojim je uvjetima različito postupanje prema određenim subjektima (ili kategorijama subjekata) moralno neprihvatljivo i stoga mora biti zabranjeno. Drugim riječima, potrebno je definirati pojam diskriminacije, što otvara brojne dileme i neslaganja. Općeniti odgovor mogao bi biti da je svako različito postupanje neprihvatljivo, pod uvjetom da se temelji na razlozima koji su moralno irelevantni⁵ (npr. spol, nacionalnost, etnička ili rasna pripadnost, i sl.), a posebno ako je riječ o okolnostima koje su po svojoj prirodi izvan kontrole subjekta koji je diskriminiran. U kontekstu pravne regulative takvo shvaćanje u pravilu rezultira nabranjem zabranjenih osnova diskriminacije, odnosno tzv. negativnim definiranjem diskriminacije.⁶ No, produbljenija shvaćanja pojma diskriminacije polaze od toga da je moralna osnova na kojoj pravni poredak može zabranjivati diskriminaciju priznavanje temeljnog prava svakog čovjeka da se prema njemu postupa kao prema drugim ljudima. Nije dovoljno zabraniti određena ponašanja kao diskriminatorna već krajnji cilj pravne regulative mora biti postizanje stvarne jednakosti, odnosno uklanjanje razloga koji dovode do nejednakog položaja subjekata u društvenim odnosima. Primjerice, nije dovoljno propisati da svi sa istim stupnjem obrazovanja imaju jednak pristup u

³ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Official Journal (dalje: OJ) L 303/16, 02/12/2000.

⁴ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19/07/2000.

⁵ Tako vidi: Feldman, D., *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford University Press, 2002., str. 135-137.

⁶ Što je za normotvorca u pravilu privlačno jer se radi o relativno jednostavnoj metodi.

zapošljavanju ako postoje društvene grupe kojima je obrazovanje, pogotovo više, ili jako otežano ili praktički nedostupno. Naravno, ostvarenje ideala jednakosti nije jednostavno već i stoga što sam koncept jednakosti nije jednoznačan. Njegovo ostvarenje u praksi stoga se odvija kroz različite modele. Najjednostavniji i najstariji je model „formalne jednakosti“ koji traži jednaki tretman osoba s istim karakteristikama, a utemeljen je na ideji „zasluga“ ili „vrijednosti“ pojedinca. No, pored poteškoća u primjeni uzrokovanih fluidnošću kriterija za utvrđivanje „vrijednosti“ ili „zasluga“ kao i definiranja konkretnih situacija na koje se mora aplicirati, njegov je nedostatak u tome što ne omogućava otklanjanje uzroka nejednakih „vrijednosti“. I što je još važnije, vrijednosti dominantnih grupa nameće kao pravila po kojima se odvijaju društveni odnosi. Stoga se problemu nejednakosti u nekim pravnim sustavima (ili barem u nekim dijelovima sustava) pristupa na način da se pozornost usmjerava na različitosti koje odvajaju pojedine u pravilu manjinske društvene grupe od većine, a time i na razloge koji dovode do nepovoljnijeg položaja takvih grupa (ili pojedinaca) u društvu. Time se afirmira „jednakost rezultata“ ili „jednakost šansi“, poštujući različitosti i pluralizam.⁷ Apstrahirajući od brojnih podvarijanti, moguće je govoriti o tri glavna modela putem kojim se načelo jednakosti (ravnopravnosti) transponira u pravne norme. Prvi model se sastoji u normativnoj zabrani diskriminacije, ali ne postoji obveza, tj. normativna sredstva kojima bi se osigurala adekvatna zastupljenost društvenih grupa čiji su pripadnici zaštićeni od diskriminacije, niti se poduzimaju napore da se ispravi neravnoteža u alokaciji društvenih dobara na štetu takvih grupa. Pravna zaštita se svodi na zaštitu individualnog pripadnika grupe u konkretnom slučaju diskriminatornog ponašanja koje je posebnom normom zabranjeno. Drugi model zaštitu od diskriminacije proširuje na način da se pored individualne zaštite od diskriminacije preispituje opravdanost donošenja svake mjere koja može imati negativan utjecaj na pripadnike grupa koje su već nedovoljno zastupljene ili zakinite u raspodjeli. Treći model tzv. „afirmativne jednakosti“ pored već navedenog poduzima mjere za osiguravanje adekvatne zastupljenosti ovakvih grupa, te pravednije raspodjele ukupnih društvenih dobara.⁸

Dakle, za suvremena je prava karakteristično da načelo zabrane diskriminacije kombiniraju, iako u različitoj mjeri i s različitim uspjehom, sa

⁷ Ovakav je pristup, za razliku od „formalne jednakosti“ koja se temelji na ideji prava na jednakost kao individualnog ljudskog prava svakog pojedinca, više kolektivistički obojen jer u fokus stavlja društvenu grupu koja je zbog određenih karakteristika u većoj ili manjoj mjeri marginalizirana ili isključena.

⁸ Više vidi: De Schutter, O., Three models of equality and European anti-discrimination law, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 57, No. 1., (dalje: De Schutter), str. 1 - 3.

zahtjevom postizanja stvarne društvene jednakosti.⁹ Takav je razvoj možda lakše uočiti na razini apstraktne pravne regulative nego u konkretnoj primjeni u sudskoj i administrativnoj praksi, no paradigma ostvarenja suštinske socijalne jednakosti sve je češće prisutna i u obrazloženjima rješenja pojedinačnih slučajeva. To vrijedi ne samo za nacionalna prava, nego i za EU pravo.

2. Europsko anti-diskriminacijsko pravo

Iako se u i pravnoj literaturi i u političkim i socijalnim diskursima često govori o „europskom anti-diskriminacijskom pravu“, to ne znači da je riječ o jedinstvenom i integriranom sustavu pravila isključivo EU porijekla. Naime, ono što podrazumijevamo pod pojmom europsko anti-diskriminacijsko pravo čine s jedne strane norme institucija EU, ali istovremeno i korpus pravila za zaštitu ljudskih prava Vijeća Europe, prvenstveno ECHR, te pravni okvir zaštite ljudskih prava Ujedinjenih naroda (dalje: UN). Stoga, da bi se razumjelo anti-diskriminacijsko pravo EU treba ga promatrati u kontekstu prava na jednakost (ravnopravnost) kao temeljnog ljudskog prava u normativnom okviru zaštite ljudskih prava UN-a i Vijeća Europe, te razumjeti interakciju, zavisnost i međusobne utjecaje ova tri sustava pravila.

2.1. Akti Vijeća Europe

Zbog ograničenog prostora, od akata Vijeća Europe spominjemo samo ECHR kao najvažniji dokument kojim je još 1950. godine definirana zabrana diskriminacije u uživanju prava zagaraniranih Konvencijom, i to putem otvorene liste mogućih osnova diskriminacije (čl. 14.).¹⁰ Tijekom godina praksa Europskog suda za ljudska prava (dalje: ECtHR) dala je brojna tumačenja, pojašnjenja ali i proširenja ove odredbe.¹¹ Sve države članice EU članice su ECHR, a njenim pravilima služi se i Sud pravde Europske unije (dalje: SPEU) u tumačenju europskog prava. Zabranu diskriminacije osnažuje i

⁹ Više o odnosu načela zabrane diskriminacije i načela jednakosti vidi: Ellis, E., Watson, P., *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford EU Law Library, Oxford University Press, 2012. (dalje: Ellis – Watson), str. 2 - 8.

¹⁰ *The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.*

¹¹ Više vidi: van Dijk, P. – van Hoof, G.J.H., *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Muller, Sarajevo, 2001., str. 671 - 689.

sveobuhvatnije uređuje Protokol 12 ECHR¹² iz 2000. godine, stupio na snagu 1. travnja 2005., iako još uvijek nije ratificiran od svih država članica Konvencije. Protokol 12 proširuje zabranu diskriminacije na način da jamči jednak tretman u uživanju svih prava, uključujući i ona koja proizlaze iz nacionalnih prava država potpisnica ECHR.¹³ Kako se objašnjava, Protokol 12 je definiran u nastojanju da se osnaži zaštita od diskriminacije, a što se smatra suštinskim preduvjetom zaštite ljudskih prava uopće. No, treba napomenuti da je Protokol 12 do danas ratificiralo samo 18 država potpisnica ECHR (od toga samo 8 država članica EU). Očito je riječ o nesklonosti da se međunarodnom dokumentu kao što je ECHR dade posljednja riječ u određivanju da li su razlike u tretmanu između pojedinih kategorija subjekata, predviđene nacionalnim pravima država članica Konvencije, „objektivno i razumno“ opravdane ili ne.

Odnos EU prava i ECHR je specifičan i u stalnom razvoju. S jedne strane, sve države članice EU ujedno su i članice ECHR te su dužne poštovati njena pravila i izložene su kontroli primjene Konvencije pred ECtHR. S druge strane, SPEU je redovito koristi kao izvor u definiranju opsega i sadržaja ljudskih prava u okviru EU prava, a i EU Povelja o temeljnim pravima¹⁴ uređuje sva prava predviđena pravilima ECHR. Stoga je EU pravo u visokom stupnju usaglašeno s pravilima ECHR iako EU nije članica Konvencije i stoga je njena tijela ne moraju poštovati, odnosno građani EU se ne mogu pred ECtHR pozivati na kršenje pravila Konvencije od strane EU. Takva je situacija očito neprihvatljiva i stoga se već dugo raspravlja o akcesiji EU Konvenciji, no do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora¹⁵ to nije bilo moguće.¹⁶ Sada čl. 6. st. 1. Ugovora o Europskoj uniji (dalje: UEU) obvezuje EU na pristupanje ECHR, a Protokol 14 Konvencije uvodi čl. 59. st. 2. u tekst ECHR i time omogućava pristupanje EU. U ovom trenutku još uvijek su u tijeku pregovori o pristupanju, izrađen je nacrt Ugovora o pristupanju, no proces otvara brojna pitanja, posebno u vezi sa odnosom dva sustava definiranja i zaštite ljudskih

¹² Konvencija je u više navrata dopunjavana i mijenjana donošenjem Protokola. Više vidi na službenoj stranici ECtHR: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>

¹³ Više vidi: Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, na: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>

¹⁴ Vidi t. 3.1.1.

¹⁵ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 83/10 od 30. 3. 2010.

¹⁶ Vidi mišljenje SPEU: Opinion 1/94 *Accession of the Community to the European Human Rights Convention*, (1996) ECR 1759.

prava (konvencijskog i EU prava), te načinom na koji će pravila ECHR funkcionirati u specifičnom pravnom sustavu Europske unije.¹⁷

2.2. Akti Ujedinjenih naroda

Potrebno je voditi računa i o odnosu EU antidiskriminacijskog prava (ili prava na jednakost) sa UN okvirima zaštite ljudskih prava. U tom kontekstu navodimo Međunarodnu konvenciju o pravima osoba s invaliditetom (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities – CRPD*), usvojenu na Generalnoj skupštini UN 6. travnja 2006. godine. Konvencija je stupila na snagu 3. svibnja 2008. Ova Konvencija pruža osobama s invaliditetom zaštitu niza građanskih, političkih i socio-ekonomskih prava, no posebno se apostrofira pravo na jednakost, odnosno zaštita od diskriminatornog postupanja prema osobama s invaliditetom.¹⁸ Najvažniji doprinos Konvencije je u promjeni odnosa prema invalidnosti na način da se ne shvaća više isključivo kao pitanje socijalne zaštite, nego se akcent stavlja na ljudska prava i prepoznaje se da su predrasude i društvene barijere s kojima se susreću ovakve osobe same po sebi povreda ljudskih prava.¹⁹

EU je ratificirala CRPD 23. prosinca 2010.²⁰ i potrebno je naglasiti da se radi o prvom slučaju da je EU pristupila nekoj međunarodnoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava. To znači da i institucije EU i države članice EU moraju voditi računa o CRPD i poštovati njene odredbe kada donose pravne propise (odnosno implementiraju EU propise u nacionalna prava), utvrđuju politike i mjere,²¹ a riječ je o pravilima koja imaju utjecaja na položaj osoba s

¹⁷ Više o ovim problemima vidi: Muir, E., *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, *Common Market Law Review*, 51/2014; Craig, P., *EU Accession to the ECHR: Competences, Procedure and Substance*, *Fordham International Law Journal*, 36/2013.

¹⁸ Svrha je Konvencije promovirati i osigurati punu zaštitu i uživanje svih ljudskih prava osobama s invaliditetom. Obuhvaća najvažnija područja kao što su pristup, osobna mobilnost, zdravlje, obrazovanje, zapošljavanje, rehabilitacija, učešće u političkom životu, zaštita od torture i nehumanog i ponižavajućeg postupanja, zaštita od nasilja i iskorištavanja, poštovanje privatnosti, obitelji i doma, osiguranje adekvatnog standarda života, te jednakost i ne-diskriminacija.

¹⁹ Tekst CRPD dostupan na: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/convtexte.htm>.

²⁰ Za EU CRPD je stupila na snagu u siječnju 2011. godine. Potpisnice CRPD su i sve države članice EU.

²¹ Vidi, primjerice: Council Resolution on 6 February 2003 "eAccessibility" — improving the access of people with disabilities to the knowledge based society, OJ C 39, 18.2.2003, p. 5 – 7.; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions: European

invaliditetom.²² Ratificiranje CRPD od strane EU imat će značajnog utjecaja i na tumačenje i buduću primjenu za ovaj osnov diskriminacije relevantnih pravila Prijedloga Direktive Vijeća o uvođenju načela jednakog postupanja, bez obzira na religiju, uvjerenja, invaliditet, dob ili seksualnu orijentaciju.²³

Treba spomenuti i UN Konvenciju o eliminaciji svih oblika diskriminacije prema ženama (CEDAW) iz 1979. godine,²⁴ koja je stupila na snagu 3. rujna 1981., a potpisnice Konvencije su 189 država članica UN. Često se referira kao „povelja ženskih prava“, a definira kakva se postupanja smatraju diskriminacijom prema ženama, te postavlja sustav aktivnosti za nacionalna prava, potrebnih za eliminiranje ili ublažavanje ovog osnova diskriminacije. Od brojnih relevantnih UN akata navodimo samo još Konvenciju o pravima djeteta (*Convention on the Rights of the Child* (CRC)), usvojenu na Generalnoj skupštini UN 20. studenoga 1989., a stupila je na snagu 2. rujna 1990. godine.²⁵

3. Anti-diskriminacijsko pravo EU

3.1. Izvori anti-diskriminacijskog EU prava

EU kao *sui generis* supra-nacionalna tvorevina utemeljena je 1950. godine (osnivanjem Zajednice za ugljen i čelik), odnosno 1957. godine osnivanjem Europske ekonomske zajednice i Europske zajednice za atomsku energiju, na načelu solidarnosti između zemalja članica. Iako je neposredni cilj bio postizanje ekonomske suradnje i napretka, već je tada bilo jasno da je

Disability Strategy 2010-2020: A Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe, /* COM/2010/0636 final */

²² Više vidi: Commission staff working document: „Report on the implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) by the European Union“, SWD (2014) 182 final, Brussels, 5.6.2014.

²³ Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation {SEC(2008) 2180} {SEC(2008) 2181} /* COM/2008/0426 final - CNS 2008/0140/ Brussels, 2.7.2008.

²⁴ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW). Diskriminaciju prema ženama definira kao „...any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.“ Tekst CEDAW, kao i sve podatke o ratifikacijama i rezervama vidi na: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/states.htm>

²⁵ Konvencija je mijenjana i dopunjavana u nekoliko navrata. Tekst CRC, promjene teksta, te praćenje primjene njenih pravila vidi na: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>.

dugoročni cilj snažna politička integracija europskih zemalja. Politički i socijalno-ekonomski razvoj nekadašnje Europske ekonomske zajednice, danas EU, obilježen je stalnim jačanjem međusobnih veza država članica u svim sferama života, kao i težnjom za geografskim proširenjem projekta europskih integracija. Pravila osnivačkih ugovora kao i sekundarnog EU prava koja se mogu definirati kao „socijalni“ *acquis communautaire*, a posebno ona usmjerena na zaštitu temeljnih ljudskih prava, predstavljaju bitan doprinos takvom razvoju, a istovremeno su inherentna prirodi i temeljnim ciljevima EU.²⁶ Naglašavanjem i stalnim proširenjem zaštite ljudskih prava, posebno od početka 90-tih godina prošlog stoljeća naovamo, EU osnažuje načelo jednakosti (ravnopravnosti) kao mnogo složeniju i napredniju inačicu načela međusobne solidarnosti i kooperacije između država na kojemu je utemeljena ideja europskih integracija. Ono postaje već na razini ustavnih akata EU jedno od temeljnih načela pravnog poretka EU. Kako je već objašnjeno, antidiskriminacijsko pravo nužna je izvedenica iz ovog načela, kao i posljedica stalnog inzistiranja na zaštiti temeljnih ljudskih prava. Stoga izvore antidiskriminacijskog prava nalazimo ne samo u osnivačkim ugovorima nego i ubrojnim aktima sekundarnog prava.

Zbog posebne prirode EU pravnog poretka značajnu ulogu u kreiranju prava u oblasti zabrane diskriminacije i realizacije načela jednakosti prava ima i praksa SPEU i Općeg suda.²⁷ To je velikim dijelom posljedica činjenice što su brojni pravni koncepti i pojmovi na EU legislativnoj razini određeni vrlo općenito ili čak uopće nisu određeni, tako da je često nužna kreativna djelatnost Suda u tumačenju pa i u dovršavanju normativnih rješenja, a posebno u definiranju njihovih učinaka u konkretnim slučajevima. Isključiva nadležnost SPEU da odlučuje u prethodnim postupcima povodom pitanja nacionalnih sudova u svezi primjene EU prava²⁸ daje ovom sudu ogromnu ulogu u definiranju EU antidiskriminacijskog prava. I iako formalno, prema osnivačkim ugovorima, sudska praksa SPEU i Općeg suda nema pravni značaj precedenata kakakv postoji za određene sudske odluke u nekim nacionalnim pravnim sustavima, *de facto* brojne odluke, posebno SPEU, imaju značaj izvora EU prava.

²⁶ Više vidi: Ellis – Watson, str. 8 - 12.

²⁷ Naravno, to vrijedi za čitavo EU pravo a ne samo za ove oblasti.

²⁸ Čl. 267. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU). Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 83/10 od 30. 3. 2010.

3.1.1. Osnivački ugovori

Prvi, **Rimski Ugovor** o osnivanju Europske ekonomske zajednice²⁹ sadržavao je samo odredbu o zabrani diskriminacije na temelju spola prilikom zapošljavanja, odnosno isplate plaća.³⁰ No, potrebno je napomenuti da je u praksi SPEU ova odredba interpretirana na način da joj je dan horizontalni izravni učinak, tj. izravni učinak između privatnih osoba.³¹ Osim toga, Sud je zauzeo stav da čl. 119. ima istovremeno i ekonomsku³² i socijalnu funkciju, tj. da „čini dio socijalnih ciljeva Zajednice koja nije samo ekonomska unija, već istovremeno teži zajedničkom aktivnošću osigurati socijalni napredak i stalno poboljšavanje životnih i radnih uvjeta.“ Zbog ove dvostruke funkcije Sud smatra da načelo jednakih plaća, odnosno zabrane ovog oblika diskriminacije na temelju spola, čini dio temelja Zajednice.³³ Čl. 119. Rimskog ugovora bio je i pravna osnova za donošenje prve dvije direktive Europske ekonomske zajednice koje zabranjuju diskriminaciju. Prva je Direktiva o jednakim plaćama za muškarce i žene, iz 1975. godine,³⁴ a druga Direktiva o uvođenju načela jednakog postupanja za muškarce i žene u pogledu zapošljavanja, radnog obrazovanja i promocije te radnih uvjeta, iz 1976. godine.³⁵

²⁹ Ugovor o ustanovljavanju Europske ekonomske zajednice, potpisan u Rimu 25. ožujka 1957. godine od prvih šest država članica.

³⁰ Čl. 119. Ugovora: „Each Member State shall in the course of the first stage ensure and subsequently maintain the application of the principle of equal remuneration for equal work as between men and women workers.

For the purposes of this Article, remuneration shall mean the ordinary basic or minimum wage or salary and any additional emoluments whatsoever payable directly or indirectly, whether in cash or in kind, by the employer to the worker and arising out of the workers' employment. Equal remuneration without discrimination based on sex means: (a) that remuneration for the same work at piece-rates shall be calculated on the basis of the same unit of measurement; and (b) that remuneration for work at time-rates shall be the same for the same job.“

³¹ Slučaj C-43/75, Defrenne v. Sabena (No 2) (1976). Izravni učinak normi osnivačkog ugovora i uvjeti za njegovo priznavanje po prvi put su definirani u slučaju C- 26/62, Van Gend en Loos, (1963) ECR I.

³² Ekonomska svrha ove odredbe jest da se spriječi da tvrtke iz zemalja koje su usvojile načelo jednakih plaća za žene i muškarce budu u nepovoljnijem položaju u tržišnoj utakmici u odnosu na tvrtke iz zemalja koje nisu otklonile ovaj oblik diskriminacije.

³³ Vidi toč. 8.-12. presude u slučaju C-43/75.

³⁴ Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ L 45, 19/2/1975.

³⁵ Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ L 039, 14/02/1976.

S vremenom se zabrana diskriminacije na temelju spola proširila na područja kao što su mirovine, sustav socijalne sigurnosti, prava vezana za trudnoću, no sve do početka ovog milenija u EU pravu nije postojao sustav pravila o zabrani diskriminacije po drugim osnovama i u drugim oblastima osim zapošljavanja i socijalne sigurnosti. Tijekom 90-tih godina odvija se niz inicijativa i lobiranja različitih interesnih grupa u cilju proširenja zabrane diskriminacije u okviru EU prava i na druge oblasti kao što je rasna i etnička pripadnost, seksualna orijentacija, dob, religijska pripadnost i invaliditet. No, tek je **Amsterdamskim ugovorom** iz 1997. godine³⁶ osnivački ugovor izmijenjen na način da je Europskoj zajednici dana specifična legislativna kompetencija u oblasti zabrane diskriminacije. Ova nadležnost proizlazi iz odredaba čl. 13. Ugovora o Europskoj zajednici,³⁷ te je omogućila donošenje niza novih direktiva o zabrani diskriminacije, kao i izmjena postojećih direktiva o spolnoj ravnopravnosti.³⁸ Osim toga, Ugovor o Europskoj uniji, određujući vrijednosti na kojima se Unija temelji, izričito navodi i poštovanje i zaštitu ljudskih prava.³⁹

Danas važeći **Lisabonski ugovor** kao najvažniji primarni izvor europskog prava sadrži niz odredbi relevantnih za osiguranje načela jednakosti i zabrane diskriminacije. Tako Ugovor o Europskoj uniji u čl. 3., navodeći vrijednosti na kojima je Unija osnovana (poštovanje ljudskog dostojanstva, sloboda, demokracija, jednakost, vladavina prava i poštovanje ljudskih prava, uključujući manjinska prava), naglašava da je riječ o vrijednostima koje su zajedničke svim državama članicama „...u društvu u kojemu prevladava pluralizam, ne-diskriminacija, tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost muškaraca i žena.“ Isto tako, određujući načela ekonomskog poretka i unutarnjeg tržišta u čl. 3. st. 3. UEU, između ostaloga, određuje da će se EU

³⁶ Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, OJ C 340/97.

³⁷ Čl. 13 (ex čl. 6a): *Without prejudice to the other provisions of this Treaty and within the limits of the powers conferred by it upon the Community, the Council, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.*

³⁸ Više o značaju uvođenja ove pravne osnove vidi: Bell, M., *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002., str. 122-143.

³⁹ Čl. 6 (ex čl. F): *1. The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States. 2. The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law.*

boriti protiv socijalne isključivosti i diskriminacije, promovirati socijalnu pravdu, jednakost spolova, generacijsku solidarnost i zaštitu prava djeteta.⁴⁰ Načelo jednakosti građana afirmirano je i u čl. 9. UEU, i to u odnosu na institucije i druga tijela Unije.⁴¹

Odredbe UFEU relevantne za zabranu diskriminacije mnogo su brojnije i samo jedan dio ima istu prirodu kao navedene odredbe UEU, tj. deklarira određena načela i namjere strana potpisnica Ugovora. U tu grupu spadaju odredbe čl. 8. UFEU koje definiraju načelo zabrane diskriminacije na temelju spola,⁴² zatim odredbe čl. 10. koje kao jedan od ciljeva o kojemu će EU starati prilikom utvrđivanja i provođenja svih svojih politika i aktivnosti određuju borbu protiv diskriminacije na temelju spola, rasne ili etničke pripadnosti, religije, invaliditeta, dobi ili seksualne orijentacije. Riječ je o tzv. horizontalnim klauzulama zabrane diskriminacije.

Njima po pravnom učinku odgovaraju neke odredbe *Povelje o temeljnim pravima* (dalje: CFR).⁴³ CFR je nastala kao rezultat prepoznavanja važnosti sveobuhvatnije i institucionalizirane zaštite ljudskih prava, kao i svijesti da politike EU potencijalno imaju veliki utjecaj na to područje.⁴⁴ Svečano je proklamirana od strane Europskog parlamenta, Vijeća ministara i Europske komisije 7. prosinca 2000. godine, a države članice su je formalno prihvatile u prosincu 2007. Do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora koji ju je učinio dokumentom jednake pravne snage kao i sam Ugovor,⁴⁵ ona je bila samo neobvezujuća „deklaracija“. No, i prije stjecanja pravno obvezujuće snage SPEU i Opći sud u svojim se su presudama često pozivali na odredbe CFR, a

⁴⁰ Čl. 3. st. 3.: *The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance. It shall combat social exclusion and discrimination, and shall promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child.*

⁴¹ Čl. 9.: *In all its activities, the Union shall observe the principle of the equality of its citizens, who shall receive equal attention from its institutions, bodies, offices and agencies.*

⁴² Čl. 8.: (ex Čl. 3(2) UEZ): *In all its activities, the Union shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women.*

⁴³ The Charter of Fundamental Rights, OJ C 364/00.

⁴⁴ Iako se osnivački ugovori sve do Amsterdamskog izričito ne referiraju na ljudska prava, praksa SPEU koja se bavila povredama ljudskih prava u kontekstu EU prava stvorila je određeni korpus pravnih načela i pravila koja danas čine značajan dio europskog pravnog poretka. SPEU se pri tome redovito oslanjao na načela i pravila o zaštiti ljudskih prava iz nacionalnih ustava država članica, kao i na međunarodne izvore, prvenstveno na pravila ECHR.

⁴⁵ Vidi čl. 6. st. 1. UEU

Komisija je, kao glavni predlagatelj EU legislative, redovito svoje prijedloge novih normativnih akata usklađivala s odredbama CFR.⁴⁶ Od 2009. godine CFR je pravno obvezujuća za sva tijela EU, a za države članice također, ali samo prilikom implementiranja EU prava.⁴⁷ U kontekstu anti-diskriminacijskog prava posebno su važne slijedeće odredbe CFR: čl. 10. koji jamči slobodu mišljenja, slobodu savjesti te religijsku slobodu; u Poglavlju III. koje je posvećeno „jednakosti“ značajne su odredbe čl. 20. o „jednakosti pred zakonom“, čl. 21. koji zabranjuje diskriminaciju na osnovama „...kao što su spol, rasa, boja, etničko ili socijano porijeklo, genetske karakteristike, jezik, religija, uvjerenje, političko ili drugo mišljenje, pripadnost nacionalnoj manjini, vlasništvo, rođenje, invaliditet, dob, seksualna orijentacija.“ Riječ je dakle o generalnoj klauzuli zabrane diskriminacije i otvorenoj listi zabranjenih osnova diskriminacije. Čl. 22. jamči poštovanje kulturne, religijske i lingvističke različitosti.

Drugu grupu odredaba UFEU relevantnih za zabranu diskriminacije čine one koje dodjeljuju određena prava. Primjerice, odredba čl. 17. koja jamči poštovanje crkvama, religijskim udrugama i zajednicama, te filozofskim i nekonzfesionalnim organizacijama. Čl. 18. zabranjuje svaku diskriminaciju na temelju nacionalnosti ali samo u okvirima primjene pravila osnivačkih ugovora, čl. 22. diskriminaciju na temelju nacionalnosti u pogledu lokalnih izbora i izbora za Europski Parlament, a čl. 23. diskriminaciju na temelju nacionalnosti u pogledu diplomatske i konzularne zaštite. Čl. 95. zabranjuje diskriminiranje prijevoznika na temelju zemlje porijekla ili destinacije robe, a čl. 110. st. 1. više direktno ili indirektno interno oporezivanje sličnih proizvoda iz druge zemlje članice. Čl. 157. st. 1. 2. i 4. jamče iste plaće za žene i muškarce za isti rad.⁴⁸

⁴⁶ CFR sadrži Preambulu, listu ljudskih prava (u velikoj mjeri inspiriranih pravilima ECHR, ustavnim odredbama o zaštiti ljudskih prava država članica EU, te nekim UN konvencijama), te „objašnjenja“ opsega i izvora svakog od prava predviđenih Poveljom. No, objašnjenja nemaju normativnu snagu već su samo sredstvo interpretacije.

Više o CFR vidi: Craig, P. - de Burca, G., *EU Law: Text, Cases and Materials* (4th ed. Oxford, Oxford University Press, 2008), Chapter 11 ‘Human Rights in the EU’; Eicke, T., *The European Charter of Fundamental Rights – Unique Opportunity or Unwelcome Distraction*, *European Human Rights Law Review*, (2000) 280.; Heringa, A. - Verhey, L., *The EU Charter: Text and Structure*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001/11.

⁴⁷ To znači da se građani EU mogu pozivati na povredu prava predviđenih Poveljom od strane europskog zakonodavca ili od strane nacionalnog zakonodavca prilikom implementacije EU prava. No, još je uvijek otvoreno pitanje imaju li odredbe CFR izravni horizontalni učinak. Više o tom problemu vidi: Ellis – Watson, str. 119.-122.

⁴⁸ Ovim pravilima po kriteriju vrste norme odgovaraju neka pravila CFR. Tako čl. 22. CFR postavlja načelo jednakosti muškaraca i žena u svim oblastima, uključujući pravo na jednaku plaću za isti rad; čl. 24. definira prava djeteta; čl. 25. prava starijih osoba; čl. 26.

U treću kategoriju odredaba UFEU spadaju one koje pružaju pravnu osnovu za donošenje sekundarnog EU prava u oblasti zaštite načela jednakosti i zabrane diskriminacije. Tu spada odredba čl. 157. st. 3. koja daje ovlast EU Parlamentu i Vijeću da donose mjere kojima se osigurava primjena načela jednakih šansi i jednakog tretmana žena i muškaraca u oblasti zapošljavanja, uključujući i načelo jednake plaće za isti rad.⁴⁹ No, najvažnija je svakako odredba čl. 19. st. 1. UFEU. Radi se o preuzetom a već spomenutom čl. 13. Amsterdamskog ugovora (Ugovor o Europskoj zajednici) prema kojemu Vijeće, djelujući po specijalnoj legislativnoj proceduri i uz suglasnost Europskog parlamenta, može jednoglasno usvojiti mjere za borbu protiv diskriminacije utemeljene na spolu, rasnoj ili etničkoj pripadnosti, religiji ili uvjerenju, invaliditetu, dobi ili seksualnoj orijentaciji.⁵⁰ Vrsta mjere također nije određena, što ostavlja veliku slobodu europskom zakonodavcu, no s druge strane redakcija čl. 19. st. 1.⁵¹ upućuje na to da je riječ o pravnoj osnovi za djelovanje koja se može koristiti samo kada nema neke druge, specifične pravne osnove (kao što je, primjerice, čl. 157. st. 3.). Osim toga, prema vrlo jasnoj redakciji norme, čl. 19. st. 1. ograničen je na donošenje mjera za borbu protiv postojeće diskriminacije, a ne može se koristiti kao osnova za donošenje mjera za promoviranje načela jednakosti (ravnopravnosti) u širem kontekstu. Kao pravne osnove za usvajanje sekundarnog zakonodavstva u oblasti zaštite od diskriminacije mogu se koristiti i čl. 115.⁵² i čl. 325. UFEU,⁵³ naravno ako su ispunjene pretpostavke za njihovu primjenu. Moguće je koristiti i čl. 153.

prava osoba s invaliditetom na integraciju u socijalnu sredinu; čl. 39. posvećen pravu svih građana da biraju i da budu kandidati na izborima za Europski parlament; čl. 40. garantira pravo birati i kandidirati se na lokalnim izborima u svojoj državi članici; čl. 46. daje pravo građanima u drugoj zemlji članici u kojoj ne postoji predstvištvo njihove zemlje na diplomatsku i konzularnu zaštitu vlasti bilo koje druge države članice.

⁴⁹ Ovo je pravilo prvi put uvedeno Amsterdamskim ugovorom. Riječ je o podijeljenoj nadležnosti država članica i EU (vidi st. 1. čl. 157.), no ovlasti europskog zakonodavca su dosta široke budući da nije određen tip „mjere“ koja se može donijeti, a mjere mogu biti usmjerene i na sprječavanje drugih oblika diskriminacije vezanih za radne odnose, a ne samo na nejednake plaće.

⁵⁰ U pravnoj literaturi se ističe ustavni značaj mjera koje se usvajaju na temelju ove odredbe i to zbog njene redakcije i smještanja u II. glavu UFEU („Ne-diskriminacija i građanstvo Unije“). Vidi: Ellis – Watson, str. 15-16.

⁵¹ „Without prejudice to the other provisions of the Treaties...“

⁵² Radi se o općoj pravnoj osnovi za harmonizaciju prava država članica koje je neposredno vezano za uspostavu i funkcioniranje unutarnjeg tržišta.

⁵³ Tzv. rezidualna pravna osnova za donošenje odgovarajućih mjera koja se može koristiti u slučajevima kada ni jedna druga odredba Ugovora ne daje europskom zakonodavcu potrebne ovlasti, a aktivnost je nužna u okviru EU politika definiranih Ugovorom i za postizanje nekog od ciljeva definiranih Ugovorom.

koji daje ovlasti EU da donosi mjere kojima podupire i dopunjava aktivnosti država članica u različitim područjima socijalne sigurnosti i socijalne zaštite.⁵⁴

3.1.2. Sekundarno pravo

U oblasti zaštite od diskriminacije europski je zakonodavac do danas donio niz direktiva kao normativnih akata sekundarnog EU zakonodavstva koji, za razliku od odredbi primarnog prava i uredbi, nemaju izravnu primjenu već obvezuju države članice na realizaciju ciljeva definiranih direktivom, a izbor metoda i oblika ostvarivanja tih ciljeva prepuštaju nacionalnim zakonodavcima. Direktive u oblasti zaštite od diskriminacije uglavnom se mogu grupirati prema kriteriju objekta zaštite na one koje su usmjerene na spolnu ravnopravnost, drugu grupu čine one koje se odnose na zabranu diskriminacije na osnovi rasne ili etničke pripadnosti, a u trećoj su one usmjerene na ostale osnove diskriminacije. Najznačajnije su već spomenute Direktiva 2000/43 o rasnoj ravnopravnosti i Direktiva 2000/78 o jednakom tretmanu u zapošljavanju i odabiru zvanja, no treba spomenuti kao značajne i Direktivu 2004/113/EZ o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu i nabavi robe, odnosno pružanju usluga,⁵⁵ Direktivu 2006/54/EZ o uvođenju načela jednakih šansi i jednakog tretmana muškaraca i žena u zapošljavanju i odabiru zvanja,⁵⁶ te Direktivu 2010/41/EU Europskog Parlamenta i Vijeća od 7. srpnja 2010. godine o primjeni načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama koji se bave djelatnošću u okviru samozapošljavanja te o ukidanju Direktive Vijeća 86/613/EEZ.⁵⁷

Direktiva 2000/43 o rasnoj ravnopravnosti i Direktiva 2000/78 o jednakom tretmanu u zapošljavanju predstavljale su u vrijeme donošenja značajnu prekretnicu u EU anti-diskriminacijskom pravu po opsegu i načinu regulative. Direktiva o rasnoj ravnopravnosti zabranjuje diskriminaciju na temelju rasnog ili etničkog porijekla u širokom području koje uključuje

⁵⁴ Uključujući uvjete zapošljavanja za radnike iz trećih zemalja koji legalno borave na teritoriju EU, integraciju osoba isključenih s tržišta rada, jednakost između žena i muškaraca u pogledu šansi na tržištu rada i uvjeta na radu, te borbu protiv socijalne isključenosti.

⁵⁵ Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ L 373, 21.12.2004.

⁵⁶ Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), OJ L 204/23.

⁵⁷ Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity, OJ L 180/1.

zapošljavanje i odabir zvanja, obrazovanje, socijalnu zaštitu koja uključuje socijano osiguranje i medicinsku skrb, stanovanje i pribavljanje roba i usluga. Direktiva 2000/78 o zapošljavanju pak zabranjuje diskriminaciju na vrlo različitim osnovama kao što su religija i uvjerenja, invaliditet, dob i seksualna orijentacija, ali ima u odnosu na Direktivu 2000/43 uže materijalno područje djelovanja (zapošljavanje i odabir zvanja).⁵⁸ Koncept diskriminacije postavljen je na isti način u obje direktive tako da uključuje: direktnu diskriminaciju (nepovoljniji tretman jedne osobe u odnosu na ostale u usporedivoj situaciji); indirektnu diskriminaciju (naizgled neutralna odredba, mjerilo ili postupanje dovede u određeni neravnopravan položaj jednu osobu u usporedbi s ostalim osobama, osim ako je to objektivno opravdano legitimnim ciljem, a sredstva za postizanje tog cilja su odgovarajuća i nužna); šikaniranje (oblik diskriminacije pri kojem se događa neželjeno ponašanje povezano s bilo kojim od osnova diskriminacije sa svrhom ili učinkom povrede digniteta osobe i stvaranja zastrašujuće, neprijateljske, degradirajuće, ponižavajuće ili uvredljive okoline); navođenje na diskriminirajući postupak protiv ljudi. Objе direktive sadrže klauzulu minimalne usklađenosti, tj. dopuštaju državama članicama da razinu zaštite od diskriminatornih postupaka podignu iznad praga predviđenog direktivom.⁵⁹

Zbog velikih razlika u materijalnom polju primjene te nekih drugih nedostataka postojeće regulative već 2004. godine javljaju se prve inicijative za donošenje tzv. opće anti-diskriminacijske direktive koja bi, određujući polje primjene po uzoru na Direktivu 2000/43 o rasnoj ravnopravnosti, obuhvatila sve ostale osnove diskriminacije. 2008. godine Komisija je objavila Prijedlog Direktive o uvođenju načela jednakog tretmana osoba bez obzira na religiju ili uvjerenja, invaliditet, dob i seksualnu orijentaciju.⁶⁰ Dakle, želi se postići da i sve ostale grupe imaju istu razinu zaštite kao i grupe definirane po kriteriju rase ili etničke pripadnosti i u drugim oblastima osim u zapošljavanju i odabiru

⁵⁸ Ova razlika u regulativi od početka je predstavljala problem i rješenjima navedenih Direktiva upućivane su brojne kritike. Više vidi: Bell, M., *Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission's 2008 Proposal for a New Directive*, *The Equal Rights Review*, Vol. Three (2009), str. 7-8.

⁵⁹ O implementaciji ovih i nekih drugih EU anti-diskriminacijskih direktiva u pravne sustave zemalja članica i zemalja kandidata za članstvo u EU, više vidi u Izvještaju: *European Commission: Developing Anti-Discrimination Law in Europe, The 27 EU Member States, Croatia, Former Yugoslav Republic of Macedonia, Iceland, Liechtenstein, Norway and Turkey compared*. Prepared by Isabelle Chopin and Thien Uyen Do for the European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field, October 2012, doi: 10.2838/49757.

⁶⁰ Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation {SEC(2008) 2180} {SEC(2008) 2181} /* COM/2008/0426 final - CNS 2008/0140 */

zvanja. Naravno, Prijedlog uvodi i neke druge novine, no u temeljnim pravilima slijedi rješenja postojećih EU anti-diskriminacijskih direktiva. Za usvajanje ovog Prijedloga po spomenutoj pravnoj osnovi (čl. 19. st. 1. EFEU) potrebna je jednoglasna odluka u Vijeću i usprkos određenoj opreznosti i konzervativnosti Komisije kao predlagatelja, Prijedlog je još uvijek u proceduri.

Silvija Petrić, Ph.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Split

ANTI-DISCRIMINATION EUROPEAN UNION LAW

Summary

Among the founding principles of the European Union prominent place is reserved for the principles of equality, non-discrimination and respect for human rights. From the Treaty of Rome of 1957, formally requiring just the equal payment between men and woman, until today the body of EU anti-discrimination law has considerably increased. The Treaty of Amsterdam of 1997 in article 13. gave the European Community specific authority to combat discrimination on many different grounds like racial and ethnic origin, sex, religion and belief, disability, age and sexual orientation. It facilitated introduction of a series of new Equality Directives. By the ratification of the Lisbon Treaty the powers of the EU relating to equality and anti-discrimination were strongly enhanced. It gave the Charter of the Fundamental Rights the same status as the other two founding treaties, and stimulated the convergence between the EU human rights frameworks and other intergovernmental human rights documents, especially of the Council of Europe and the United Nations.

Др Марија Крвавац
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици

УРЕДБА ЕУ БР. 650/2012 И УВОЂЕЊЕ ЕВРОПСКОГ СЕРТИФИКАТА О НАСЛЕЂИВАЊУ

Апстракт: Уредбом 650/2012 о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и аутентичних исправа у материји наслеђивања и о европском сертификату о наслеђу унификују се колизионе норме међународног наследног и међународног процесног права у овој материји на подручју ЕУ. Циљ унификације је да се поједноставе наследноправна правила са елементом иностраности, као и да се повећа правна сигурност и извесност, имајући у виду мноштво правних последица које настају смрћу физичких лица. Примена меродавног права код наслеђивања може бити значајнија него у другим областима, посебно уколико је реч о великој имовини за коју постоји како приватни, тако и јавни интерес. Разлике упоредног права у наследним прописима, почев од наследних редова, ограничења располагања па све до дискриминације наследника према полу и другим основима, јасно намећу потребу једнообразности решења, правне сигурности и предвидивости решења.

Кључне речи: наслеђивање, редовно боравиште, комунитаризација, меродавно право, колизионе норме.

Увод

Уредба 650/2012 Европског Парламента и Савета о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и аутентичних исправа у материји наслеђивања и о европском сертификату о наслеђу, која је ступила на снагу 16.08 2012. године, представља резултат настојања Европске заједнице да законодавним инструментима уједначи колизиона правила као и правила о надлежности, признању и извршењу одлука у области наслеђивања. Развој европског међународног приватног права темељио се дуги низ година, након закључивања Римских уговора, на конвенцијском праву. Приступајући унификацији Комисија Европске заједнице је пошла од предуслова неопходних за уједначавање националних правила, односно од сличних становишта држава чланица шта се њом жели постићи, као и од правних захтева којима се мора удовољити применом одређеног колизионог решења. Уз сагласност

држава чланица о потреби унификације, основној сврси и циљевима, под окриљем ЕЗ је усвојено више конвенција. Ступањем на снагу Уговора из Амстердама (1999)¹ уредбе постају један од главних извора комунитарног права а европско колизионо и међународно процесно право се по први пут уређује инструментима секундарног законодавства. Доношењем Уредбе бр. 864/2007 Европског парламента и Савета о праву меродавном за вануговорне обавезе (Уредба Рим II) из 2007. и Уредбе о праву меродавном за уговорне облигације (Уредба Рим I) из 2008.године ЕЗ је дала приоритет уједначавању правила о праву меродавном за вануговорне и уговорне обавезе.

Грађанскоправне односе унутар Европске уније одликује исреплетаност на унутрашњем плану који додатно може да компликује учешће "трећег." Унификациона активност у процесу комунитаризације европског колизионог права, после усвајања уредби Рим I, Рим II и Рим III усмерена је на наследноправну област, имајући у виду да је наслеђивање искључено из поља примене у већини уредби почев од Брисел I Уредбе.² Усвајање уредбе у области наслеђивања са елементом иностраности представљао је један од приоритетних задатака, у складу са " Хашким програмом " Европског парламента (2004.г.)³. У њему је потврђена неопходност усвајања посебног свеобухватног законодавног акта о наслеђивању који ће регулисати питање сукоба закона, међународне надлежности, међусобно признање и извршење одлука, као и Европски сертификат о наслеђивању.⁴ Европска Комисија је, следећи позив за наставак активности за доношење таквог свеобухватног комунитарног правног инструмента, објавила Зелену књигу⁵ и тиме започела обиман процес расправа, размене предлога, консултација о законском и тестаменталном наслеђивању са елементом иностраности. Објавиљање Предлога Уредбе о надлежности, меродавном праву, признању и

¹ Уговор из Амстердама је донет 2.10.1997. године као Уговор о измени Уговора о Европској унији, Уговора о оснивању Еувропске заједнице као и неки са њима повезаних правних аката (ОЈ ЕС 1997, С – 340/01).

² Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе (1980); Уредба о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким предметима (Брисел I уредба из 2001.); Уредба о меродавном праву за вануговорне обавезе (Рим II уредба из 2007.); Уредба о увођењу европског поступка за тужбе мале вредности (2007); Уредба о меродавном праву за уговорне обавезе (Рим I уредба из 2008.); Уредба о надлежности и признању и извршењу судских одлука у брачним стварима и стварима подитељске одговорности (Брисел II уредба из 2000 i 2003)

³ Усвјен од стране Европског Савета у Бриселу новембра 2004. Ближе recital (5) Уредбе 650/2012.

⁴ ОЈ С 53 5.11. 2005.

⁵ COM(2005) 65 final.

извршењу одлука и аутентичних исправа у материји наслеђивања и о европском сертификату о наслеђу уследило је октобра 2009. године⁶. Опредељујући се за одређена колизиона решења и технике одређивања меродавног права европски законодавац је нагласио начела комунитарног *aquisa*, правну сигурност и потребу за праведношћу у решавању ситуација са елементом иностраности.

Као инструмент правосудне сарадње у грађанским предметима Уредба има правни оквир у Уговору о оснивању, чији чл. 61 и чл. 65 предвиђају успостављање "јединственог европског правног простора, простора слободе и сигурности", односно чл. 81. ст. 2 тч. а., ц., ф. Лисабонског уговора.⁷ Предложена решења Уредбе о наслеђивању базирају се на важећим правилима Уредби Брисел I и Брисел II као и на колизионим решењима Хашке конвенције о меродавном праву за наслеђивање умрлих лица из 1989. године. Наиме, Уредба 650/2012. поред колизионих решења садржи и норме процесног међународног приватног права, чиме постаје једнако значајна за унификацију и изградњу комунитарног међународног приватног права у целини. Реч је о најобимнијем акту комунитарног права у области правосудне сарадње у грађанским стварима, о чему говори и број чланова чије одредбе уређују наследноправне односе са међународним елементом. Обрасци који иду уз ову Уредбу нису део текста Уредбе 650/2012., већ су уређени Уредбом 1329/2014 за спровођење и исправну примену образаца из Уредбе 650/2012.⁸

Структура и поље примене

Уредба 650/2012. је подељена на седам поглавља, којима претходе 36 рецитала са ближим одређењем садржине предложених решења и правних појмова, као и циљеви и мотиви доношења Уредбе. Начело узајамног признања пресуда и других судских одлука у грађанским и трговачким стварима има кључну улогу у постављању чврстог темеља комунитаризације међународног приватног права. Мерама хармонизације колизионих норми поједностављује се узајамно признање пресуда, тако да је наставак активности усмерен на доношење колизионих норми у области наслеђивања обухватио и питање надлежности, егзекватуре и друга сродна питања. Први одељак Уредбе односи се на поље примене и дефинисање коришћених термина (чл.1-2), док је друго поглавље

⁶ 14722/09, COM (2009) 154 final.

⁷ OJ C 306 17.12.2007.

⁸ SI. L 359 16.12.2014.

посвећено питању надлежности у области наслеђивања (чл.5-19). Треће поглавље, меродавно право, (чл.20-38.) поставља унификована колизиона решења за све облике наслеђивања која би требала да олакшају примену начела узајамног признања пресуда. Томе је посвећено следеће, четврто поглавље, признање и извршење одлука (чл.39-58.). Специфична решења у погледу аутентичних инструмената и Европског сертификата о наслеђивању садрже два следећа поглавља (чл. 59-61 и чл. 62-73.). Последње, седмо поглавље, садржи прелазне и завршне одредбе о ступању на снагу и подношењу редовних извештаја Европске комисије о примењивости Уредбе (чл. 75. и чл.83. и 84.).

Као и остали важећи законодавни комунитарни инструменти Уредба 650/2012. се има примењивати на подручју свих држава чланица, изузев Данске као и, евентуално, Ирске и Уједињеног Краљевства, на спорове са елементом иностраности и унутар комунитарног права, почев од 17.08.2015.(чл.84. Уредбе). Сходно чл. 1. и 2. Протокола о положају Данске уз Уговор о Европској унији и Уговору о основању Европске заједнице ова држава не учествује у процесу сарадње по одређеним питањима, као што је усвајање уредбе у материји наслеђивања.⁹ Протокол о положају Уједињеног Краљевства и Ирске у чл. 3. омогућава да ове државе не учествују у преговорима, нити да усвајају и примењују уредбе Европске уније. Досадашње искуство показује ове чланице ЕЗ нису искористиле могућност усвајања и примене уредби, што је био случај и са Уредбом Рим II као и са Уредбом о наслеђивању, поводом чијег усвајања је изостало њихово учешће у формалним преговорима.

Одредбама првог поглавља омеђено је поље примене Уредбе и дефинисани неки кључни појмови. У складу са тим, Уредба 650/2012 се има примењивати на наслеђивање имовине умрлих лица, под којим се подразумева сваки облик преноса својине услед смрти неког лица, по основу закона, тестаментa или уговора.¹⁰ Негативним одређењем из генералне одредбе чл.1(1) прописано је да се уредба неће примењивати на фискална, царинска или управна питања. Посебна одредба чл.1(3) изричито утврђује даљна искључења из сфере примене ове Уредбе, и то :

а) статус физичких лица као и породични односи и односи који имају слично дејство;

б) правна способност физичких лица изузев чл. 19(2)(ц) и (д);

ц) нестанак, одсуство или претпостављена смрт физичког лица ;

⁹ Протоколом о положају Данске додатом Уговору о ЕУ и Уговору о оснивању ЕЗ Данска не учествује у сарадњи која се односи на визе, азил, усељење и другу политику повезану са слободом кретања лица у складу са чл.65. тч.б) Уговора о ЕЗ.

¹⁰ Чл. 2(а) .

д) питања која се односе на брачноимовински режим као и имовински режим који се примењује на односе за које се сматра да имају слично дејство као брак;

е) обавезе издржавања;

ф) права и имовина који су стечени или пренети на заоставштину умрлог другим пословима а не наслеђивањем, укључујући поклоне;

г) питања која потпадају под компанијско право;

х) престанак или спајање предузећа, удружења или правних лица;

и) конституисање, функционисање или престанак труста и

ј) правна природа стварних права и публицитет ових права.

Бројна искључења у форми изричитог одређења искључења из поља примене имају за циљ обезбеђење јасних смерница у примени уредбе *ratione materiae*. Одредбе трећег поглавља дају позитивно одређење поља примене, према којим се меродавно право за наслеђивање примењује на:

а) основ, време и место отварања наследства,

б) достојност за наслеђивање наследника и легатара, укључујући наследна права надживелог брачног друга, одређивање величине наследних делова, одговорности које су наследницима наметнуте од стране оставиоца;

ц) способност за наслеђивање;

д) посебни разлози за неспособност да се располаже или прими заоставштина;

е) искључење из наслеђа;

ф) пренос имовине и права која чине заоставштину на наследнике укључујући услове и дејства прихвата или одрицања од наследства или легата;

г) овлашћења наследника, извршитеља тестаментa и других управитеља наследством;

х) одговорност за дугове оставиоца,

и) наследни делови којим се може слободно располагати, резервисани наследни делови и друга ограничења слободе располагања у случају смрти;

ј) обавеза повраћаја или урачунавања поклона;

к) пуноважност, тумачење измена или опозив тестаментa изузев формалне пуноважности;

л) деоба заоставштине

Усвајање Уредбе о наслеђивању подразумева њену обавезну примену у целини у свим земљама чланицама, без предходног преузимања у национално право, двадесетог дана од дана објављивања у Службеном гласилу заједнице. У складу са општим правилима о

временској примени прописа заједнице, изричито је предвиђено поље примене *ratione temporis* годину дана после ступања на снагу на наслеђивање лица умрлих после датума који је означен као дан када уредба почиње да се примењује (члан 50 (1)). Изузетно, (према члану 83.ст.2. и 3.) избор меродавног права као и располагање за случај смрти учињен и пре 17.08. 2015. биће правно ваљан ако су испуњени услови прописани у Поглављу III, ако је избор, односно располагање ваљано према правилима међународног приватног права земље држављанства или редовног боравишта оставиоца.

Општа решења

Европски законодавац је поставио колизиона наследна правила полазећи од система заоставштине која познаје међународно приватно право држава чланица. У нормирању међународне надлежности Комисија је узела у обзир и надлежност несудских органа, дефинишући надлежност суда у ширем смислу. Уредбом се гарантује не само признање извршења судских одлука већ и аутентичних исправа других органа, чиме Комисија чини покушај увођења Европског сертификата о наслеђивању.

Класично међународно приватно право познаје систем јединствене заоставштине који упућује на примену једног права на целокупну заоставштину оставиоца. Од оваквог становишта полази већина упоредних међународних приватних права и националних права држава чланица ЕУ.¹¹ Везивање читаве заоставштине за једно право ставља оставиоца у центар наследноправних односа посредством његовог држављанства (*lex nationalis*), или последњег домицила (*lex domicilii*). С друге стране, систем подељене заоставштине различите делове заоставштине подвргава различитим меродавним правима. Примена различитих наследних права полази од предмета наслеђивања, за некретнине од јединствене тачке везивања њиховог *situsa*, места налажења, а у погледу покретне заоставштине од држављанства или домицилног принципа.¹² Дакле, *situs* некретнина се узима као одлучујући

¹¹ Закон о међународном приватном праву Аустрије (чл.28); Закон о реформи италијанског система међународног приватног права (чл.46.1); Уводни закон за грађански законик Немачке (чл.25.1) и др.

¹² Систем подељене заоставштине је прихваћен у англоамеричким земљама а тачка везивања је пребивалиште оставиоца у часу смрти. В. Cheshire, North, Private International law, London, 1987, с.833-834; Restatement second, čl.126 i 260.; В. Матић, Sukobi zakona u nasljednom pravu, Zagreb, s.114.; Према енглеској судској пракси за наслеђивање некретнина меродаван је *lex rei sitae* а за покретности *lex domicilii* оставиоца. У случају Боуви, Дом Лордова је афирмисао право Шкотске, једногласно

контакт за непокретни део заоставштине, док је код покретних ствари одлучујућа чињеница везана за оставиоца. Европски законодавац је прихватио становиште „ већине“ и предвидео да је меродавно право за наслеђивање у целости право државе у којој оставилац има редовно боравиште у моменту своје смрти (чл. 21.ст 2.). Прихватање принципа јединствене заоставштине доприноси остваривању наследноправних интереса грађана ЕУ, ефикасности у решавању наследноправних спорова са елементом иностраности и признању дејства страних одлука.

Меродавно право подлеже персоналном праву оставиоца као кључне личности у конкретном наследноправном предмету. Различитости колизионог регулисања наследноправних односа доприносе прописи малог броја држава које су усвојиле последње редовно боравиште оставиоца као тежишни контакт за целокупну заоставштину. Овако решење прихвата и Конвенција о меродавном праву за наслеђивање имовине умрлих лица, донета од стране Хашке конференције о међународном приватном праву, посредством две тачке везивања држављанства или редовног боравишта. Уколико обе тачке везивања у време смрти оставиоца указују на исту државу може се сматрати да постоји довољно јака веза између права те државе и наследноправног питања.¹³ У недостатку овакве везаности неопходно је да основне тачке везивања буду додатно ”фиксирани” те је меродавно редовно боравиште оставиоца у време смрти, када је оно пропраћено дужим и контунираним боравком на територији исте државе. Адекватно супсидијарно колизионо решење које се може применити представља *lex nationalis* оставиоца у време смрти уколико су постојале и неке друге тешње везе. Европски законодавац је следећи смер и дух истинске модернизације колизионог права и карактер промена у савременом међународном приватном праву, како на европском тако и на међународном нивоу, упутио на уобичајено боравиште оставиоца у време његове смрти као одлучујућу чињеницу која одражава најближу везу са меродавним правом.

пружајући зачуђујући закључак о домицилу у Шкотској у време смрти оставиоца. Наиме, Џорџ Боуви је рођен у Глазгову, док је домицил имао у Шкотској, али је 36. година пре смрти живео у Ливерпулу. За то време само је једном напустио Ливерпул и одлучно одбијао да се врати у Шкотску, посебно после мајчине смрти. Његова последња воља којом је завештао остатак имовине сиромашнима у Ливерпулу формално је била пуноважна према шкотском али не и према енглеском праву. Дом Лордова је закључујући о томе где је оставиоц имао домицил узео у обзир чињеницу да је Боуви био до краја живота претплаћен на један шкотски часопис: ” Дуго место становања Џорџа Боувија” према лорду Танкертону ” особито је обојило и сугерисало...” (запажање Morris, *The Conflict of Laws*, London, 2000, с.31.)

¹³ Чл. 3.

Уредба несумњиво прихвата концепт јединствене заоставштине, што подразумева примену једног права на целу заоставштину уз могућност избора меродавног права од стране самог оставиоца, наспрот већини националних права која не допуштају примену колизионоправне аутономије воље у области наслеђивања. Право на које, као меродавно, упућује Уредба има се применити и ако је то право треће земље, односно и када се не ради о праву државе чланице (чл. 20).

Уколико је неко друго право у ближој вези са наследноправним односом, посебном одредбом је предвиђена могућност примене клаузуле изузетка која омогућава да се одступи од примене права уобичајеног боравишта (чл. 21.ст.2.). Она допушта надлежном органу да, уместо права на које упућују општа колизиона правила, примени друго право са којим спорни однос има најближу везу. Применом клаузуле изузетка у индивидуалним случајевима може се остварити сврха самих колизионих, као и материјалних правила која треба применити (колизиона и супстанцијална праведност). Поред тога, овај акт секундарног комунитарног законодавства предвиђа примену опште клаузуле јавног поретка на основу које се страном меродавно право неће применити ако је очигледно у супротности са домаћим јавним поретком (чл.35.). Треба напоменути да је Уредба о наслеђивању један од ретких инструмената секундарног законодавства који уређује и примену установе *renvoi* под одређеним условима. *Renvoi*, односно узвраћање и упућивање на даље право, подразумева да се у колизионом упућивању узимају у обзир норме међународног приватног права треће земље, уколико је право те земље меродавно, било да оне упућују или узвраћају на право државе чланице било на право неке треће земље (чл.34 ст.1.). Имајући у виду изузетке од овог правила, којих није мали број, може се слободно закључити да је установа *renvoi* изгубила на значају у наследноправној материји која је дуго представљала значајно поприште њене примене.

Избор меродавног права аутономијом воље оставиоца

Принцип аутономије воље је до скоро био потпуно у дисфункцији са колизионим наследним правом, тако да оставиоц није имао могућност избора меродавног права. Полазећи од општег значаја колизионоправне аутономија воље Европска комисија је сматрала да јој треба дати место и када је реч о законодавном уређењу механизма одређивања наследног статута. Позитиван став према могућности оставиоца да изрази

аутономију воље потврђен је и у неким од новијих закона у међународном приватном праву (као што је белгијски, холандски и др.).¹⁴

Након бројних расправа, предлога и сугестија Европска комисија је признала оставиоцу могућност примене аутономије воље, и предвидела да лице може да у форми располагања за случај смрти изабрати као меродавно право државе свог држављанство (чл.22.ст.1.) Притом, није прецизирано о ком се наслеђивању ради те прозилази да је колизионоправна аутономија воље допуштена и код законског и код тестаменталног наслеђивања. Ограничење предложеног решења односи се само на национално право оставиоца. Могућност да се целокупна заоставштина оцењује према изабраном праву подразумева да је аутономија воље примарно колизионо решење, начелно дозвољена у свим облицима наслеђивања. Избор меродавног права мора бити изричит, или конклюдентан тако да произилази из самог садржаја тестаментa. Постављена ограничења дејства колизионоправне аутономије воље само у погледу избора националног права држављанства трпе додатне сугестије према којим би требало допустити избор неког другог права које је у блиској, односно разумној, вези са оставиоцем или пак са његовом имовином. Сам избор меродавног права и његова дејства подлежу изабраном меродавном праву (чл.22 ст.3.).

Вољни избор меродавног права предвиђа и Хашка конвенција о меродавном праву за наслеђивање, чиме је поред традиционалних тежишних контаката правилима модерног међународног приватног права призната одређена улога "субјективном" везивању кроз слободно изражену вољу оставиоца.

Опште правило о критеријуму за успостављање надлежности

Надлежност судова држава обухваћених системом права ЕУ, сходно уредби Брисел I, одређује се према пребивалишту туженог чије је појмовно одређење различито у државама чланицама. Лица која имају домицил на територији било које државе чланице ЕУ могу бити тужена само према одредбама овог прописа. Без обзира на држављанство на та лица се примењују прописи о надлежности који важе и за домаће држављане. Уредба Брисел II као основ надлежности у брачним предметима и предметима о родитељској одговорности прихвата редовно боравиште. Према решењу уредбе о наслеђивању основ за заснивање

¹⁴ Закон о МПП Белгије (чл.79); Закон о наслеђивању са страним елементом Холандије(чл.1.) и др.

надлежности суда државе чланице у конкретном наследноправном предмету је место уобичајеног боравишта оставиоца у време смрти, у духу решења Хашке конвенције о меродавном праву за наслеђивање имовине умрлих лица. Ближе одређење појма уобичајено бораиште у многоме је различито у националним правним системима те је и Европски законодавац пропустио да га прецизно дефинише у својим правним документима. Ипак, опште је прихваћено мишљење да је превасходно реч о фактичком појму за означавање места у коме лице редовно борави дуже време, без намере да се ту настани али тако да заснива трајнију везу са тим местом.¹⁵

Европска Комисија је предвидела извесну ””посредну”” могућност избора суда државе пред којим ће се расправљати заоставштина који се поклапа са избором меродавног права. Уколико је оставиоц изразио колизионоправну аутономију воље и извршио избор меродавног права по коме ће се расправљати његова заоставштина суд, који је иначе надлежан, према Уредби (чл.4) може поступак прекинути а странке упутити на суд државе изабраног права, уколико то захтева једна од странака и уколико надлежан суд закључи да је суд меродавног права погоднији у конкретном предмету. Овакву могућност на сличан начин предвиђа и Брисел Пbis Уредба¹⁶. Преношење надлежности на суд друге државе, као погоднијег за решавање конкретног спора, подсећа на могућност суда да одбије поступање у одређеној ствари уколико је то у интересу странака или у јавном интересу у common law правним системима. Одбијање надлежности се заснива на приговору *forum non conveniens* (неприкладан форум)¹⁷ уколико суд који одбија надлежност сматра да постоји други надлежни суд пред којим ће спор бити решен на погоднији начин у контексту интереса свих странака у спору. Предложено решење неспорно има сличности са *forum non conveniens* али је трансфер надлежности могућ само ако је оставилац изразио колизиону аутономију воље и ако је реч о праву уобичајеног боравишта оставиоца.

Уредба о наслеђивању са страним елементом спада у ред значајнијих аката комунитарног права која би требало да допринесе даљем слободном кретању одлука унутар Уније на темељу међусобног признања одлука. У складу са позитивним комунитарним решењима усвајање уредбе у области наслеђивања би требало само да потврди аутоматско признање одлука донетих у једној држави чланици у другој

¹⁵ Петровић М., Предлог уредбе ЕУ о наслеђивању, ПЖ, бр.12/ 2010, с. 546.

¹⁶ Чл. 15.

¹⁷ Станивуковић М., Директна међународна надлежност у имовинскоправним споровима у праву САД, ЕЕЗ, ЕФЗТА, Београд, с. 213 - 229.

држави чланици и поједностављен поступак проглашења такве одлуке извршном.

Наслеђивање са елементом иностраности у српском праву

Значај сукоба закона у области наслеђивања произилази из различитости материјалноправних норми националних права. Евидентни су напори у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право да се установа наслеђивања са елементом иностраности учини што поузданијом. Разлике упоредних права у погледу наследних редова, ограничења располагања, нужних наследнике, као и многе друге указују на сложеност проблема одређивања меродавног права. Решења националних законодавстава зависе од читавог низа економских, социјалних, демографских и других фактора. У колизионим правилима се преламају интереси емиграционих односно имиграционих држава, тако да је одређење сваке од њих израз концепта националног законодавства о правним категоријама (својина, сродство, брак и сл.).

Општи принципи и норме о сукобу закона у материји наслеђивања садржани су у домаћој кодификацији међународног приватног права, у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у даљем тексту ЗМПП). Сходно колизионом решењу овог закона наслеђивање подлеже праву држављанства оставиоца у моменту смрти.¹⁸ Меродавно право се има примењивати у обиму који захтева конкретан поступак, само на заоставштину за коју се домаћи суд огласи надлежним по правилима о међународној судској надлежности и по захтеву наследника. Домаћи законодавац је пошао од држављанства као најјаче јавноправне везе појединца и државе која је истовремено и одлучујућа чињеница која обезбеђује највиши степен сигурности. Извесни проблеми у колизионом решавању на бази држављанства могу настати код апатрида и лица са двојним држављанством, у ком случају се имају применити општа колизиона решења за правну и пословну способност физичких лица. Наследном статуту подлеже питање потенцијалних наследника, врсте и обима наследних права наследника, величине нужног дела, одговорност наследника за дугове оставиоца, мера обезбеђења заоставштине. Подвођење осталих питања наследноправног односа под меродавно наследно право зависи од државе у питању.

До одступања од редовне примене меродавног наследног права долази дејством установе јавног поретка, уколико се домаћи и страни меродавни прописи битно разликују или су у супротности са другим

¹⁸ Чл. 30. ст.1. ЗМПП.

основним принципима нашег друштвеног система. Поред тога, до корекције у примени колизионе норме долазило је и применом установе *renvoi* тј. узвраћања и упућивања на даље право, уколико су испуњене све претпоставке да до узвраћања дође (да право полазне државе упућује на страну право у целини, да су колизиона решења полазне и државе првог упућивања различите и да је такав чињенични склоп који омогућава узвраћање и упућивање на даље право).¹⁹ Када је реч о заоставштини без наследника примена меродавног права зависи од тога да се ствари посматрају као заоставштина, у ком случају ће важити меродавно право за законско наслеђивање или као ствари без власника које припадају држави у којој се налазе према праву (*ex iure occupationis*).

Наше право неспорно стоји на позицијама система јединствене заоставштине, из чега произилази да целокупну имовину треба обухватити једним меродавним правним системом, без обзира на то да ли се састоји од покретних или непокретних ствари.

Меродавно право за законско наслеђивање обухвата и садржину располагања имовином путем изјаве последње воље, само у оквирима које постављају императивни прописи меродавног права чију примену оставилац не може отклонити. У складу са тим, позитивно колизионо право садржи и правила о одређивању меродавног права за способност састављања тестаментa и форму тестаментa. Способност оставиоца за састављање тестаментa подвргнута је праву држављанства оставиоца у моменту састављања тестаментa,²⁰ према којем се утврђују мане воље, способност за расуђивање и елементи битни за слободну и разумну изјаву последње воље оставиоца. Решења сукоба закона у погледу облика тј. форме тестаментa фаворизују примену алтернативних тачака везивања у циљу одржања тестаментa на снази у погледу форме по принципу *in favorem testamenti*. Прихватањем алтернативне примене више колизионих решења законодавац је јасно изразио настојање да се одржи пуноважност тестаментa који би иначе у погледу форме били ништави на основу мање флексибилних правила. Колизионе норме за форму тестаментa полазе од права места у коме је тестамент састављен, затим предвиђају примену права држављанства оставиоца у време састављања тестаментa или у време смрти, права домицила оставиоца у време састављања тестаментa или у моменту смрти те право боравишта у време располагања или у моменту смрти. Преузимајући на тај начин решења Хашке конвенције о

¹⁹ О установи *renvoi* ближе Варади, Бордаш, Кнежевић, Павић, Међународно приватно право, Београд, 2010., с.139.

²⁰ Чл. 30. ст. 2. ЗМПП.

сукобима закона у погледу тестаменталних одредаба²¹ предвиђа се и алтернативно решење по *lex fori*.²² Могао би се извести закључак да домаћа кодификација колизионог права у области наслеђивања прихвата примену права боравишта као једне од тачака везивања само када је реч о форми тестаментa, што јасно говори о потреби истинске модернизације домаћег међународноприватноправног законодавства у овој области.

Општа надлежност домаћег правосуђа за све врсте спорова физичких лица одређује се према пребивалишту туженог.²³ Као одлучујући критеријум за надлежност домаћег правосуђа законодавац предвиђа пребивалиште, док Уредба о наслеђивању, по узору на важећа упоредноправна решања, прихвата редовно боравиште. Домаћи суд може бити надлежан као општи форум према боравишту и када је домицил туженог у иностранству, с тим што нужно треба да постоји нека друга, ближа веза спора и подручја домаћег правосуђа, у ком случају обе парничне странке морају бити домаћи држављани. Боравиште као критеријум за заснивање опште надлежности нашег правосуђа може се применити и у случају када тужени нема пребивалиште у нашој, ни у некој другој земљи.

Наследне спорове са елементом иностраности, неретко, карактерише учешће великог броја лица са различитим интересима, где се као предмет јавља заоставштина велике вредности за коју је изражен и интерес државе. Домаће правосуђе је искључиво надлежно за заоставштину која се налази у домаћој земљи за расправљање непокретне заоставштине.²⁴ Када је предмет поступка расподела заоставштине коју чине покретне ствари у домаћој земљи, за надлежност домаћег правосуђа довољно је да је оставилац наш држављанин, лице без држављанства или избеглица. Домаћи суд се може огласити надлежним за расподелу покретних ствари у иностранству само ако је последње пребивалиште оставиоца у нашој земљи.²⁵ Надлежност суда домаћег правосуђа за расправљање непокретне заоставштине домаћих држављана у иностранству постоји уколико се страни суд огласи ненадлежним или ако се ради о покретностима, а страни суд се огласи ненадлежним, као и када одбије да расправља о расподели заоставштине.²⁶ Покретна заоставштина

²¹ Конвенција објављена у "Сл. листу ФНРЈ" Додатак бр. 10/1962, ступила на снагу 5. јануара 1964. г. у односу на бившу СФРЈ.

²² Чл. 31. ст. 1 ЗМПП.

²³ Чл. 46. ЗМПП.

²⁴ Чл. 71. ст. 1 ЗМПП.

²⁵ Чл. 71. ст. 3; чл. 73. ст. 2. ЗМПП.

²⁶ Чл. 71. ст. 2. и 3. ЗМПП.

страних држављана у нашој земљи може представљати предмет расправе пред домаћим судом и уколико постоји основ за реторзиону надлежност.²⁷

Радна група Министарства правде је објавила **Нацрт домаће кодификације међународног приватног права**, односно Закона о међународном приватном праву²⁸ који полази од савремених решења и принципа у материји наслеђивања са страним елементом. У Глави III Другог дела нацрта садржана су решења у области наслеђивања са елементом иностраности (чл.114 - 122.). Када је реч о међународној надлежности домаћег суда за расправљање целокупне заоставштине довољно је да је оставилац у време смрти имао пребивалиште односно уобичајено боравиште у тренутку смрти, а у уколико је један део заоставштине у нашој земљи, под условом да је оставилац био српски држављанин у време смрти. Уколико домаћи суд није надлежан на бази ових критеријума ипак би могао одлучивати у поступку за расправљање заоставштине која се налази у Србији. Ова решења се односе и на наследноправне спорове у вези располагања имовином за живота. Колизionoправне одредбе прате решења комунитарног права у овој области из Уредбе 650/2012. и уводе колизionoправну аутономију воље оставиоца у ред одлучујућих чињеница. У складу са тим, за наслеђивање целокупне заоставштине оставилац може изабрати меродавно право, и то право државе чији је држављанин у тренутку избора меродавног права. Наиме, аутономија воље је ограничена и тиче се само права држављанства оставиоца, с тим што је решено питање мобилног сукоба закона. Ово, имајући у виду да држављанство спада у варијабилне тачке везивања тако да је фиксирано за време када се врши избор меродавног права. Оставилац који има више држављанства у време располагања заоставштином може изабрати једно које ће суд упутити на меродавно право. Право странака на избор меродавног права у материји наследноправних односа много је уже од оног којег странке имају у материји уговора. Оставилац је ограничен у избору правног система којем ће подвргнути регулисање наследноправног односа имајући у виду да може изабрати само *lex nationalis*, и само у тренутку избора. У одсуству аутономије воље меродавно је право у којој је оставилац имао уобичајено боравиште у тренутку смрти, осим уколико из свих околности случаја произилази да је у тренутку смрти био у очигледно ближој вези са другом државом, тако да је за наслеђивање меродавно право те друге државе, на темељу корективне функције

²⁷ Тако нпр. уколико би се страни суд огласио надлежним за покретну заоставштину према месту у коме се она налази.

²⁸ www.mpravde.gov.rs 23 новембар 2011. Коначна верзија Нацрта је предата Министарству правде јуна 2014.

принципа најближе везе. Ублажавање крутог колизионог решења увођењем клаузуле изузетка у корист примене права у најближој вези широко је прихваћено у упоредном праву.

Завештање, односно материјална пуноважност и тумачење завештања, промена и опозив подлежу праву државе које би било меродавно на основу Закона да је оставилац умро на дан састављања завештања. Поред тога законодавац прихвата и могућност избора меродавног права у складу са законским ограничењима. На завештајну способност се има применити право уобичајеног боравишта оставиоца у време састављања завештања упоредо са до сада примарном тачком везивања правом државе чији је држављанин у тренутку састављања завештања. Праву државе у којој лице које располаже имовином за живота оставиоц подлеже материјална пуноважност тумачење, дејства и престанак правних послова.

Закључак

У оцени надлежности суд полази од домаћег права или међународног уговора у коме је домаћа држава уговорна страна. Правила о надлежности у међународном приватном праву почивају на ширим принципима међународног права, као што је принцип суверене једнакости држава. У циљу стварања заједничког правног простора државе чланице ЕУ заједнички уређују и уједначавају међународно процесно и колизионо право. Уредба у области наслеђивања би требала да буде велики корак у стварању комунитарног права, заједничког за велику европску породицу различитих народа. Проблем остваривања прекограничног наслеђивања између држава чланица спада у ред приоритетних питања комунитарне регулативе. Србија је добровољно кренула путем хармонизације домаћег са комунитарним правом, тако да домаћем међународном приватном и процесном праву предстоји реформа и осавремењавање. Ипак остаје отворено питање у којој мери ће решења домаће националне међународне приватноправне регулативе, која ће се примењивати у приватноправним односима без ЕУ обележја, бити иста као решења комунитарног права која би уласком у ЕУ постала делом домаћег права.

Marija Krvavac, Ph.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Priština
Kosovska Mitrovica

**EU REGULATION No 650/2012 AND CREATION OF A EUROPEAN
CERTIFICATE OF SUCCESSION**

Summary

Regulation No 650/2012 is an important step towards a unified international private and procedural law in the European union. With the aforementioned legal act of the EU, the collision norms of international succession law are unified in the area of the EU. Regulation serves to strengthen legal security as a basis for creating the principle of mutual recognition of foreign court decisions in civil cases.

Following modern trends in comparative law, the jurisdiction of the courts of the RS in matters of succession is regulated in a way that mitigates the current overemphasis in Serbian citinchip as criteria for jurisdiction of the domestic courts and accepting the habitual residence as basic criteria.

Др Станка Стјепановић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву

ОБАВЕЗА РОДИТЕЉА ДА СВОЈОЈ ДЈЕЦИ ОБЕЗБЈЕЂУЈУ ЧИСТУ ПИТКУ ВОДУ И МОГУЋИ ПРОБЛЕМИ У ЊЕНОМ ИЗВРШЕЊУ

Апстракт: У овом раду се указује на проблем провођења и примјене преузетих обавеза из члана 24. Конвенције о правима дјетета УН/а у Босни и Херцеговини код обезбјеђења чисте питке воде дјетету, како државе, тако и родитеља који су дужни да својој дјеци обезбједи питку воду. Проблем обезбјеђења питке воде прелази често могућности и родитеља и државе. Да ли је и даље питка вода опште људско добро или није? Да ли је право на питку воду универзално људско право, као што је то утврдила Резолуција УН-а, или то престаје бити продајом извора компанијама? Тешкоће у провођењу Конвенције постоје, а недостаци средстава отежавају њезину примјену. Родитељи не могу обезбједити чисту питку воду својој дјеци, ако су извори њихових прихода пресушили. Најновије одлуке суда у Стразбуру у случају Бугарских Рома указују на обавезу државе да доведе пијаћу воду до насеља. Али чисту воду тешко је обезбједити. Ауторка даје анализу тешкоћа које се појављују пред родитељем у извршењу те обавезе.

Кључне ријечи: родитељ, дијете, здравље, питка вода, држава

1. Увод

Конвенција о правима дјетета у члану 24. прописује да државе потписнице признају дјетету право на уживање највишег могућег нивоа здравља и на кориштење олакшица за оздрављење и опоравак.¹ Предмет анализе овог рада је дио ове одредбе који указује на обавезу државе да у оквирима основне здравствене заштите осигура питку воду и обезбједи да сви чланови друштва, нарочито родитељи и дјеца, буду информисани, имају приступ и подршку у примјени основних знања. Конвенцију су ратификовале и богате и сиромашне земље. Тешко би се могло очекивати

¹ Конвенција Уједињених нација о правима дјетета усвојена је Резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација бр. 44/25 од 20. 11. 1989. године, а у Босни и Херцеговини је преузета нотификацијом о сукцесији 23. 11. 1993. године.

да и једне и друге државе имају исте могућности у заштити здравља дјече. Несумњиво је заштита дјече везана за материјалне могућности сваке државе, па самим тим и сиромашне земље, поред највеће жеље, нису у могућности, због недостатка средстава, да пруже дјечи здраву и чисту питку воду. Да доносиоц Конвенције има у виду и ограничене могућности сиромашних држава потписница, види се из одредбе члана 4. гдје се од државе потписнице тражи да предузме мјере, до крајњих граница њима доступних средстава, ради остварења економских, културних и социјалних права дјече. “Али без ефикасног провођења права која су гарантована дјечи, права дјетета не значе ништа“ као што је то раније истицао Херринг.² Здравље дјетета у сиромашним земљама је предмет интересовања многих владиних и невладиних организација. Статистике изражавају, према подацима УНИЦЕФ-а, врло поразне бројке о броју смртности дјече у неразвијеним земљама због болести чији је узрок лоша вода. Устав Свјетске здравствене организације наглашава значај здравог развоја дјетета.³ Комисија за социјалне одреднице здравља при Свјетској здравственој организацији означила је рани развој дјече као приоритет сваке државе.⁴ Да ли је могуће да у атмосфери опште загађености родитељи уз помоћ државе омогућавају дјечи да пију чисту воду? По породичним законима Републике Српске, Федерације Босне и Херцеговине и Брчко Дистрикта родитељима који грубо занемарују своје обавезе према дјечи може бити одузето родитељско право. Ако је родитељ у немогућности да обезбједи чисту питку воду, да ли ће му неко помоћи да дође до средстава да изврши ту обавезу? Има ли воде довољно да би се правилно распоредила? Одговор на ова питања проистеће из анализе прописа и примјене у стварности. Шта у таквом случају могу учинити родитељи, а шта може држава потписница Конвенције о правима дјетета? Родитељима остаје да се сами сналазе, што је веома тешко ако им држава не помогне, или да траже међународну помоћ како би извршили ову своју обавезу.

2. Обавеза родитеља у остваривању права дјетета да пије чисту воду

Једно од основних права које произлази из Међународног пакта о господарским, социјалним и културним правима је право на питку воду. Декларација Трећега свјетског форума о води (Kyoto, 2003) истиче да је

² J. Herring, Family law, Edinburgh 2009, 461.

³ Устав свјетске здравствене организације www.who.int 26. март 2015. год.

⁴ Оквирна политика раног раста и развоја дјече у БиХ (УНИЦЕФ), <http://unicef.org>. 2. март 2015.

»преко потребно проблему воде хитно дати приоритет јер је вода покретачка сила трајног развоја те искорјењивања сиромаштва и глади«. ⁵ Под геслом »Вода за живот« Уједињени народи прогласили су за раздобље од 2005. до 2015. међународном десетогодишњицом вода. Том се акцијом жељело омогућити све већем броју људи приступ здравој води за пиће те им такођер омогућити барем основне санитарне услове. Генерална скупштина Уједињених народа је у јулу 2010. великом већином усвојила резолуцију којом се признаје људско право на чисту питку воду. Резолуција позива државе да успоставе прикладне оквирне услове, регулативу, инвестиције и инвестицијске погодности како би се поступно побољшала опскрбљеност становништва водом. Иначе, захтјев за усвајањем резолуције права на чисту и питку воду, поднијела је организација „Blue Planet Project“. Њихова борба да овај предмет коначно постане предметом расправе и гласања УН-а, трајала је више од двије године. Како је нагласила једна од оснивачица ове организације, Канађанка Мауде Барлов, „ ситуација с водом у свијету је данас готово у потпуности другачија него што је то била 1948. године када је усвојена већина резолуција. У 2010. години мањак приступа чистој води представља највећу повреду људских права уопште. Ми се првенствено залажемо за праведнију расподелу“. Занимљив је и податак да су за резолуцију укупно гласали заступници из 33 земље – њих 122 дало је свој глас за док их је чак 41 остало суздржано; међу њима већински представници САД-а, Канаде и Велике Британије. Резолуција нема обавезујућу снагу, али својим ауторитетом још даје наду да се бори против великих компанија које желе приватизовати изворишта воде у свијету. Али поједине државе већ доносе Законе којим се ово право на питку воду више не сматра људским правом свих људи. ⁶ Чињеница је да и даље више од милијарду људи остаје без питке воде, а да се приватни капитал усмјерио на куповину изворишта у сиромашним земљама. Хоће ли успиједити несташаца воде за све оне које је не могу платити? Познате су чињенице да је 70% земљине површине прекривено водом, а од све те воде 97, 5% је слано, а од преосталих 2, 5% слатке воде око три четвртине је залеђено. Само 1% остаје за људске потребе, а потрошња воде у сталном је порасту. Према подацима Међународне асоцијације за воде у Бриселу, количине пијаће воде су веома несразмјерно распоређене по

⁵ Camdessus, M. Financing Water for All - Report of the World Panel on Financing Water Infrastructure. Chaired by Michel Camdessus. Report written by James Winpenny. Presented at 3rd World Water Forum, Kyoto, Japan, 16th-23rd March 2003 (<http://www.worldwatercouncil.org/download/CamdessusReport.pdf>). 15.03.2015

⁶ Wasser als Menschenrecht, <http://www.bundestag.de/bundestag/plenum/abstimmung/grafik/?id=213>, 15.03.2015.

континентима. У САД, сваки становник има на располагању у просјеку 300 литара воде дневно, у Европи око 160. У Африци је сваком становнику на располагању тек тридесетак литара воде. У Кини је жедно чак пет милиона људи. До 2025. године, озбиљне проблеме с водом имаће чак две трећине човјечанства, јер свакодневно око шест хиљада дјеце млађе од пет година умре од болести проузрокованих загађеном водом. Због истих узрока годишње умре пет милиона људи - више него у свим оружаним сукобима за једну годину. Умиру и они који имају, и они који немају воде. Преживљавају само они који имају колико - толико чисту воду, али и то је питање времена, јер је количина загађене воде у свијету већа од оне која се налази у басенима десет највећих свјетских ријека.⁷ У прошлом вијеку потрошња се воде удвостручила у богатим државама, па умјесто човјечанство схвати да је тешко гледати умирућу дјецу која немају воду за пити, док се истовремено расипа вода у њиховим окружењима и подстакне солидарност међу народима, то се користи за још веће богаћење богатих. Реална је опасност да сиромашне земље, које имају изворишта питке воде прођу као Боливија, гдје је све изворе откупила компанија која је одмах поскупила воду за 35%. У филму *Флориана Опунза "The Big Sellout" ("Велика распродаја")* описано је искуство приватизације воде у Боливији које је довело до грађанског рата 2000. године. У Боливији је најприје приватизована инфраструктура водовода, потом су полако затварани алтернативни извори скупљања воде, да би на крају било речено како се ни кишницу не смије сакупљати. Почело се са затварањем бунара у двориштима оних који нису плаћали воду. Уследио је вишемјесечни велики отпор. Влада је на крају попустила и вратила воду у јавно власништво, а корпорација која је приватизовала водове је побјегла из Боливије. Иако је имала име на шпанском, у завршници се дознало да се радило о Bechtel.⁸ У Словенији је покренута иницијатива за уношење права на питку воду у Устав и на тај начин би се

⁷ <http://www.zov.rs/code/navigate.php?Id=199&editionId=128&articleId=659>
25.март.2015.

⁸ Највећи свјетски експлататори водних ресурса су француски Vivendi i Suez као и немачки RWE. На листи најбогатијих компанија магазина *Fortune* ове три компаније заузимају 51., 53. и 99. мјесто од укупно 500, а прве двије поседују 40 % укупног тржишта воде. Suez дјелује у 130 земаља свијета, Vivendi у 100, а њихов заједнички годишњи приход износи преко 70 милијарди долара. С куповином британске компаније Thames Water и америчке American Water Works немачки је RWE проширио тржиште на 56 милиона људи. Остале велике водне компаније су Bechtel, Biwater plc., Bouygues/Saur, U.S. Water, Severn Trent, Anglican Water i Kelda Group. <http://kps.kps.rs/iz-naseg-ugla/255-privatizacija-vode-kao-najunosniji-posao-dananjce>, 20.март 2015.

спријечила могућност да се извори продају приватним компанијама.⁹ Интересантно је да у Словенији, као и у Холандији, која већ има такав закон којим се забрањује приватизација изворишта, нису подигли свој глас када су компаније које имају сједишта у њиховим земљама приватизовале изворе у другим државама.¹⁰ У току 2014. године била је иницијатива у Европској унији да се путем директиве допусти либерализација водоснабдевања и могућност јачања приватног капитала на штету јавних предузећа. Ову иницијативу је спречила петиција коју је потписало 1, 6 милиона Европљана. После тога је одлучено да законска регулација водоснабдевања и даље остане у надлежности држава и локалних управа. Тако Холандија, чланица ЕУ штити своја изворишта, а друге сиромашне земље не могу се заштити јер им је често услов за добијање нових кредита управо приватизација водних ресурса. А свака компанија жели профит, што више исцрпљивање извора и на крају тешко замислива жеђ поред извора из којих би сви могли пити, а ако немају средстава да купе неће моћи ни да скупе коју кап кише с неба. Постоје многе студије о штетности јавно-приватног партнерства код откупа изворишта воде у земљама у транзицији, што је у ствари деминутив од ријечи сиромашним земљама. Не може се ријешити проблем сиромаштва продајом изворишта компанијама које интересује профит.¹¹ То је апсолутно колизија између права сваког човјека на питку воду и давање извора компанијама које желе што бржу зараду.¹² Воду свакодневно

⁹ Станка Аленке Братушек је свим посланичким групама у словеначком парламенту проследила текст уставног амандмана, којим би се одредило да је право на пијаћу воду универзално право а да послове водоснабдевања могу да обављају само непрофитне јавне службе. Братушек се нада да ће за иницијативу добити потребну двотрећинску подршку. Станка истиче да су у свету све израженији притисци капитала да се присвоје природна богатства, у која спада и вода као основно добро важно за живот. www.vesti.rs/.../Bratusek-predlaze-da-pravo-na-pitku-vodu , 17. 2. 2015.

¹⁰ Неке од познатих страних компанија постале су водећи произвођачи флаширане воде у Србији, а уз купљену фабрику стекли су право од 99 година на експлоатацију природних изворишта воде. Странци су до изворишта воде долазили и преко Београдске берзе куповином акција пунионица воде, што је случај прехранбене индустрије „Колинска“ из Словеније. Ова словенска компанија је 2002. године прва стекла власништво над домаћом пунионицом воде „Паланачки кисељак“ из Смедеревске Паланке тако што је откупила контролни пакет акција на берзи.

¹¹ Jane Lethbridge, Exposing the myths around Public-Private Partnerships A PSIRU briefing for EPSU, <http://www.psiru.org/reports/exposing-myths-around-public-private-partnerships-psiru-briefing-epsu> , 21.mart.2015.

¹² David Hall, Conflicts, companies, human rights and water - A critical review of local corporate practices and global corporate initiatives, 2012.

требају пити, како дјеца, тако и одрасли, због чега је хигијенски исправна вода, изузетно битна у очувању доброг здравља становништва уопште, а посебно дјеце због сигурности да неће добити жутицу, дизентерију и сличну болест, због чега је неопходно обезбједити чиста изворишта, која нису изложена разним врстама загађења, а поготово радиолошком отпаду. Вода се може пити директно са изворишта, из градског водовода или флаширану воду. Треба ријешити дилему која вода је најсигурнија за пиће. Због пестицида који се користе у пољопривреди, потребно је водити рачуна и о квалитету изворишта која се на први поглед налазе у чистој природи, те би таква изворишта воде требала бити потпуно здрава. И за воду из водовода постоје „стандарди“ као и за флаширану воду и обје се могу слободно користити, с тим што су по саставу воде различите, те је у једном региону вода квалитетнија, него у другом, а и различитог састава. У циљу заштите здравља људи од негативног утицаја било које врсте загађења воде намјењене за пиће, на начин да се осигура здравствена исправност воде, Босна и Херцеговина је донијела Правилник о здравственој исправности воде за пиће којим се прописују захтјеви и стандарди које мора испуњавати вода за пиће, те мјере за праћење здравствене исправности воде за пиће.

Република Српска је донијела Правилник о хигијенској исправности воде за пиће, како оне за јавно снабдијевање становништва, тако и флаширане воде за пиће, а надзор над хигијенском исправношћу воде врше санитарна инспекција и јавно-здравствене установе, што значи да санитарна инспекција контролише хигијенску исправност, али не и квалитет воде. И у Босни и Херцеговини и у региону, стандарди о мјерењу воде су слични и углавном показују да је вода бактериолошки исправна, а минерални састав воде је различит од регије до регије, зависно од геолошког састава тла, али и индустрије одређеног подручја, па је и квалитет воде различит. Због тога је од кључне важности заштита изворишта и заштита животне средине. Савремени тренд у свијету је све већа потрошња флаширане воде, лијепо херметички упаковане и праћене добром рекламом, а све у циљу боље зараде. Производња флаширане воде је уносан бизнис и врло профитабилна грана индустрије. Производња воде из водовода, у односу на флаширану воду је скупља, али је однос њихових цијена на тржишту један према хиљаду, у корист флаширане воде. Литар флаширане воде у просјеку кошта колико и кубик воде из водовода. Како би се обезбједило да је флаширана вода чиста и здрава, усвојен је Закон о флашираним питким водама Босне и Херцеговине, којим се регулише

квалитет флаширане воде за конзумацију, те начин обраде и флаширања воде.¹³ Нажалост, квалитет флаширане воде није адекватан њеној цијени, јер се најчешће ради о индустријски прерађеној води из славине, а састав воде је написан веома ситним словима, па је лаицима тешко да препознају параметре са максимално дозвољеним концентрацијама материја за одређене врсте воде и да ли је она ризична за здравље дјете. Колико би родитељ могао имати сазнања и образовања да би могао оцијенити да ли је та вода штетна по његово дијете или не? То је оно знање које се не може очекивати од просјечног човјека. Већ на том кораку родитељ има тешкоће, а је тај ко би му могао помоћи? Сваки родитељ полази од тога да држава не може дозволити у продаји нешто што је штетно за дијете. Та поставка је врло често погрешна. Родитељ је, као и сви други потрошачи у неравноправном положају. Ситна упозорења која пишу на производима су само мала стакалца у потрошачкој игри живота.

3. Угрожавање здравља дјетета неадекватним паковањем воде

Конвенција о правима дјетета је изричита да свако дијете има право да пије чисту воду. У урбаним срединама, у већини случајева, вода није биолошко хемијског састава да би била исправна за пиће, а преко медија се форсира нека „природна минерална вода“, која би требала бити таква да је корисна по здравље и развој дјетета. Држава сматра санитарно исправном флаширану воду у пластичној амбалажи, иако је готово на свакој тој флаши ознака на пластици бројка 1 или ријеч „пет“. То значи да та амбалажа може да се употреби само једанпут и не више. Међутим, шта се дешава приликом транспорта такве воде у јуну, јулу и августу, када та вода достиже топлину ваздуха, а затим се хлади у замрзивачима? С обзиром на то да, приликом промјене температуре, таква врста пластике реагује испуштањем антимона у воду, поставља се питање ко је одговоран за то што се једна тако штетна канцерогена материја испушта у воду коју пију сви, а нарочито дјеца? Докле сеже нехатно понашање родитеља, а докле је у питању евентуални умишљај државе која дозвољава продају воде у таквој врсти амбалаже? Обично је на флашама које на отвору за пиће имају прилагођену цуцлу ознака на дну амбалаже 7, што значи да исто при промјени температуре испушта штетне материје у воду коју пију дјеца. Нормално је да су произвођачи и продаваоци заинтересовани за профит, а држава је та која својим прописима треба заштитити све потрошаче, а нарочито дјецу од куповине прехранбених артикала опасних за здравље. Није довољно испитано, а зна се да молекули воде имају

¹³ Закон о флашираним питким водама БиХ, Службени гласник БиХ бр. 45/2004.

својство да везују за себе свако загађење, било физичко било ријечју, па се може само дјелимично претпоставити колико су погубне посљедице транспорта воде у пластичним флашама и стално мијењање температуре исте, као и складиштење воде у продавницама у близини разних хемијских препарата за прање и чишћење. Локалне заједнице се обично брину о одржавању постојећег водовода у мјесту и граду и хлорисања воде. Често бактериолошки исправна вода за пиће није истовремено ни здрава ни чиста, јер се у њој налази превелика доза хлора. Неадекватно складиштење празних пластичних флаша које родитељи дају својој дјечи да у њих налију воду или разне сокиће који су често чиста хемија, доводе до поновног угрожавања здравља дјеце и њихове осуде на болест већ од најраније доби. Нажалост, и флаше за исхрану малих беба и такозване спортске боце, које се користе у паузама када се жедна дјеча исцрпљена неким спортом одлучују да из њих пију воду или сок, су на дну амбалаже означене бројевима 1 и 7, а што значи да се из те пластике у текућину излучује хемикалија БПА. Неспорна је чињеница да материјал од кога се израђују пластичне боце доказано излучује антимоно, а Међународна агенција за истраживање рака, антимоно је уврстила у узрочнике рака. Присуство антимоноа су у многим пићима из пластичних боца, пронашли и у швајцарском Државном секретаријату за здравље, а његово присуство у минералној води и соковима из пластичних флаша су доказали и у студији Универзитета у Хајделбергу.

Због тога, оно што посебно треба да забрине када је ријеч о флашираној води, је пластична боца односно амбалажа, која је по многим опасна по здравље, јер пластична амбалажа у додиру са водом при већој температури и излагању сунцу ствара различите хемикалије од којих неке имају канцерогено дејство. Вода у пластичној амбалажи садржи многе токсине који путем воде могу завршити у крви, а видљиво је колико пластична амбалажа загађује човјекову околину. Поставља се и питање евентуалног умишљаја државе која дозвољава продају воде у таквој врсти амбалаже.

Најновије студије из Њемачке показују да осим већ познатог БПА (бисфенола), флаширана вода може садржавати преко 20. 000 других отровних хемикалија, а међу њима је и диетилхексил фумарат (ДЕХФ)-хемикалија која омета рад људског хормоналног система. До ових открића су дошли Мартин Вагнер и његов колега Јорг Осхлиман са Универзитета Гете у Франкфурту, заједно са тимом истраживача с њемачког Федералног института за хидрологију, које брине присуство ДЕХФ, хемикалије која се користи за побољшање флексибилности пластичних боца, а поменуто хемикалија омета рад хормоналног система.

Због тога би коришћење флаширане воде, паковане у пластичне боце, требало свести на најмању могућу мјеру и уз то користити различите врсте флаширане воде.

4. Закључак

Да би родитељи извршили своју обавезу да дјетету обезбједе питку воду, дакле да би се примјенила у пракси одредба члана 24. Конвенције о правима дјетета, држава мора омогућити родитељима да свом дјетету прибаве чисту воду. Тешко је замислити начин заштите дјете који би им омогућио да пију здраву питку воду. Све је мање на планети питке воде, а све сиромашније државе са све празнијим буџетима су погодне за наступање компанија које за новац траже и добивају концесије на 99 година за црпљење изворишта воде. Како родитељ да обезбједи питку воду дјетету, ако она номинално постаје од универзалног људског права само предмет продаје и роба доступна онима који имају новац. Смисао Конвенције о правима дјетета није тај да се држава стави у улогу судије између родитеља и дјетета, већ да најприје помогне родитељима и омогући им да својој дјечи дају здраву, чисту воду. Чини се да се номинално могу усвојити стандарди које прописују у овим питањима богатија друштва, али да се они не могу остварити у сиромашном друштву. Право родитеља да буду информисани о сваком значењу произвођачких ознака треба увести као универзално право у пракси, а не само у Конвенцији и законима и подзаконским актима, јер само тако би то био степен у извршавању њихове обавезе да дају чисту питку воду дјетету. Исто тако да им се помогне да више не буде могуће да на једном крају планете умиру жедна дјеца, а на другом се просипа драгоцјена течност. Да не остане право на чисту питку највеће право дјетета у оквиру права на здравље у најнеправеднијој расподјели питке воде одраслих, морају свој глас подићи не само родитељи који не могу извршавати своју обавезу да дјетету дају питку воду, а и сами су жедни, већ сви који воле човјечанство. Воду црпе богате компаније из сиромашних земаља. Извори не могу бити непресушни, а сиромашно друштво је на најтежем путу да поред свега остане и без воде. Зар ни вода неће остати дјечи послје нас, зар нисмо сви једна врста бића на овој планети само људи? Одлуке Европског суда о обавези државе да доведе питку воду до Ромских насеља у Бугарској дају наду, али и тугу родитељима. Мноштво је обавеза родитеља, али како да поступи држава ако су изворишта приватизована, како да изврши налоге суда? Слиједи чињеница да без глобалне праведне расподеле воде не може бити извршења обавезе родитеља да без тешкоћа прибаве својој дјечи чисту и питку воду у свакој земљи потписници

Конвенције. Док има изворишта у државном власништву може се очекивати од државе да помаже родитељима у извршењу обавезе. Холандија је донијела закон којим штити своја изворишта од продаје компанијама, што би могао бити путоказ Босни и Херцеговини и Републици Српској да поступи исто тако, уважавајући све међународно преузете обавезе и услове на свом европском путу.

Stanka Stjepanović, Ph.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Eastern Sarajevo

OBLIGATION OF PARENTS TO PROVIDE TO THEIR CHILDREN CLEAN DRINKING WATER AND POSSIBLE PROBLEMS IN ITS EXECUTION

Summary

The purpose of the Convention on the Rights of the Child is not that the state is put in the role of judge between parent and child, but to first help parents and enable them to give their children a healthy, clean water. It seems that the nominal can adopt the standards prescribed in these matters richer society, but that they can not achieve in a poor society. The right of parents to be informed of any significance producer label should be introduced as a universal right in practice, not just in the Convention and the laws and regulations, because only then it would be a step in the execution of their duty to provide clean drinking water to the child. Also to help them to no longer be possible that at one end of the planet die thirsty children, and the other being spilled precious liquid. Do not leave the right to clean drinking greatest right of the child under the right to health in unfair distribution of drinking water adults must raise their voice not only parents who can not fulfill its obligation to provide child drinking water, and they themselves are thirsty, but all that love humanity. Water draining rich companies from poor countries. Sources may not be inexhaustible, and poor society is the most difficult way to nonetheless remain without water. Do not water will not stay children after us, are not we all a kind of beings on this planet just people? The decisions of the European Court on the obligation of the state to bring drinking water to Roma settlements in Bulgaria give hope and grief parents. The crowd is the responsibility of parents, or how to act if the state privatized the source, how to carry out the orders of the court? The following is the fact that no global equitable

distribution of water can not be executing the obligations of parents to obtain without difficulty their children and clean drinking water in each of the signatory of the Convention. While there are sources of state property can be expected from the state to assist parents in the execution of duties . Netherlands passed a law protecting their sources from the sale of companies, which could be the sign of Bosnia and Herzegovina and the Serbian Republic to act in the same way, taking into account all international commitments and conditions on its European path.

Др Наташа Стојановић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
Др Јелена Видић Трнинић
Доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

ОСТАВИНСКИ ПОСТУПАК У СВЕТЛУ ПРОПИСА О ВАНПАРНИЧНОЈ ПРОЦЕДУРИ И ПРИНЦИП ЈЕДНАКЕ ЗАШТИТЕ ПРАВА НАСЛЕЂА¹

Апстракт: *У раду аутори разматрају сличности и разлике у регулисању поступка за расправљање заоставштине (оставинског поступка), према правилима садржаним у новелираном Закону о ванпарничном поступку Републике Србије и Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије. Нарочита пажња фокусирана је на улогу коју јавни бележници, као повереници судова, имају у оставинским стварима. Аутори дају критички осврт на актуелна решења која могу бити подесна за различито поступање надлежних органа и неједнак третман учесника оставинског поступка, предлажући правне механизме за отклањање уочених непрецизности и недостатака.*

Кључне речи: *ванпарнична процедура, оставински поступак, неједнак третман учесника поступка.*

1. Увод

Пре нешто више од тридесет година, светлост дана угледао је Закон о ванпарничном поступку Републике Србије,² којим су, поред осталог, регулисани и поступци за уређење имовинских односа, укључујући и поступак за расправљање заоставштине (оставински поступак).³

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Утицај европског и прецедентног права на развој грађанског материјалног и процесног права у Србији и Војводини“, који финансира Покрајински секретарита за науку и технолошки развој и пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013 – 2018. године.

² „Службени гласник СРС“, бр. 24/1982, 48/1987; „Службени гласник РС“, бр. 46/1995 – други закон, 18/2005 – други закон, 85/2012, 45/2013 – други закон, 55/2014 и 6/2015). У наставку рада и скраћеница ЗВП.

³ Чл. 87–163 ЗВП.

Многобројна решења садржана у овом законском тексту, када је реч о поступању у оставинским стварима, заправо, нису никаква новина на нашим просторима, будући да су преузета из савезног Закона о наслеђивању⁴ и да имају утемељење у Закону о судском ванпарничном поступку из 1934. године.⁵ Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, пак, као и његов претходник, Правила о поступању у неспорним (ванпарничним) делима,⁶ настали су по угледу на аустријски Царски патент из 1854. године.⁷

Законодавно тело Републике Србије је маја 2014. године, а потом и јануара 2015. године извршило измене и допуне Закона о ванпарничном поступку. У фокусу нашег интересовања јесу правила, садржана у новелираном Закону о ванпарничном поступку Републике Србије, која се односе на оставински поступак, са циљем да се утврди степен „блискости“ са Законом о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, и у којој мери је промењена физиономија овог поступка, у односу на изворну верзију важећег Закона о ванпарничној процедури. Осим тога, циљ овог рада јесте да се испита да ли је изменама и допунама актуелних ванпарничних прописа испоштован Уставом загарантован принцип једнаке заштите права наслеђа учесника оставинског поступка.⁸

2. Начело стицања наслеђа *ipso iure* и начело стицања наслеђа уручењем заоставштине

Закон о ванпарничном поступку прихвата, као и важећи Закон о наслеђивању Републике Србије,⁹ иста начела, као темељне принципе за уређење наследноправних односа. Ту спадају, у првом реду, начело обавезне универзалне сукцесије и начело стицања наслеђа *ipso iure*.¹⁰ Ово правило не налази примену у случају када се наследник, пре правноснажности решења о наслеђивању, одрекне наслеђа, а после тог

⁴ „Службени лист ФНРЈ“, бр. 20/1955; „Службени лист СФРЈ“, бр. 19/1965 и 42/1965.

⁵ „Службене новине“, бр. 175/XLV. У продужетку рада и скраћеница ЗСВП.

⁶ *Правила о поступању у неспорним (ванпарничним) делима*, Београд, 1911.

⁷ О пореклу Закона о судском ванпарничном поступку, опширније видети код: Ф. Горшић, *Коментар ванпарничног поступка са Уводним законом*, Београд, 1935, стр. 121–123.

⁸ Видети: чл. 36, ст. 1 Устава Републике Србије („Службени гласник РС”, бр. 98/2006).

⁹ „Службени гласник РС”, бр. 46/1995, 101/2003 и 6/2015.

¹⁰ О основним начелима нашег наследноправног уређења, детаљније видети код: Н. Стојановић, *Наследно право*, Ниш, 2011, стр. 11–18.

тренутка прихвати наслеђе на накнадно пронађеном делу заоставштине.¹¹ Решење које је, с једне стране, у супротности са начелом стицања наслеђа *ipso iure*, јер се, мора дати наследничка изјава за тај накнадно пронађени део заоставштине, и које се, с друге стране, противи начелу обавезне универзалне сукцесије, јер наследник један део заоставштине наслеђује, а други не.

Чини се још у већој супротности, по овом питању, су Српски грађански законик¹² и Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије. Колико год да се тадашњи законописац трудио да постигне сагласје између ових двају законских текстова, очигледна супротност међу њима огледа се у прихватању опречних принципа. Наиме, на основу садржине пар. 394 Српског грађанског законика, могло би се закључити да је тадашње наследноправно уређење било утемељено на начелу стицања наслеђа *ipso iure*. Међутим, Закон о судском ванпарничном поступку,¹³ а претходно и Правила о поступању у неспорним делима,¹⁴ недвосмислено су, под јаким утицајем аустријског права,¹⁵ прихватили принцип о стицању наслеђа уручењем заоставштине.^{16 17}

¹¹ Видети: чл. 130, ст. 2 ЗВП.

¹² За потребе овог рада коришћен је *Грађански законик Краљевине Србије, протумачен одлукама одељења и Опште седнице Касационог суда* (редакција: Г. Никетић), Београд, 1922.

¹³ Видети: пар. 117–136 ЗСВП.

¹⁴ Видети: пар. 116–129 Правила о поступању у неспорним делима.

¹⁵ Видети: пар. 797–824 Аустријског грађанског законика. За потребе овог рада коришћен је превод Аустријског грађанског законика из 1921. године, аутора Д. Аранђеловића.

¹⁶ У Аустрији је, све до XVI века, у примени био принцип стицања наслеђа *ipso iure*, да би постепено био напуштан, у корист принципа стицања наслеђа уручењем заоставштине. Опширније о томе видети код: N. Gavella, *Pravni položaj nasljednika*, Zagreb, 1983, стр. 21, напомена бр. 2 и тамо наведену литературу.

¹⁷ У правној литератури нема јединственог мишљења на ову тему. Једна група теоретичара сматра да је начело стицања наслеђа *ipso iure* један од темеља у уређењу тадашњих наследноправних односа, без обзира на пропагирање начела стицања наслеђа уручењем заоставштине у Правилима о поступању у неспорним делима, а потом и у Закону о судском ванпарничном поступку (видети: Д. Аранђеловић, *Наследно право с нарочитим обзиром на Грађански законик Краљевине Србије*, Београд, 1925, стр. 100–101; Ж. Перић, *Наследно право, специјални део Грађанског права*, Београд, 1923, стр. 18–21). Друга група посленика правне мисли, пак, закључује да недовољна јасноћа и прецизност одредаба Српског грађанског законика упућују на недвосмислену применљивост начела стицања наслеђа уручењем заоставштине, инкорпорисаног у Закон о судском ванпарничном поступку (видети: Ј. Марковић, *Наследно право, трећа књига Грађанског права*, Београд, 1930, стр.

У односу на начело стицања наслеђа *ipso iure*, којем је својствено да наследник, по правилу, стиче право наслеђа и само наслеђе тренутком делације,¹⁸ без потребе да се изричито изјашњава о пријему истог, код начела стицања наслеђа уручењем заоставштине, лице које претендује на наслеђе мора да дâ изјаву о прихватању наслеђа, да докаже пред судом своје наследноправно овлашћење на конкретној заоставштини, да је испунило све обавезе, и да му, после тога, одлуком суда, она буде предата.

3. Надлежност за расправљање заоставштине

Закон о ванпарничном поступку Републике Србије прописује да је за расправљање заоставштине надлежан суд.¹⁹ Исто решење предвиђа и Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије.²⁰

Критеријуми за одређивање месне надлежности за расправљање заоставштине, садржани у Закону о ванпарничном поступку Републике Србије, унеколико се поклапају са оним прописаним у Закону о судском ванпарничном поступку. Наиме, употребљена формулација суд „опште месне надлежности у грађанским парницама“, у тренутку отварања наслеђа,²¹ у Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, заправо одговара критеријумима пребивалишта, односно боравишта умрлог.²² Неиспуњење првог параметра за одређивање месне надлежности судова за расправљање заоставштине „заменеује се“ критеријумом последњег пребивалишта, односно боравишта на подручју домаће државе, према прописима о ванпарничној процедури Краљевине Југославије, а што експлиците не садрже важећи Закон о ванпарничном поступку. Ако се помоћу овог критеријума не може утврдити надлежност домаћег суда, онда се као последњи параметар узима суд места где се налази већи део непокретности, а уколико их оставилац није имао, онда критеријум већи део његових покретности.²³ Према важећим прописима о

336–337). Поједини аутори, пак, у једном временском раздобљу, дају приоритет у примени начелу стицања наслеђа *ipso iure*, а у другом временском периоду, начелу стицања наслеђа уручењем заоставштине (видети: А. Ђорђевић, *Наследно право у Краљевини Србији*, Београд, 1903, стр. 117–119; А. Ђорђевић, *Наследно право Краљевине Србије*, Београд, 1910, стр. 44).

¹⁸ Ово важи, осим ако му наследноправно овлашћење није ограничено одложним условом или почетним роком.

¹⁹ Видети: чл. 88, ст. 1 ЗВП.

²⁰ Видети: пар. 22 и пар. 23 ЗСВП.

²¹ Ближе појашњење ове формулације видети код: Ф. Горшић, *op. cit.*, стр. 164–165.

²² Видети: пар. 23 ЗСВП.

²³ Исто.

ванпарничној процедури, само је релевантан критеријум место где се налази претежни део заоставштине, без прецизирања, да ли се ту имају у виду оставиочеве непокретности или покретности.²⁴ Дискутабилна је, такође, и неодређеност синтагме „претежни део заоставштине“,²⁵ која се може широко интерпретирати и, самим тим, представљати узрок за неуједначено поступање у пракси.

Очигледно је, и без дубље анализе, да малобројни критеријуми за одређивање месне надлежности судова за расправљање заоставштине, постављени важећим прописима о ванпарничној процедури, у односу на критеријуме побројане у Закону о судском ванпарничном поступку, неће много допринети сигурности правног промета, а могу представљати погодно тле за одуговлачење у расправљању одређене заоставштине.

Иако новелирани Закон о ванпарничном поступку Републике Србије, попут Закона о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, прописује могућност поверавања јавном бележнику, одлуком суда, спровођења оставинског поступка, квалитативна разлика, између ових двају законских текстова, ипак постоји. Према важећем Закону о ванпарничној процедури, овај ванпарнични поступак може се поверити јавном бележнику, ако за то не постоје сметње и када се утврди да је, у конкретном случају, за наслеђивање меродавно право Републике Србије.²⁶ Према Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије јавном бележнику, именованом за дато подручје, поверава се расправљање заоставштине,²⁷ осим ако из важних разлога суд не одлучи да сам поступи у конкретном случају.²⁸ Могућност да се јавном бележнику повери вођење оставинског поступка, према новелираном Закону о ванпарничном поступку Републике Србије, врло вероватно, имаће за последицу различито поступање судова у истој ванпарничној ствари, а потом и разлике у третману учесника оставинског поступка.

Коме ће јавном бележнику бити поверено расправљање одређене заоставштине, ако више њих има службено седиште на подручју једног суда, то је, према новелираном Закону о ванпарничном поступку условљено критеријумом равномерног додељивања предмета и азбучним редом њихових презимена.²⁹ Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије поставља нешто другачије критеријуме,

²⁴ Видети: чл. 88, ст. 2 ЗВП

²⁵ О томе, опширније видети код: Н. Стојановић, *op. cit.*, стр. 396–397.

²⁶ Видети: чл. 110а ЗВП.

²⁷ Видети: пар. 4 и пар. 31, ст. 1 ЗСВП.

²⁸ Видети: чл. 222, ст. 1 Закона о јавним бележницима Краљевине Југославије

„Службене новине КЈ“, бр. 220 – LXXVII. У наставку рада и скраћеница ЗЈБКЈ.

²⁹ Видети: чл. 30в, ст. 3 ЗВП.

одређујући да се оставинска расправа поверава оном јавном бележнику чије се службено седиште налази на подручју где је пребивалиште умрлог, а ако је оставилац живео на више адреса, онда јавном бележнику оног подручја где се налази претежни део његових имовинских права.³⁰ С једне стране, овако утврђени критеријуми, према Закону о судском ванпарничном поступку, су неправични, јер могу допринети већем ангажовању појединих јавних бележника са подручја једног суда. С друге стране, овим критеријумима се, у значајној мери, може олакшати расправљање заоставштине, будући да јавни бележник може ефикасније и економичније прикупити све податке који су потребни за доношење одлуке.

Оно што не садржи новелирани Закон о ванпарничном поступку Републике Србије, а што регулише Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије јесте могућност да наследници сами расправе заоставштину, ако је међу њима најмање један дипломирани правник,³¹ и такву активност затраже од суда у одређеном року, споразумно.³² Дилему, насталу у пракси,³³ да ли у случају таквог расправљања заоставштине могу бити укључена и друга лица (на пример, адвокати), Касациони суд Краљевине Југославије отклонио је одлуком да је недопустиво ангажовање других стручних лица.³⁴

У односу на Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, Закон о ванпарничном поступку Републике Србије не регулише питање надлежности домаћих судова када умрли – домаћи држављанин има заоставштину у иностранству и када оставилац странац има заоставштину у Србији.³⁵

4. Састављање смртовнице

Када је реч о састављању смртовнице, новелирани Закон о ванпарничном поступку Републике Србије не одступа много од свог „претка“, Закона о судском ванпарничном поступку Краљевине

³⁰ Видети: пар. 31, ст. 3 ЗСВП.

³¹ Овај услов није прописивао Закон о јавним бележницима Краљевине Југославије.

³² Видети: пар. 31, ст. 2 ЗСВП.

³³ О томе, опширније видети код: М. Krešić, *Zakon o javnim bilježnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1930.: sudjelovanje javnog bilježnika u ostavinskom postupku – iskustva iz prošlosti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 63 (2), 2013, стр. 371–372.

³⁴ Видети: одлуку прве пуне седнице Касационог суда Краљевине Југославије од 5. јуна 1934. године, бр. П.С.И, о тумачењу пар. 222, ст. 2 Закона о јавним бележницима, „Службене новине КЈ“, бр. 169 – XLIII.

³⁵ Ова правила садржана су у пар. 24–27 ЗСВП.

Југославије, у погледу субјеката који могу предузети ову радњу. Према важећим прописима о ванпарничној процедури, то могу бити: јавни бележник, сам суд или судијски помоћник, ван суда, док Закон о судском ванпарничном поступку у те субјекте убраја: матичара („водиоца матице умрлих“), јавног бележника, суд (судског изасланика, ван суда или самог судију) и судског повереника.³⁶ При томе, овај законски текст прописује искључиву надлежност јавног бележника за састављање смртовнице, за све смртне случајеве који су се догодили у седишту средског суда, под условом да је именован за дато подручје.³⁷

Оно што је врло уочљиво јесте да, када је у питању обавештавање оставинског суда о наступању чињенице смрти одређеног лица, Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије прописује много краћи рок (од 10 дана од извршеног уписа у матичну књигу умрлих),³⁸ у односу на Закон о ванпарничном поступку Републике Србије (30 дана, од извршеног уписа чињенице смрти у матичну књигу умрлих).³⁹ Законописац се у ванпарничним прописима Краљевине Југославије више руководи начелом ефикасности и код достављања смртовнице, од стране њеног састављача, суду, прописујући да то мора урадити без одлагања,⁴⁰ док Закон о ванпарничном поступку предвиђа рок од 30 дана, од дана када је јавни бележник примио решење да му је поверено састављање смртовнице.⁴¹

Наведена правила, садржана у Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, нарочито добијају на тежини и квалитету ако се узме у обзир чињеница да састављач смртовнице мора што пре испитати све околности од значаја за расправу заоставштине умрлог, нарочито ако о заоставштини нема ко да брине или она може бити „разграбљена“, као и да до потребних података долази не само што их тражи од сродника умрлог, лица са којима је он живео, или његових познаника, већ и обилазећи стамбене или пословне просторије оставиоца.⁴²

За разлику од Закона о ванпарничном поступку Републике Србије, који једном штуром одредбом предвиђа дужност састављача смртовнице да провери (није наведено како), да ли је умрли оставио изјаву последње воље, Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије

³⁶ Упоредити: чл. 92, чл. 94 ЗВП са пар. 32–34 ЗСВП.

³⁷ Видети: пар. 32–34 ЗСВП.

³⁸ Видети: пар. 32, ст. 1 ЗСВП.

³⁹ Видети: чл. 92, ст. 1 ЗВП и пар. 32, ст. 1 ЗСВП.

⁴⁰ Видети: пар. 46, ст. 1 ЗСВП.

⁴¹ Видети: чл. 92, ст. 4 ЗВП.

⁴² Видети: пар. 35, ст. 1 и 2 ЗСВП.

прецизно наводи шта све он мора да уради да би сазнао за постојање исте. У том правцу, он је овлашћен да, и без дозволе суда, у ситуацијама које не трпе одлагање, и ако је потребно, уз примену одговарајућих принудних средстава, отвори и прегледа стан, пословне просторије, сефове, кутије, ормане, касе и друга „спремништа“ оставиоца са циљем проналажења завештања или других исправа од значаја за расправљање заоставштине. Ове радње може предузимати искључиво у присуству пунолетних укућана умрлог, а ако њих нема, онда у присуству двају сведока „који заслужују поверење“.⁴³ И не само то, састављач смртовнице, уколико је то судија или јавни бележник, дужан је, ако околности конкретног случаја налажу да што пре сазна ко је наследник оставиоца, да још приликом састављања смртовнице, пронађено завештање прогласи⁴⁴ и узме наследничке изјаве од наследника, који у конкретном случају наслеђују.⁴⁵

5. Попис и процена заоставштине

Када је о попису и процени заоставштине реч, новелирани Закон о ванпарничном поступку Републике Србије регулише их са укупно шест чланова.⁴⁶ Насупрот томе, Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије за овај институт има назив „попис заоставштине“ и уређује га детаљно са 20 параграфа,⁴⁷ посебно стављајући акценат на начин пописа свих компоненти које чине активу и пасиву заоставштине.

Детаљна правила о начину пописа свега онога што чини заоставштину оставиоца, садржана у Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, сасвим сигурно, сужавају простор за различито поступање органа, овлашћених да ову меру спроведу.

И док је према важећем Закону о ванпарничној процедури, предузимање ове мере за утврђивање састава и вредности заоставштине у надлежности јавног бележника, по одлуци суда, а изузетно, када он не обави поверени посао „у рукама судијског помоћника“,⁴⁸ Закон о судском ванпарничном поступку предвиђа шири спектар могућности у погледу субјеката који могу предузимати ову меру. Према слову закона, имају се у виду: судски изасланик; у нарочито важним случајевима, два судска

⁴³ Видети: пар. 37 ЗСВП.

⁴⁴ Видети: пар. 38 ЗСВП.

⁴⁵ Видети: пар. 90, ст. 4 ЗСВП.

⁴⁶ Видети: чл. 96–101 ЗВП.

⁴⁷ Видети: пар. 69–88 ЗСВП.

⁴⁸ Видети: чл. 96, ст. 1 и чл. 99, ст. 2 ЗВП.

изасланика; јавни бележник, или, када је заоставштина мање вредности, представник општинске власти.⁴⁹

Оно по чему се ова два законска текста посебно разликују, када је реч о попису и процени заоставштине, јесте, да према Закону о ванпарничном поступку Републике Србије присуство вештака није обавезно, а према Закону о ванпарничној процедури Краљевине Југославије, је правило.⁵⁰ Штавише, обавезно је присуство два заклета вештака у случају да се процењују непокретности, покретности „особите“ вредности, обимније збирке књига, уметничка дела и реткости.⁵¹

Одређивање вештака за процену заоставштине када то изискују потребе, према Закону о ванпарничном поступку Републике Србије, може представљати погодан механизам за различито поступање у пракси, за укључивање и нестручних лица у овај поступак, и, као последица свега тога, неједнак положај странака у оставинском поступку.

Када је реч о вршењу пописа и процене заоставштине према службеној дужности, ту Закон о ванпарничном поступку Републике Србије, у начелу, остаје веран решењима садржаним у Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, изузев када се наследник прихвати наслеђа са благодетом пописа и у случају одређивања заменика код фидеикомисарне супституције. Осим тога, предузимање ове мере *ex officio* врши се и када само један од наследника није познат или се не зна његово пребивалиште, односно боравиште или није својевластан.⁵² У односу на важећи Закон о ванпарничној процедури, Закон о судском ванпарничном поступку изричито прописује да се попис заоставштине мање вредности обавезно врши у време састављања смртовнице.⁵³

6. Мере за обезбеђивање заоставштине

Новелирани Закон о ванпарничном поступку Републике Србије, по угледу на Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије,⁵⁴ у привремене мере за обезбеђивање заоставштине, поред постављања чувара заоставштине и предаје новца, хартија од вредности, разних драгоцености, штедних књижица и других важних исправа на чување суду (решење већ садржано у изворној верзији), уврштава и печатење оставиоачевог стана, појединих просторија у њему или других

⁴⁹ Видети: пар. 70 ЗСВП.

⁵⁰ Видети: пар. 71 ЗСВП.

⁵¹ Видети: пар. 79, ст. 1 ЗСВП.

⁵² Видети: пар. 69 ЗСВП.

⁵³ Видети: пар. 72 ЗСВП.

⁵⁴ Видети: чл. 39, ст. 2 ЗСВП.

просторија, у власништву оставиоца, као и предају, горе побројаних покретности из оставинске масе, на чување јавном бележнику, на чијем се подручју та добра налазе.⁵⁵

Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије под синтагмом „стављање заоставштине под печат“ практично подразумева печатење појединих стамбених или пословних целина, и у оквиру њих, стављање печата на ормане, касе, сандуке или друга „спремишта“ у којима су смештени документација оставиоца и покретности веће вредности, осим готовог новца, хартија од вредности, драгоцености, штедних књижица и других важних исправа, које састављач смртовнице предаје суду. Печатење заоставштине обавезно подразумева поверавање исте, „до даље судске наредбе“, члану породичног домаћинства оставиоца или другом поузданом лицу, које је, поред осталог, овлашћено и да продужи вођење домаћинства, као и да подмири погребне и друге трошкове који захтевају хитну исплату.⁵⁶

Према новелираном Закону о ванпарничном поступку Републике Србије, надлежни орган управе није више субјекат који, у хитним случајевима, треба да нареди предузимање одговарајућих радњи, са циљем очувања супстрата заоставштине. Одлуку о предузимању привремених мера за обезбеђивање заоставштине може да донесе, без обзира на хитност случаја, суд, на чијем је подручју наступила смрт оставиоца, суд, на чијој се територији налази заоставштина или јавни бележник коме је састављање смртовнице поверено.⁵⁷ С једне стране, на овај начин, постављен је бољи систем очувања заоставштине, јер више субјеката, који су јасно видљиви, могу да томе допринесу. С друге стране, правно-технички непрецизно сроченом формулацијом, уз употребу везника „и“, уместо везника „или“ проистиче да се одговарајућа мера за обезбеђивање заоставштине може одредити само заједничком одлуком свих трију наведених субјеката, што је правно бесмислено. У круг субјеката које Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије овлашћује за одређивање мера за обезбеђивање заоставштине спадају: састављач смртовнице и средњи суд оног подручја на коме је оставилац умро.⁵⁸

Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије прописује да је „стављање заоставштине под печат“, поред случајева наведених у важећим прописима о ванпарничној процедури у Републици

⁵⁵ Видети: чл. 102, ст. 1 ЗВП.

⁵⁶ Видети: пар. 41 ЗСВП.

⁵⁷ Видети: чл. 102, ст. 1 ЗВП.

⁵⁸ Видети: пар. 35, ст. 3 и пар. 40 ЗСВП.

Србији,⁵⁹ могуће и када пасива заоставштине премашује њену активу, као и код примене института *separatio bonorum*, на захтев нужних наследника, легатара или поверилаца оставиоца.⁶⁰

У односу на Закон о ванпарничном поступку Републике Србије, Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије садржи детаљна правила о „стављању под печат“, покретности веће вредности, осим оних које се предају суду, затим покретности које служе за задовољавање кућних потреба и за наставак рада одређене пословне целине, као и за поступање са покретностима које су подложне кварењу или се не могу затворене чувати, и слично.⁶¹ Ћутање актуелног српског законодавца на ову тему може имати за последицу различито поступање надлежних органа, приликом предузимања ове мере и, по правилу, неједнак третман учесника оставинског поступка.

Као посебну меру за обезбеђивање заоставштине, Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије уређује задржавање сразмерног дела заоставштине (оставиочевих покретности) са циљем заштите интереса оних наследника или легатара који су одсутни или нису способни да управљају својим наследством.⁶²

Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије прописује, за разлику од важећих прописа о ванпарничној процедури, поступање састављача смртовнице са заоставштином државног службеника, духовника, јавног бележника или војног лица.⁶³ Осим тога, овим законским текстом предвиђена је могућност, посебног регулисања састављања смртовнице и вођења оставинске расправе за лица која су умрла у јавним болницама или другим јавним установама.⁶⁴

7. Проглашење изјаве последње воље

Поступак за проглашење завештања, према важећем Закону о ванпарничном поступку Републике Србије, уређен је на готово истоветан начин као и у Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије.

Минимална одступања приметна су, рецимо, код садржине записника о проглашењу завештања. Закон о ванпарничном поступку

⁵⁹ Видети: чл. 102, ст. 2 ЗВП.

⁶⁰ Видети: пар. 39, ст. 2 и пар. 40 ЗСВП.

⁶¹ Видети: пар. 41 ЗСВП.

⁶² Видети: пар. 44 ЗСВП.

⁶³ Видети: пар. 45 ЗСВП.

⁶⁴ Видети: пар. 48 ЗСВП.

захтева да се у записник унесе и садржина проглашеног завештања,⁶⁵ а Закон о судском ванпарничном поступку не.⁶⁶ Осим тога, другоспоменути правни извор регулише проглашење кодицила и уговора о наслеђивању, као дозвољених правних послова.⁶⁷

Иако Закон о ванпарничној процедури Краљевине Југославије као субјекта који је, по правилу, надлежан за проглашење изјаве последње воље одређује суд на чијем је подручју оставилац умро,⁶⁸ у правној литератури се, без покрића у закону,⁶⁹ дају шира овлашћења јавном бележнику, у погледу ове ванпарничне процесне радње.⁷⁰

Када је расправљање заоставштине поверено јавном бележнику, према Закону о јавним бележницима Краљевине Југославије, он је овлашћен, у вези проглашења усменог завештања, да саслуша сведоке код овог облика завештања, ако се те изјаве дају без заклетве. У супротном, изјаве узима надлежни судија.⁷¹

Новелирани Закон о ванпарничном поступку Републике Србије, мада указује на могућност оставинског суда да јавном бележнику повери одређене ванпарничне процесне радње, само проглашење завештања изричито не спомиње, за разлику, рецимо од састављања смртовнице, пописа и процене заоставштине, као и одређивања привремених мера за обезбеђивање заоставштине.⁷²

Мишљења смо да нема никаквих препрека да и ова ванпарнична радња буде поверена јавном бележнику, не само приликом састављања смртовнице,⁷³ већ до окончања првостепеног поступка за расправљање заоставштине, јер то није „судски посао у смислу суђења“, а знатно може растеретити судове и олакшати положај учесника оставинског поступка, нарочито ако у местима у којима живе нема надлежних судова.⁷⁴ Будући

⁶⁵ Видети: чл. 107, ст. 1 ЗВП.

⁶⁶ Видети: пар. 50 ЗСВП.

⁶⁷ Видети: пар. 49 и пар. 56 ЗСВП.

⁶⁸ Видети: пар. 30 и пар. 49 ЗСВП.

⁶⁹ У односу на пар. 38 ЗСВП.

⁷⁰ О томе, детаљније видети код: М. Крешић, *op. cit.*, стр. 378.

⁷¹ Видети: пар. 221, ст. 2, тач. 1 и ст. 3 ЗЈБКЈ.

⁷² Видети: чл. 30, ст. 1 ЗВП.

⁷³ Овакво решење било је прописано Законом о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, на основу пар. 38, за проглашење завештања, и на основу пар. 90, ст. 4, за давање наследничке изјаве.

⁷⁴ Видети: А. Јаневски, *Ванпарничне ствари које би суд могао да повери нотарима*, Правни живот, тематски број „Право и демократска култура“, том IV, бр. 12/2003, стр. 71; А. Јаневски, *Улога нотара у растерећењу судова у ванпарничним стварима у Републици Македонији*, Зборник радова „Двадесет година Закона о ванпарничном поступку“, Ниш, 2003, стр. 49; М. Трговчевић-Прокић, *Овлашћења јавног бележника*,

да слово закона, у овом случају може бити различито интерпретирано, чини се оправданим да се уз уз ову процесну радњу наведе да ли се она поверава или може бити поверена јавним бележницима, независно од тога да ли им је поверено и расправљање заоставштине.

8. Обустављање или неспровођење оставинског поступка

За разлику од Закона о ванпарничном поступку Републике Србије, који прописује да се оставински поступак обуставља у случају да оставилац нема имовину или да у оставинској маси има покретности, а нико од наследника не тражи расправљање заоставштине,⁷⁵ Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије садржи квалитетно другачије решење.⁷⁶ Наиме, у ситуацији да умрли нема имовину или да је оставио покретности које законом не прелазе одређени новчани износ, оставински поступак се не спроводи, по принципу „штета од дангубе и трошкови поступка не стоје у сразмери са вриједношћу заоставштине.”⁷⁷ Иако је ово решење директно супротно начелу стицања наслеђа уручењем заоставштине, оно је у извесној мери ублажено правилом да се могућим наследницима омогућава, одлуком суда, ступање у државину покретних ствари или остваривање других права из заоставштине.⁷⁸ Исто се дешава и у случају отварања стечаја над заоставштином, услед неспособности за плаћање (инсолвентности) или презадужености.⁸⁰ Међутим, када је заоставштина незнатна по својој вредности, те има места препуштања заоставштине повериоцима, ради наплате приоритетних потраживања (*iure crediti*),⁸¹ спроводи се *de facto* сумарни оставински поступак, који замењује стечајни поступак.⁸² Иначе, ова два института савремено српско право не познаје.

Београд, 2007, стр. 134. Г. Станковић, Љ. Мандић, *Ванпарнично процесно право*, Косовска Митровица, 2013, стр. 234 и 240. Супротно мишљење видети код: Ј. Crnić, М. Dika, В. Hrvatin, О. Jelčić, Т. Josipović, Ј. Matko Ruždjak, Z. Koharić, *Novo nasljednopravno uređenje*, Zagreb, 2003, стр. 157.

⁷⁵ Видети: чл. 113 ЗВП.

⁷⁶ Видети: пар. 59 ЗСВП.

⁷⁷ F. Žilić, M. Šantek, *Zakon o sudskom vanparničnom postupku (vanparnični postupak) i Uvodni zakon za Zakon o sudskom vanparničnom postupku s tumačem i sudskim rješidbama te stvarnim kazalom*, Zagreb, 1934, стр. 319.

⁷⁸ Видети: пар. 59, ст. 3 ЗСВП.

⁷⁹ О томе, опширније видети код: F. Žilić, M. Šantek, *op. cit.*, стр. 318.

⁸⁰ Видети: пар. 61 ЗСВП.

⁸¹ Видети: пар. 60 ЗСВП.

⁸² Видети код: F. Žilić, M. Šantek, *op. cit.*, стр. 321–322.

Сматрамо да је решење, садржано у Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, о непокретању оставинског поступка, када оставилац нема заоставштину или је она незнатне вредности, више у служби ефикасног и економичног деловања оставинских судова.

Осим тога, и правило о вођењу, по службеној дужности, овог ванпарничног поступка, када оставинску масу чине покретности веће вредности, има више оправдања, будући да се: наследницима олакшава остваривање права наслеђа, смањује могућност покретања парничног поступка између претендата на наслеђе, због спора о саставу и вредности заоставштине, и постиже виши степен извесности за трећа лица у погледу тога ко ступа у права и обавезе оставиоца.

9. Давање наследничке изјава

Закон о ванпарничном поступку Републике Србије, поштујући начело стицања наслеђа *ipso iure*, не инсистира на томе да наследник даје изјаву којом прихвата наслеђе.⁸³ За њега се, према слову закона, претпоставља да је наслеђе прихватио, ако се до окончања првостепеног оставинског поступка није одрекао наслеђа.⁸⁴ За разлику од овог прописа, Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије захтева од лица које је своје право наслеђа учинило довољно вероватним⁸⁵ да мора да да изјаву о пријему наслеђа, у усменој или писаној форми, оставинском суду. У супротном, не може наследити оставиоца.⁸⁶

Закон о ванпарничној процедури Краљевине Југославије регулише давање безусловне изјаве о пријему наслеђа и изјаве о прихватању наслеђа са привилегијом пописа заоставштине.⁸⁷

У погледу формалних захтева, за давање наследничке изјаве, важећи Закон о ванпарничном поступку садржи готово иста решења као и Закон о ванпарничној процедури Краљевине Југославије.⁸⁸

Када су питању наследничке изјаве, решење које завређује посебну пажњу, а садржано је у Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, јесте оно које нормира ситуацију давања опречних наследничких изјава у погледу истог дела заоставштине или целокупне заоставштине. У односу на опште одредбе овог законског

⁸³ Видети: чл. 115, ст. 2 ЗВП.

⁸⁴ Видети: чл. 115, ст. 3 ЗВП.

⁸⁵ Видети: пар. 95, ст. 5 ЗСВП.

⁸⁶ Видети: пар. 93 ЗСВП.

⁸⁷ Видети: пар. 94, ст. 1 ЗСВП.

⁸⁸ Упоредити: чл. 118 ЗВП и пар. 95 ЗСВП.

текста, које садрже правило да претходно питање може бити препуштено на решавање парничном суду, односно управном органу, или остављено самом оставинском суду,⁸⁹ код опречних наследничких изјава поступило се другачије. Наиме, настали спор мора се решити у парници, и у улогу тужиоца, као процесно тежу улогу, упутити се она странка за коју сам Закон каже да јој је право мање основано.⁹⁰ Дакле, за разлику од Закона о ванпарничном поступку Републике Србије који, као тужиоца, на парницу увек упућује учесника поступка чије је право мање вероватно, препуштајући суду да, у конкретном случају, сам процени које је то лице,⁹¹ Закон о ванпарничној процедури Краљевине Југославије сам одређује субјекте који, од ситуације до ситуације, имају положај тужиоца, овлашћујући оставински суд да он једино може донети решење о упућивању странака на парницу, у случају давања противуречних наследничких изјава.⁹²

Тако, када се сукобе наследноправне претензије наследника који се позивају на наслеђе, на основу уговора о наслеђивању и завештања, на парницу се, као тужилац, упућује наследник на основу завештања, будући да је оно слабији правни основ позивања на наслеђе у односу на уговор о наслеђивању. Ово важи само под условом да није образложено оспорена пуноважност јачег правног основа наслеђивања. Уколико су противуречне изјаве наследника на основу завештања и на основу закона, парнични поступак, у улози тужиоца, редовно треба да покрене наследник на основу закона, опет уз услов да није аргументовано оспорена пуноважност завештања. У случају да се изјаве наследника који се позивају на исти правни основ, сукобе, на парницу се, у својству тужиоца, упућује онај наследник који претходно треба да обеснажи јачи „наслов“ (на пример, наследник који своје наследноправно овлашћење „црпе“ из раније састављеног завештања, против оног који за основ наслеђивања има касније састављено завештање). Наравно, под условом да се тај јачи правни основ наслеђивања образложено не оспори.⁹³

Нема сумње да решење, садржано у актуелном Закону о ванпарничној процедури о одређивању процесних улога – тужиоца и туженог од стране суда, код постојања услова за прекид оставинског поступка, у случају спора због одређених правно релевантних чињеница, више ангажује сам оставински суд, у односу на оно што је предвидео

⁸⁹ Видети: пар. 10, ст. 2 ЗСВП.

⁹⁰ Видети: пар. 98 ЗСВП.

⁹¹ Видети: чл. 23, ст. 2 ЗВП.

⁹² Видети: пар. 221, ст. 2, тач. 3 ЗЈБКЈ.

⁹³ Видети: пар. 99 ЗСВП.

Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије. Збуњује, међутим, чињеница да се у оваквим ситуацијама уопште прекида оставински поступак, будући да у овом ванпарничном поступку доминира истражно начело.⁹⁴

По угледу на Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, Закон о ванпарничном поступку Републике Србије садржи готово идентична решења у погледу: ситуације када није познато да ли оставилац има наследнике, када се не зна пребивалиште неког од њих, као и правног положаја старатеља заоставштине.^{95 96}

За разлику од Закона о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, који са циљем заштите интереса повериоца заоставштине, у оквиру расправљања заоставштине уређује, поступак позивања поверилаца ради пријаве њихових потраживања, према заоставштини умрлог, и саму радњу пријављивања потраживања,⁹⁷ Закон о ванпарничном поступку Републике Србије нема таквих решења.⁹⁸

10. Надлежност за расправљање заоставштине иностраних органа

Закон о ванпарничном поступку не садржи, попут Закона о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, решења о поступању домаћих судова, када је за расправљање заоставштине надлежан инострани орган и о пророгацији надлежности домаћих судова.⁹⁹ При томе, мора се имати у виду да је правни вакуум у регулисању ових питања настао ступањем на правну снагу изворне верзије Закона о ванпарничном поступку, а да су савезни Закон о наслеђивању из 1955. и Закон о наслеђивању Републике Србије из 1974.

⁹⁴ На ту нелогичност већ је указано у правној литератури: Видети: С. Цуља, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије, Ванпарнични поступци*, Београд, 1938, стр. 593; В. Ракић-Водинелић, *(Не)потребност ванпарничног поступка*, Правни живот, бр. 1/1990, стр. 21–22; Ј. Crnić, *et alia, op. cit.*, стр. 186.

⁹⁵ Упоредити: чл. 116 ЗВП, чл. 210–211 ЗН и пар. 101–104 ЗСВП.

⁹⁶ На неоправданост уношења у текст Закона о наслеђивању Републике Србије ових решења процесно-правног карактера, видети код: Н. Стојановић, *Поступак за расправљање заоставштине у Закону о ванпарничном поступку Републике Србије*, Зборник радова „Двадесет година Закона о ванпарничном поступку Републике Србије”, Ниш, 2003, стр. 226.

⁹⁷ Видети: пар. 106–107 ЗСВП.

⁹⁸ О позитивним странама овог института, опширније видети код: Н. Стојановић, *У којој мери прописи о наслеђивању Републике Србије штите оставиоцеве повериоце*, Правни живот, тематски број „Право и слобода“, том III, бр. 11/2007, стр. 628–629.

⁹⁹ Видети: пар. 108–112 ЗСВП.

године нормирали ову проблематику.¹⁰⁰ Овакав пропуст у регулисању једног важног питања из домена наслеђивања, теорија образлаже омашком законодавца у Републици Србији, учињеном у време доношења овог законског текста, приликом одвајања материјалноправних и процесноправних одредаба, посвећених установи наслеђивања.¹⁰¹

11. Положај могућих наследника до уручења заоставштине, према Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије

Иако, *de facto*, према Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, наследник до предаје наследства, одлуком суда, нема право располагања истим, ово правило ублажено је прописом који омогућава суду да, наследнику који је дао изјаву о пријему наслеђа и чије је право наслеђа учињено довољно вероватним, препусти заоставштину на управу, уколико то није у супротности са интересима других лица. Штавише, исти пропис дозвољава, уз одобрење суда, да наследник може располагати наслеђеним добрима (посебно ако су она подложна кварењу или чије држање изискује несразмерне трошкове), залагати их, наплаћивати потраживања, са циљем исплате трошкова, нарочито оних наложених изјавом последње воље, трошкова сахране или трошкова у сврху отклањања очигледне штете.¹⁰² Још повољнија позиција је оног наследника чије је право наслеђа доказано као „неограничено и искључиво“. Он може и без уручења заоставштине, уз дозволу суда, располагати одређеним наслеђеним добрима, не условавајући та располагања исплатом било каквих трошкова. Ово под условом да је остатак заоставштине довољан за намирење обавеза, или ако на то пристану представници финансијске власти, односно они којих се та располагања тичу.¹⁰³ Уколико је расправљање заоставштине поверено јавном бележнику, он није, према слову закона, овлашћен да одобрава отуђење наслеђених добара, већ то може учинити само оставински суд.¹⁰⁴

¹⁰⁰ У том правцу видети: чл. 236–238 савезног Закона о наслеђивању и чл. 223–225 раније важећег Закона о наслеђивању Републике Србије („Службени гласник СРС”, бр. 52/1974, 1/1980, 25/1982 и 48/1988).

¹⁰¹ О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2007, стр. 401–402.

¹⁰² Видети: пар. 114, ст. 1 ЗСВП.

¹⁰³ Видети: пар. 114, ст. 2 ЗСВП.

¹⁰⁴ Видети: пар. 221, ст. 2, тач. 4 ЗЈБКЈ.

12. Стицање наслеђа

За разлику од савременог српског наследноправног уређења, у којем се, због примене начела стицања наслеђа *ipso iure*, решењем о наслеђивању само утврђују наследноправна дејства смрти једног лица,¹⁰⁵ Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, због прихватања начела стицања наслеђа уручењем заоставштине, регулише одлуку о уручењу (предаји) наследства.¹⁰⁶ Та судска одлука, осим тога што је мериторна и коначна, има двоструку природу. С једне стране, она је декларативног карактера – када је реч о праву наслеђа, а с друге стране, конститутивна – када је у питању стицање идеалне државине заоставштине.¹⁰⁷

Одлуку о предаји наследства овлашћен је да донесе судија оставинског суда, чак и када је расправљање заоставштине поверено јавном бележнику.¹⁰⁸ Доношењу ове одлуке, према слову закона, претходи испуњавање прописаних услова: да ја доказано право наслеђа одређеног наследника; да је он намирио, или, барем обезбедио исплату наследне таксе, и да је испунио или обезбедио испуњење својих обавеза, наређених од стране оставиоца, уговором о наслеђивању или завештањем.¹⁰⁹

И поред разлика у правном карактеру одлука којом се окончава оставински поступак, према важећем Закону о ванпарничној процедури и Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, оно што их, донекле, приближава, тиче се њихове реализације. Наиме, упис права својине и других права у одговарајуће регистре непокретности или друге јавне књиге, као и предаја покретности које се чувају у суду, могу се остварити само ако наследник пружи доказе да је извршио или обезбедио извршење обавеза, наложених изјавом последње воље, у корист несвојевласних лица или за постизање какве општекорисне сврхе.^{110 111}

Такође, у оставинском поступку, регулисаног како Законом о ванпарничном поступку Републике Србије, тако и Законом о судском

¹⁰⁵ Видети: чл. 122 ЗВП.

¹⁰⁶ Видети: пар. 136 ЗСВП.

¹⁰⁷ Детаљније о томе, видети код: N. Gavella, *op. cit.*, стр. 19–21.

¹⁰⁸ Видети: пар. 221, ст. 2, тач. 6 ЗЈБКЈ.

¹⁰⁹ Видети: пар. 136, у вези са пар. 117 ЗСВП.

¹¹⁰ Упоредити: чл. 124 ЗВП и пар. 121, као и пар. 122 ЗСВП.

¹¹¹ Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије исто решење предвиђа, уколико постоји сумња да је нужни део, у корист несвојевласних лица, измирен или обезбеђено његово измирење. Видети: пар. 125 ЗСВП.

ванпарничном поступку Краљевине Југославије, могуће је постизање, уз посредство суда, споразума међу наследницима о подели заоставштине.¹¹²

Иако важећи Закон о ванпарничној процедури говори о могућности доношења решења о легату,¹¹³ Закон о судском ванпарничном поступку нормира издавање потврде о легату.¹¹⁴ Оно у чему се ова два законска текста приближавају јесу услови који морају да буду испуњени да би се донело решење о легату, односно издала потврда о легату: да легатар то захтева и да му наследници не оспоравају право на легат.

13. Наследноправни захтеви после правноснажности решења о наслеђивању, односно одлуке о уручењу заоставштине

Када је реч о наследноправним захтевима који се могу изјавити после правноснажности решења о наслеђивању, према важећем Закону о ванпарничном поступку, односно правноснажности одлуке о уручењу заоставштине, према Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, приметне су уочљиве разлике. Важеће законодавство о ванпарничној процедури у Републици Србији регулише четири врсте ових ванредних правних средстава *sui generis*, који се односе на: накнадно пронађени део заоставштине, новопојављеног наследника, накнадно пронађено завештање и постојање разлога за понављање поступка према правилима парничне процедуре.¹¹⁵ Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије нормира само два захтева у вези: накнадно пронађене заоставштине и накнадно пронађеног завештања или уговора о наслеђивању.¹¹⁶ Суштински посматрано, између наведених решења, важећих и некадашњих прописа, у погледу нормираних наследноправних захтева, нема разлике.

14. Закључна разматрања

Закон о ванпарничном поступку Републике Србије и, посредно, његов претходник, Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, садрже, поред уочених разлика, више, готово идентичних решења, којима се уређује оставински поступак.

¹¹² Упоредити: чл. 122, ст. 2 ЗВП и пар. 127–132 ЗСВП.

¹¹³ Видети: чл. 126 ЗВП.

¹¹⁴ Видети: пар. 137 ЗСВП.

¹¹⁵ Видети: чл. 128–131 ЗВП.

¹¹⁶ Видети: пар. 142 и пар. 143 ЗСВП.

Та блискост нарочито је појачана изменама и допунама актуелног Закона о ванпарничној процедури из 2014. године, које, између осталог, омогућавају суду да јавном бележнику повери спровођење оставинског поступка и предузимање појединих процесних радњи које се односе на расправљање заоставштине.

Закон о ванпарничном поступку Републике Србије није се, ипак, у свему угледао на свог „претка“. У првом реду, имамо у виду да су поједине ванпарничне процесне радње штуро регулисане (на пример, попис и процена заоставштине и печашење заоставштине). Затим, неке друге процесне радње, иако могу имати утицаја на сигурност правног промета, актуелни Закон о ванпарничној процедури не регулише (примера ради, поступање суда када је за расправљање заоставштине надлежан инострани орган или позивање поверилаца оставиоца, ради пријаве потраживања). И не мање битно, важећи Закон о ванпарничном поступку не уважава, у довољној мери, начела ефикасности и економичности, што се најбоље може видети у случају састављања смртвонице.

Оно што је сасвим сигурно, у новелираном Закону о ванпарничном поступку Републике Србије постоје решења која могу узроковати различито поступање надлежних органа у оставинским стварима и самим тим, довести у питање једнакост грађана у остваривању и заштити Уставом загарантоване категорије – права наслеђа.

Овде првенствено мислимо на то да се оставински поступак може, а и не мора поверити јавном бележнику, што зависи од дискреционе оцене надлежног суда. Затим, да није јасно одређено, да ли поједине ванпарничне процесне радње (на пример, проглашење завештања и узимање наследничких изјава) јавни бележник може предузимати и без тога да ли му се оставински поступак у целини поверава.

Прављењу разлика између учесника поступка за расправљање заоставштине може допринети и уско регулисање начина пописа компоненти активе и пасиве заоставштине и поступка печашења заоставштине, као и непостојање решења којим се уређује поступање домаћих органа, када је расправљање заоставштине у надлежности органа друге државе.

Отклањањем учених непрецизности и недостатака из текста важећег Закона о ванпарничној процедури биће створен повољнији правни амбијент за уједначено поступање надлежних органа у оставинским стварима и самим тим, спречавање разлика у третману учесника поступка за расправљање заоставштине.

Nataša Stojanović, Ph.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

Jelena Vidić Trninić, Ph.D.

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Novi Sad

**PROBATE PROCESS IN LIGHT OF THE REGULATIONS ON
EXTRAJUDICIAL PROCEDURE AND THE PRINCIPAL OF EQUAL
PROTECTION CONCERNING THE RIGHT TO INHERITANCE**

Summary

In the paper, the authors consider the similarities and differences in regulating the procedure for conducting probate estate (probate proceedings), according to the regulations contained in the amended Law on Extrajudicial Proceedings of the Republic of Serbia and the Law on Judicial Extrajudicial Proceedings of the Kingdom of Yugoslavia. Special attention is focused on the role that public notaries, as court commissioners, have in probate matters. The authors give a critical review of the current solutions that might be adequate for various actions of the competent authorities and unequal treatment of the participants of a probate process, proposing legal mechanisms for eliminating the imprecisions and deficiencies observed.

Др Татјана Зороска Камиловска
Ванредни професор Правног факултета „Јустинијан Први“,
Универзитет „Св. Кирил и Методиј” у Скопљу
Др Милка Ракочевић
Доцент Правног факултета „Јустинијан Први“, Универзитет „Св.
Кирил и Методиј” у Скопљу

СУДСКА ГРАЃАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ

Апстракт: *У контексту обезбеђења принципа једнакости и недискриминације свака демократска држава има обавезу да нормира корпус правила који ће на прецизан и свеобухватан начин уредити антидискриминациону материју како би се створили солидни механизми за ефикасну и ефективну правну заштиту од дискриминације. У случају недопуштене дискриминације, поред могућности ефектуирања вансудских механизма за заштиту од дискриминације, жртва дискриминације по сили закона има право да заштиту свог угроженог, оспореног или повређеног права оствари у поступку пред судом. Предмет интересовања овог рада је судска грађанскоправна заштита од дискриминације у праву Републике Македоније. Анализа предметне проблематике обухвата низ значајних питања у односу на остваривање судске заштите у случају недопуштене дискриминације. У највећем делу рад се бави са карактеристикама индивидуалне антидискриминационе судске заштите. Аутори посебну пажњу посвећују процесним специфичностима које су карактеристичне за ову врсту поступка.*

Кључне речи: *дискриминација, грађанскоправна заштита, парнични поступак, антидискриминацијски правозащитни захтев, терет доказивања*

1. Увод

Поштовање принципа једнакости у савременом друштву схвата се као универзални императив. Идеал слободе и једнакости у достојанству и правима је кључна морална и правна вредност. Управо због тога, правило о забрани дискриминације односно повреди права на једнако поступање је прокламовано свим међународним документима о људским правима као и уставима готово свих земаља света, као највишим правним актима једне

државе. У контексту обезбеђења принципа једнакости и недискриминације свака демократска држава има обавезу да нормира корпус правила који ће на прецизан и свеобухватан начин уредити антидискриминациону материју како би се створили солидни механизми за ефикасну и ефективну правну заштиту од дискриминације.

У последњих неколико година, национално законодавство креирало је солидан антидискриминациони нормативни оквир који ће омогућити ефективну правну заштиту лица која би се јавила као потенцијалне жртве дискриминације. Један од најзначајнијих искорака у том смеру је доношење посебног закона који регулише проблематику заштите права на једнако поступање. Реч је о Закону о спречавању и заштити од дискриминације који је донет 2010 године.¹ У 2012 години на снагу је ступио Закон о једнаким могућностима жена и мушкараца, који је исто тако од значаја у стварању солидне основе за адекватну антидискриминациону заштиту.² Поред ових нормативних прописа, који непосредно и у целости регулишу антидискриминациону материју, у праву Републике Македоније постоји низ закона који садрже антидискриминационе одредбе и који се јављају као значајни и кључни извори антидискриминационе легислативе у појединим областима које

¹ „Службен Весник на Република Македонија“ бр. 50/2010, скраћено ЗСЗД. Доношење Закона о спречавању и заштити од дискриминације, као општег закона који регулише предметну правну материју, произашло је из неколико разлога. Пре свега, ту би споменули обавезу о респектовању међународних стандарда преузетих ратификацијом међународних уговора, који се односе на гаранције у односу на људска права и слободе. Затим, обавезу испуњавања стандарда у односу на придруживање наше земље Европској унији и хармонизацију нашег законодавства са законодавством Европске уније. Трећи и најзначајнији разлог је потреба да се уреди домаће антидискриминационо законодавство имајући у виду да у правном систему Републике Македоније није постојао интегрални систем за заштиту од дискриминације, који је нормирао опште услове, мере и инструменте који би омогућили ефикасну заштиту од дискриминације. При нормативном уређењу ове проблематике, посебно у односу на судску грађанскоправну заштиту од дискриминације, у виду су се имале две директиве Савета Европске уније о појединим основама дискриминације: Директива о постављању начелног оквира за једнаки однос при запошљавању и занимању (Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Official Journal L 303 , 02/12/2000 P. 0016 – 0022) и Директива о једнаком третману лица без обзира на расно или етничко порекло (Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin Official Journal L 180 , 19/07/2000 P. 0022 – 0026). У домаћем законодавству, овај закон представља крвни корпус правних правила антидискриминационе легислативе.

² „Службен Весник на Република Македонија“ бр. 6/2012.

уређују. У том контексту, овом приликом би споменули Закон о радним односима³, Закон о социјалној заштити⁴, Кривични Законик⁵, Закон о заштити деце⁶, Закон о заштити права пацијената⁷, Закон о волонтерству⁸, Закон о судовима⁹, Закон о основном образовању¹⁰, Закон о средњем образовању¹¹ и Закон о високом образовању.¹²

2. Антидискриминацијска судска грађанскоправна заштита

У случају недопуштене дискриминације, поред могућности ефектуирања вансудских механизма за заштиту од дискриминације, жртва дискриминације по сили закона има право да заштиту свог угроженог, оспореног или поврећеног права оствари у поступку пред судом. Судска грађанскоправна заштита од дискриминације остварује се покретањем парничног поступка, као примарног и редовног начина заштите субјективних права.¹³

³ „Службен Весник на Република Македонија“ бр. 62/2005, 106/2008, 161/2008, 114/2009, 130/2009, 50/2010, 52/2010, 124/2010, 47/2011, 11/2012, 39/2012, 13/2013, 25/2013, 170/2013, 187/2013, 113/2014 и пречишћени текст објављен у „Службен Весник на Република Македонија“ бр. 145/2014, скраћено ЗРО.

⁴ „Службен Весник на Република Македонија“ бр. 79/2009, 36/2011, 51/2011, 166/2012, 15/2013, 79/2013, 164/2013, 187/13, 38/2014, 44/2014, 116/2014 и 180/2014, скраћено ЗСЗ.

⁵ „Службен Весник на Република Македонија“ бр. 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/11, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014.

⁶ „Службен Весник на Република Македонија“ бр. 23/2013, 12/2014, 44/2014, 144/2014, 10/2015 и 25/2015, скраћено ЗЗД.

⁷ „Службен Весник на Република Македонија“ бр. 82/2008, 12/2009 и 53/2011.

⁸ „Службен Весник на Република Македонија“ бр. 85/2007 и 161/2008.

⁹ „Службен Весник на Република Македонија“ бр. 58/2006, 35/2008 и 150/2010.

¹⁰ „Службен Весник на Република Македонија“ бр. 103/2008, 33/2010, 116/2010, 156/2010, 18/2011, 42/2011, 51/2011, 6/2012, 100/2012, 24/2013, 41/2014, 116/2014, 135/2014 и 10/2015.

¹¹ „Службен Весник на Република Македонија“ бр. 44/1995, 24/1996, 34/1996, 35/1997, 82/1999, 29/2002, 40/2003, 42/2003, 67/2004, 55/2005, 113/2005, 35/2006, 30/2007, 49/2007, 81/2008, 92/2008, 33/2010, 116/2010, 156/2010, 18/2011, 42/2011, 51/2011, 6/2012, 100/2012, 24/2013, 41/2014, 116/2014, 135/2014 и 10/2015.

¹² „Службен Весник на Република Македонија“ бр. 35/2008, 103/2008, 26/2009, 83/2009, 99/2009, 115/2010, 17/2011, 51/2011, 123/2012, 15/2013, 24/2013, 41/2014, 116/2014, 130/2014, 10/2015 и 20/2015.

¹³ Када је реч о судској заштити жртве дискриминације примарну улогу има заштита у парничном поступку. Закон о спречавању и заштити од дискриминације посебну пажњу посвећује парничном поступку усмереном на остваривање антидискриминационе заштите, за који, у односу на општа правила парничног

У оквиру система цивилне процедуре грађанскоправна заштита од дискриминације може да се оствари на два начина: 1) иницирањем поступка по тужби којом се тражи заштита од дискриминације од стране лица, потенцијалне жртве дискриминације, које сматра да су му због дискриминације повређена права (индивидуална антидискриминациска судска заштита)¹⁴, и 2) иницирањем поступка поводом заједничке тужбе за заштиту од дискриминације, од стране лица и организација из грађанског друштвеног сектора које саме не тврде да су жртва дискриминације, већ поступак воде у име заштите права већег броја лица (колективна антидискриминациска судска заштита).¹⁵

И пре увођења посебне антидискриминационе регулативе, могућност да се заштита права на једнако поступање оствари судским путем постојало је према општим правилима парничног поступка.¹⁶ Данас, посебним прописима који уређују антидискриминациону проблематику, на изричан начин, предвиђено је да се поступак судске грађанскоправне заштите води према правилима Закона о парничном поступку.¹⁷

Поступак поводом антидискриминационе тужбе је хитан.¹⁸

поступка предвиђа одређене процесне специфичности. Циљ тих специфичних одредби је јачање процесног положаја жртве дискриминације.

¹⁴ Према ЗСЗД, лице које сматра да му је због дискриминације повређено неко право, овлашћено је да поднесе тужбу пред надлежним судом (чл. 34 ст. 1). Идентичну одредбу садржи и Закон о једнаким могућностима жена и мушкараца (чл. 33 ст. 1).

¹⁵ Чл. 41 ЗСЗД.

¹⁶ Према чл. 1 Закона о парничном поступку (“Сл. Весник на Република Македонија” бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009 и 116/2010 и пречишћени текст, „Сл. Весник на Република Македонија“ бр. 7/2011, скраћено ЗПП) суд расправља и одлучује у споровима о основним правима и обавезама човека и грађана, о личним и породичним односима грађана, радним, привредним, имовинским и другим грађанскоправним споровима, ако законом за неке од тих спорова није предвиђено да о њима суд решава према правилима неког другог поступка.

¹⁷ У поступку се на одговарајући начин примењују одредбе Закона о парничном поступку (чл. 34 ст. 2 ЗСЗД и чл. 33 ст. 2 Закона о једнаким могућностима жена и мушкараца).

¹⁸ Антидискриминациони прописи процесне природе на изричан начин нормирају начело хитности као једну од руководећих максима при спровођењу поступка у антидискриминационим парницама (чл. 34 ст. 3 ЗСЗД и чл. 33 ст. 3 Закона о једнаким могућностима жена и мушкараца).

3. Поједини антидискриминацијски правозащитни захтеви

Систем судске грађанскоправне заштите од дискриминације дискриминисаном лицу нуди могућност истицања правозащитних захтева различите природе. Неки од њих су превентивног карактера и имају за циљ да се оствари превентивна заштита односно да се спречи дискриминација. Други су тзв. реактивне природе и имају за циљ да се утврди повреда права на једнако поступање и да се санирају последице дискриминације. Поједини захтеви имају самостални карактер, док су неки акцесорне природе.

У антидискриминацијским парницама остварује се главна, коначна и самостална заштита права на једнако поступање. Антидискриминационо законодавство пружа могућност да се код ове врсте спорова заштита угроженом лицу пружи путем истицања посебне тужбе која може да садржи више антидискриминацијских правозащитних захтева: 1) да се утврди дискриминација (захтев деклараторне природе), 2) да се забрани дискриминација (захтев прохибитивне природе), 3) да се уклони дискриминација или њене последице (захтев реституцијске природе), 4) да се надокнади штета проузрокована дискриминацијом (захтев репарацијске природе) и 5) да се објави пресуда којом је утврђена дискриминација (захтев публикацијске природе).

3.1. Деклараторни антидискриминацијски захтев

Као први од неколико могућих правозащитних захтева у антидискриминацијским парницама, ЗСЗД наводи захтев деклараторне природе путем којег угрожено односно повређено лице може да тражи да се утврди да је дискриминатор повредио право тужиоца на једнако поступање односно да се утврди да радња коју је дискриминатор преузео или пропустио да преузме може непосредно да проузрокује повреду права на једнакост у поступању.¹⁹ Овом врстом тужбе обезбеђује се правна заштита у случајевима повреде права на једнако поступање и у случајевима када радња или пропуштање није изазвало повреду права на једнако поступање, али постоји непосредна опасност да се то догоди.²⁰

¹⁹ Чл. 36 ст. 1, т. 1 ЗСЗД. Идентичан правозащитни захтев је садржан и у Закону о једнаким могућностима жена и мушкараца (чл. 35 т.1).

²⁰ Нормирање деклараторне правне заштите у антидискриминацијским парницама оправдава се тиме што она омогућује угроженом или повређеном лицу да се за њу определи и онда када му је та врста заштите довољна, те није заинтересован да тражи другу врсту заштите. Са друге стране, понекад она представља једини могући облик заштите против недопуштене дискриминације. То ће бити ситуације када нису

Код овог облика заштите ради се о заштити превентивног карактера. Потреба за пружањем овог вида заштите јавља се када дискриминатор не прихвата односно негира да је радња коју је предузео или пропустио да предузме недопуштена, тј. у случајевима када дискриминатор сматра да има право да врши дискриминаторску радњу или да ствара или одржава стање дискриминације.²¹

Мериторна одлука код ове врсте антидискриминацијске заштите делује обавезујуће у свим будућим односима између странака.

3.2. Прохибитивни антидискриминацијски захтев

Истицање тзв. прохибитивног захтева односно захтева за пропуштање усмерено је ка остваривању пре свега превентивне заштите. Начин на који је законодавац уредио ову врсту заштите²² указује на то да се тужба са прохибитивним антидискриминацијским захтевом може употребити како би се: 1) забранило предузимање радњи којима се крши право тужиоца на једнако поступање²³, 2) забранило предузимање радњи којима може да се повреди право тужиоца на једнако поступање.²⁴ Последња ситуација је специфичније природе будући да се може тражити одређивање забране да се изврши радња и кад такву радњу тужени уопште није до тада извршио.²⁵

испуњени потребни услови за правозаштитне захтеве друге природе. Тако, В. Водинелић, Садржина грађанскоправне заштите од дискриминације, Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, Београд, 2012, стр. 227.

²¹ У том смислу Н. Петрушић, Грађанскоправна заштита од дискриминације на простору западног балкана, Актуелне тенденције у равбоју и примени европског континенталног права, тематски зборник радова, свеска II, Ниш, 2010, стр. 167 и V. Vodinelić, Sudska zaštita po tužbi zbog diskriminacije у A. Gajin, V. Vodinelić, T. Drobniak, V. Kočić Mitaček, P. Vukasović, Antidiskriminacioni zakoni, Vodić, Beograd 2010, str. 71.

²² Видети чл. 36 ст. 1 т. 2 ЗСЗД и чл. 35 т.2 Закона о једнаким могућностима жена и мушкараца.

²³ То значи да се наложи дискриминатору да се суздржи од даљњег вршења радњи које је претходно вршио, а чије вршење претставља акт дискриминације.

²⁴ У овом случају то значи да се забрани дискриминатору да врши одређене радње чије би извршење представљало дискриминаторни акт и повреду забране дискриминације.

²⁵ Реч је о превентивној тужби за пропуштање која би се подносила у ситуацијама у којима би само постојала опасност од будуће повреде односно ситуација у којој би положај тужиоца био угрожен могућношћу да тужени предузме одређене дискриминаторне радње. Тако, М. Dika, Sudska zaštita u diskriminacijskim stvarima, u I. Crnić, M. Dika, A. Grgić, R. Marijan, D. Palić, J. Pavković, Ž. Potočnjak, Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi, Zagreb, 2011, str. 94.

Иначе, реч је о захтевима кондемпнаторне природе, који, уколико буду усвојени, налажу пасивност односно суздржавање од даљњег деловања.

3.3. Реститутивни антидискриминацијски захтев

Уколико постоји стање дискриминације које још увек траје или уколико је радња дискриминације проузроковала одређене последице које су још увек присутне, закон пружа дискриминароном лицу могућност да тужбом тражи да се изврше радње којима се отклања дискриминација или њене последице.²⁶ Ради се о тзв. реактивном²⁷ односно реститутивном²⁸ виду заштите чији циљ је да се уклони већ произведено стање које је супротно забрани дискриминације. Захтев за уклањање усмерен је на то да дискриминатор изврши једну или више радњи којима ће одстранити (уклонити) пендентно стање дискриминације. Реч је о кондемпнаторној тужби која се подноси након извршене дискриминације, чији је циљ да се ситуација врати у стање у којем се налазила пре повреде права на једнако поступање. У односу на питање врсте радњи које се могу тражити од дискриминатора, будући да законске норме не именују нити ближе одређују врсте радњи што је резултат природе ствари, дискриминатор може бити задужен да изврши било коју радњу која је подесна односно прикладна да одстрани стање супротно забрани дискриминације.^{29, 30}

²⁶ Чл. 36 ст. 3 ЗСЗД. Истоветну могућност садржи и Закон о једнаким могућностима жена и мушкараца (чл. 35 т. 2).

²⁷ Тако, В. Водинелић, Садржина грађанскоправне заштите..., *op. cit.*, стр. 230.

²⁸ Тако, А. Uzelac, *Postupak pred sudom u A. Grgić, Ž. Potočnjak, S. Rodin, G. Selanec, T. Šimonović Einwalter, A. Uzelac, Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Zagreb, 2009, стр. 97.

²⁹ Радња може бити фактичке или правне природе, а то значи да се може састојати од извршења неких телесних аката или у предузимању неких правних аката. Тако, Н. Петрушић, *Грађанскоправна заштита...*, *op. cit.*, стр. 167.

³⁰ Тако, на пр. може да се тражи да дискриминатор одстрани дискриминаторни натпис којим се забрањује приступ лицима са одређеним личним својством, да уклони билборде са дискриминаторном садржином, да уклони архитектонску препреку којом се онемогућава приступ лицима са одређеним личним својством и сл. Прва и до овог момента једина правоснажна пресуда којом је утврђена дискриминација у Републици Македонији односи се на усвајање антидискриминацијског правозаштитног захтева реститутивне природе. Основни суд у Делчеву је усвојио тужбени захтев тужиоца и утврдио дискриминацију на основу менталне и телесне попречености учињене непредузимањем односно пропуштањем да се предузму радње за прилагођавање инфраструктуре и простора и за обезбеђење приступа до добара и услуга тужиоцу, као лицу са менталном и телесном попреченошћу. Основни суд у Делчеву је задужио туженога да одстрани

Будући да је реч о захтеву кондемпнаторне природе, уколико дискриминатор добровољно не испуни наложену радњу, жртва дискриминације може да захтева њено принудно извршење.³¹

3.4. Репарацијски антидискриминацијски захтев

У поступку поводом антидискриминацијске тужбе, жртва дискриминације може да постави захтев за накнаду штете проузроковане повредом права на једнако поступање. Сама по себи, дискриминација не претставља штету, нити је за постојање дискриминације неопходно да наступи штета.³² Међутим, ако настане штета, право је дискриминисаног лица да тражи да му дискриминатор надокнади сву претрпљену штету, како материјалну тако и нематеријалну.³³

Закон пружа могућност лицу које сматра да му је повређено неко право као последица дискриминације да тражи накнаду како материјалне тако и нематеријалне штете која је причињена повредом права која су заштићена ЗСЗД.³⁴ Репарацијски захтев је кондемпнаторне природе. Закон не говори ништа о појму штете, врстама штета, узрочној вези између радње дискриминације и штете. У одсуству посебних правила, доћи ће до примене општих правила домаћег одштетног права, односно у погледу

повреду права и да прилагоди инфраструктуру и простор и да предузме све неопходне мере за адаптацију улице преко изградње тротоара и рубника у складу са техничким стандардима за присуп тужиоцу као лицу са посебним потребама. Видети Пресуду Основног суда у Делчеву, П-4. бр. 14/2014 од 05.03.2015 године.

³¹ У оваквим случајевима, треба да се прави разлика дали је реч о радњи коју може да изврши само дискриминатор или је може извршити и неко друго лице, будући да постоји различит режим извршења у зависности од тога дали је реч о незаменљивој или заменљивој радњи. Видети чл. 221-222 Закона о извршењу.

³² Тако, V. Vodinelić, *Sudska zaštita po tužbi...*, op. cit., str. 71.

³³ У односу на материјалну (имовинску) штету, таква штета постоји ако би имовинско стање дискриминисаног лица било повољније да није било дискриминаторне радње. У таквом случају, материјалну штету можемо да посматрамо и као стварну штету и као измаклу добит. Тако, на пр. тужилац трпи штету која се односи на изгубљену зараду, трошкове лечења, трошкове пресељења који су проузроковани дискриминаторском радњом. Код нематеријалне штете, основаност захтева за њену надокнаду зависило би од тога дали је као последица дискриминаторске радње жртва претрпела душевну бол, страх или је претрпела тешке последице које су утицале на нарушавање њеног здравственог стања.

У претходно цитираној пресуди, поред усвајања реститутивног захтева, Основни суд у Делчеву је делумно усвојио и захтев тужиоца за накнаду нематеријалне штете за претрпљени страх и душевну бол.

³⁴ Чл. 36 ст. 1 т. 3.

одлучивања поводом репарацијског захтева примењиваће се одредбе Закона о облигационима односима.

Осим ЗСЗД, и други закони који садрже антидискриминациона правила нормирају право на накнаду штете у случају повреде права на једнако поступање. Тако, у Закону о једнаким могућностима жена и мушкараца, лице које сматра да му је повређено право на једнаки третман може да тражи накнаду материјалне и нематеријалне штете причињене повредом права на једнаки третман.³⁵ Са друге стране, у Закону о социјалној заштити, тражилац или корисник социјалне заштите има право да тражи накнаду штете од починиоца дискриминације.³⁶ Закон о радним односима предвиђа да у случају дискриминације кандидат за запошљавање или радник има право да тражи накнаду штете у складу са Законом о облигационим односима.³⁷

3.5. Публикацијски антидискриминацијски захтев

Као један од правозаштитних захтева који могу бити предмет расправљања у антидискриминацијским парницама је тзв. публикацијски захтев односно захтев да се пресуда којом је утврђена повреда права на једнако поступање објави у медијима.³⁸ Имајући у виду предметну одредбу може да се закључи да је реч о несамосталном, акцесорном захтеву, што значи да ће тужба у којој је садржан захтев овакве природе бити допуштена само ако је кумулирана са другом антидискриминацијском тужбом. Ово из разлога што суд може да усвоји предметни правозаштитни захтев само ако је у конкретом поступку утврђено да дискриминација постоји.

Закон је прописао посебне услове од којих ће зависити усвајање захтева за објављивање пресуде. Са једне стране, ЗСЗД предвиђа да ће се пресуда објавити ако суд утврди да је до повреде права на једнако поступање дошло посредством медија, или, са друге стране, ако је информација о поступању које повређује право на једнако поступање била објављена у медијима, а објављивање пресуде је потребно ради целосне

³⁵ Чл. 35 т. 3 Закона о једнаким могућностима жена и мушкараца. За разлику од ЗСЗД, у овом закону на изричан начин је предвиђено да се овај правозаштитни захтев остварује у складу са Законом о облигационим односима.

³⁶ Чл. 22 ст. 2 Закона о социјалној заштити.

³⁷ Чл. 10 Закона о радним односима.

³⁸ Чл. 36 ст. 1, т. 4 ЗСЗД. Закон о једнаким могућностима жена и мушкараца нормира истовидни правозаштитни захтев: Тужбом може да се тражи да се у средствима јавног информирања објави пресуда којом је утврђена повреда права на једнаки третман (чл. 35, т. 4).

накнаде причињене штете или ради заштите од неједнаког поступања у будућим случајевима.³⁹

Притом, уколико суд усвоји захтев за публикацију пресуде, трошкове објављивања сноси дискриминатор (тужена странка).

По правилу, пресуда се објављује у целости. Само по искључку, суд ће наложити да се објаве само поједини делови пресуде ако је то потребно ради заштите личних података.⁴⁰

Оно што треба посебно издвојити код ове врсте антидискриминационог правозаштитног захтева је то што одлука поводом предметног захтева делује не само између странака (*inter partes*), већ обавезује и трећа лица (*ultra partes*). Наиме, према изричној одредби закона, пресуда којом се налаже објављивање у медијима обавезује издавача медија у ком треба да се објави пресуда, независно да ли је исти био странка у поступку.⁴¹

4. Објективна кумулација

Имајући у виду природу правозаштитних захтева о којима се може расправљати у поступку поводом антидискриминацијске тужбе није искључена могућност да тужилац у својој тужби истакне више антидискриминацијских захтева против дискриминатора.⁴² С обзиром да у овим поступцима долази до супсидијарне примене ЗПП, тужилац може, у складу са процесним правилима садржаним у ЗПП, кумулирати више тужбених захтева у једној тужби. О томе које ће захтеве поставити у конкретној антидискриминационој парници и да ли ће уопште доћи до кумулације више правозаштитних захтева зависи искључиво од диспозиције тужиоца. Тужилац одлучује да ли ће поставити само један захтев, или више њих, или све, а комбиноваће их зависно од циља који жели да постигне. Уколико тужилац одлучи да постави више захтева, могуће је више комбинација у зависности од животног догађаја и околностима везаним за њега.⁴³

³⁹ Чл. 40 ст. 1 т. 1 и 2 ЗСЗД.

⁴⁰ Чл. 40 ст. 2 ЗСЗД.

⁴¹ Чл. 40 ст. 3 ЗСЗД.

⁴² Због дискриминације, као правног основа, и радњи дискриминације, као чињеничног основа, може се већ у тужби истаћи више захтева, а може доћи и до каснијег истицања још једног, или више нових захтева поред постојећег.

⁴³ Тако, тужилац може да тражи само да се утврди да дискриминација постоји, међутим, исто тако може да тражи поред утврђивања дискриминације, да се забрани будућа дискриминација, да се уклони последица дискриминацијске радње, да се надокнади штета или да се публикује пресуда.

Поред могућег кумулирања више антидискриминацијских захтева, ЗСЗД садржи посебно правило о допуштености кумулације антидискриминацијских захтева са захтевима који се тичу заштите других права о којима се одлучује у парничном поступку. Притом, да би се допустило заједничко расправљање, потребно је да буде испуњено неколико услова: 1) сви захтеви да су у међусобној вези, 2) да је исти суд стварно надлежан за сваки истакнути захтев, без обзира да ли је о тим захтевима прописано решавање у општем или у посебном парничном поступку.⁴⁴ За разлику од општих правила о допуштености кумулације више тужбених захтева које предвиђа ЗПП када је реч о захтевима који нису повезани истим чињеничним и правним основом, наиме да је кумулација допуштена само ако је за све тужбене захтеве предвиђено расправљање у истој врсти поступка⁴⁵, може да се закључи да у антидискриминацијским парницама може доћи до одступања од тог правила. Конкретније, антидискриминацијски захтеви могу да се кумулирају са другом врстом правозаштитних захтева, при чему у погледу процедуре, кад би дошло до њихове кумулације, о истима би се расправљало у врсти поступка која важи за те друге правозаштитне захтеве. У овом случају долази до посебне квалифициране атракције надлежности⁴⁶, т.ј атракције правила за врсту спора по којој се решавају ти други захтеви.⁴⁷

5. Надлежност

У антидискриминацијским парницама, по правилу, стварно надлежни биће основни судови са основном надлежношћу. Међутим, имајући у виду да у одређеним парницама вредност предмета спора може прећи износ од 50.000 евра (нпр. уколико се тражи накнада штете), надлежни могу бити и основни судови са проширеном надлежношћу.⁴⁸

У односу на питање месне надлежности, ЗСЗД прописује елективну (мешовиту) надлежност. Наиме, у поступку за заштиту од

⁴⁴ Чл. 36 ст. 2 ЗСЗД.

⁴⁵ Чл. 178 ст. 1 ЗПП.

⁴⁶ Тако, А. Uzelac, op.cit., str. 98.

⁴⁷ Тако М. Dika, Sudska zaštita..., op. cit., str. 82.

⁴⁸ Према Закону о судовима Републике Македоније („Службен Весник на Република Македонија“, бр. 58/2006, 62/2006, 35/2008 и 150/2010), основни судови, у складу са стварном надлежношћу одређеном законом, суде у првом степену и оснивају се као судови са основном и судови са проширеном надлежношћу (чл. 23 ст. 2). Вредносни критеријум је један од начина путем којег се врши подела основних суда на оне са основном и оне са проширеном надлежношћу (вредносни цензус је 50 000 евра).

дискриминације поред суда опште месне надлежности, надлежан је и суд на чијем је подручју седиште, односно пребивалиште тужиоца.⁴⁹ Ради се о привилегираној месној надлежности (*forum privilegium*), као једној од могућих надлежности код изборне месне надлежности. Прописивањем овог типа месне надлежности, законодавац ставља тужиоца у повољнији положај са циљем да се олакша приступ судској заштити.

6. Привремене мере

У контексту пружања делотворније правне заштите у антидискриминацијским парницама, ЗСЗД садржи посебне одредбе које се тичу одређивања мера обезбеђења. Закон предвиђа да суд може одредити мере обезбеђења на предлог странке пре почетка или у току поступка поводом антидискриминацијске тужбе.⁵⁰ Притом, да би суд донео позитивну одлуку поводом таквог предлога странке, треба да се испуне два услова: 1) да подносилац захтева учини вероватним да је повређено његово право на једнако поступање, и 2) да је одређивање мере потребно како би се отклонила опасност од ненадокнадиве штете, посебно тешких повреда права на једнако поступање или спречавање насиља.⁵¹

О привременим мерама одлучује суд који је надлежан да поступа по антидискриминацијским правозаштитним захтевима.

Будући да ЗСЗД предвиђа да ће суд о привременим мерама одлучивати на начин и у поступку утврђеним законом, то значи да ће у поступку за одређивање мера обезбеђења доћи до супсидијарне примене Закона о обезбеђењу потраживања.⁵²

7. Учешће трећих лица у поступку

Када говоримо о учешћу трећих лица у парници⁵³, процесна теорија и законодавство праве дистинкцију између неколико различитих

⁴⁹ Чл. 35 ЗСЗД.

⁵⁰ Чл. 37 ст. 1 ЗСЗД.

⁵¹ Чл. 37 ст. 2 ЗСЗД.

⁵² „Службен Весник на Република Македонија“, бр. 87/2007.

⁵³ Трећа лица, по правилу, нису заинтересована за исход туђе парнице. Парница у највећем броју случаја тангира само интересе парничних странака, имајући у виду да су управо странке те које што су, по правилу, и једине заинтересоване за исход поступка. Ипак, у појединим случајевима исход једног поступка може имати одређени посредан или непосредан утицај на правну сферу и правни положај трећих лица. Због тога, законодавац допушта трећим лицима да узму учешће у туђој парници.

процесних облика учешћа. Повезаност трећих лица са туђом парницом није увек идентична. Разлози могу бити различите природе, што утиче на то да процесноправни положај трећег лица није у сваком поједином случају јединствене природе. Из тог разлога, процесни закон нормира три врсте учешћа: учешће умешача, обавештење трећег лица о парници и именоване претходника.⁵⁴

Када је реч о поступку судске грађанскоправне заштите од дискриминације, ЗСЗД нормира установу мешања у туђу парницу која омогућава трећим лицима да узму учешће у парници ради заштите свог правног интереса. Притом, Закон предвиђа да за учешће умешача одлучује суд са применом одредаба Закона о парничном поступку.⁵⁵ То значи да за допуштеност мешања у конкретној парници, у односу на претпоставке које требају бити испуњене и у односу на процесни положај умешача важи општи режим који је регулисан процесним одредбама садржаним у ЗПП.⁵⁶ Међутим, ЗСЗД у односу на неколико процесних аспеката мешања одступа од општих правила уређених ЗПП. То значи да се та конкретна правила третирају као *lex specialis* у односу на општи режим мешања у туђу парницу.

У том смислу, оно што примарно привлачи пажњу је широка могућност да у поступку поводом индивидуалне антидискриминацијске заштите учествују трећа лица. ЗСЗД предвиђа да се у парници поводом тужбе у споровима за заштиту од дискриминације као умешач на страни лица које тврди да је дискриминирано (што значи на страни тужиоца), може придружити **орган, организација, установа, удружење или друго**

⁵⁴ Видети Главу 15 ЗПП.

⁵⁵ Чл. 39 ст. 1 ЗСЗД.

⁵⁶ У том смислу, умешач може да ступи у парницу у току целог поступка све до правоснажности одлуке о тужбеном захтеву, као и у току рокова предвиђених за изјављивање ванредних правних лекова. Изјаву о ступању у парницу умешач може да да или на рочишту или у писменој поднеску. Умешач мора да прихвати парницу у оном стању у којем се налази у тренутку кад се умеша у парницу. У даљем току парнице, умешач је овлашћен да подноси предлоге и да предузима остале парничне радње у роковима у којима би те радње могла да предузима странка којој се придружио. Парничне радње предузете од стране умешача имају за странку којој се придружио правно дејство ако нису у супротности са њеним радњама. Имајући у виду да се умешач може умешати само на страни тужитеља, умешач има правни интерес само за предузимање радњи које иду у корист лица које се позива на постојање дискриминације. Како предвиђа ЗСЗД, умешач може да предузима радње у поступку и у поступку има сва права која припадају умешачу (чл. 39 ст. 3).

лице које се у оквиру своје делатности бави заштитом права на једнако поступање о чијим се правима одлучује у поступку.⁵⁷

ЗСЗД садржи још два специфична нормативна решења која одступају од општег режима мешања у туђу парницу. Тако, Закон предвиђа да ће суд допустити мешање само ако на то пристане тужилац.⁵⁸ Са друге стране, у односу на коначно сношење трошкова свог учешћа у парници, ЗСЗД нормира правило да ће умешач сам сносити своје трошкове без обзира на резултат парнице.

Када је реч о учешћу трећих лица, имајућу у виду супсидијарну примену одредаба ЗПП, требало би се узети да у овој врсти спорова може доћи и до примене института *litis denuntiatio*.

8. Терет доказивања

Према општим правилима о терету доказивања, странка која треба у поступку да докаже за себе повољну чињеницу сноси терет доказивања те чињенице. То значи да је странка дужна да суду презентује доказе којима ће уверити суд у истинитост чињеница на које се позива. Терет доказивања има странка која од чињеница изводи у своју корист одређене правне последице. Ако странка не успе да докаже истинитост тих чињеница, суд ће, примењујући правила о терету доказивања, закључити да чињеница која није доказана не постоји (*idem est non esse aut non probari*). То значи да странка сноси ризик недоказаности, што може резултирати и губитком парнице.

Као резултат потешкоћа у доказивању дискриминације⁵⁹, у антидискриминацијским парницама, одступа се од општих правила о

⁵⁷ Чл. 39 ст. 1 ЗСЗД. Овакав круг потенцијалних интервенијената произлази из чл. 9 ст. 2 Директиве 2000/97/ЕС према којем се државама чланицама налаже да осигурају могућност суделовања у судском или управном поступку на страни тужитеља свим удружењима, организацијама и другим телима, која према националном законодавству имају легитиман интерес у односу на сузбијање дискриминације. Према чл. 39 ст. 1 ЗСЗД оно што је од одлучујуће важности је то да се поједина организација, установа, удружење или друго лице у оквиру своје делатности бави заштитом права на једнако поступање у односу на круг лица о чијим се правима одлучује у поступку.

⁵⁸ То практично значи да његово противљење има значење апсолутне забране, па суд у том случају мора да одбије захтев за мешање. Тако и А. Uzelac, *op. cit.*, стр. 100.

⁵⁹ Ретко се дискриминација манифестује на јасан и лако препознатљив начин. Чак и код директне дискриминације у чијој основи лежи неповољније поступање, разликовање, искључење или ограничавање између појединца само ради дискриминацијске основе једног од лица, врло је тешко да се докаже да је разлика која је извршена мотивирана неким од недопуштених основа дискриминације. Тако,

терету доказивања. Наиме, у овим парницама долази до пребацивања терета доказивања са тужиоца на туженог у односу на доказивање (не)постојања дискриминације. Са једне стране, странка која тврди да је повређено њено право на једнако поступање, у судском поступку дужна је да изнесе чињенице и доказе који оправдавају њену тврдњу. Са друге стране, доказивање да дискриминације није било пада на терет супротне странке (т.ј. наводног дискриминатора). Оваква конципираност правила о терету доказивања произлази из европских директива⁶⁰, које је преузело наше антидискриминационо законодавство. Разлози за пребацивање терета доказивање на тужену страну су двојни: а) заштита слабије стране правног односа и б) обезбеђење приступа информацијама као израз начела процесне једнакости странака.⁶¹

Ж. Попоска, З. Михајловски, А. Георгиевски, Водич за улогата на Комисијата за заштита од дискриминација во судска постапка и преминување на товарот на докажување, Скопје, 2013, стр. 27.

⁶⁰ Изворна директива која је кодифицирала праксу Европског суда о терету доказивања је директива 97/80/ЕС о терету доказивања у предметима о дискриминацији на основу пола (Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, Official Journal L 014 , 20/01/1998 P. 0006 – 0008). Исти нормативни концепт, понавља се и у директивама које су донете након тога а које се односе на: постављање начелног оквира за једнаки однос при запошљавању и занимању (Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Official Journal L 303 , 02/12/2000 P. 0016 – 0022, чл. 10); једнаки третман лица без обзира на расно или етничко порекло (Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin Official Journal L 180 , 19/07/2000 P. 0022 – 0026, чл. 8 пар. 1); једнако поступање у односу на лица мушког и женског пола када је реч о приступу и понуди добара и услуга (Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, Official Journal of the European Union L 373, 21/12/2004 P. 294 – 300, чл. 9 пар. 1); једнаке могућности и једнако поступање у односу на лица мушког и женског пола када је реч о запошљавању и занимању (Directive 2006/54/ec of the european parliament and of the council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), Official Journal of the European Union L 204, 26/07/2006 P. 0023 – 0036, чл. 19, пар. 1).

⁶¹ Прво, пребацивање терета доказивања на тужену страну је у функцији пружања делотворне правне заштите жртвама неједнаког поступања. Друго, жртва дискриминације, у правилу, нема приступ важним информацијама које су утицале на дискриминацијске радње. Управо због тога, овакав приступ је од искључиве важности како би се омогућила помоћ и заштита дискриминираним лицима. Тако и, S. Rodim, Dokazivanje diskriminacije i teret dokazivanja u pravu Evropske Unije u A. Grgić,

У нашем националном законодавству, пребацивање терета доказивања на изричан начин регулисано је у неколико нормативних прописа: Законом о спречавању и заштити од дискриминације (чл. 38), Законом о радним односима⁶², Законом о социјалној заштити⁶³ и Законом о једнаким могућностима жена и мушкараца.⁶⁴

Према чл. 38 ЗСЗД, ако странка у судском поступку тврди да јој је повређено право на једнако поступање дужна је да изнесе све чињенице и да предложи доказе који оправдавају њене тврдње. Доказивање да није било дискриминације пада на терет супротне странке. У контексту пребацивања терета доказивања од жртве (тужиоца) на претпостављеног дискриминатора (туженога), тужилац мора да презентира суду чињенице и сходно томе доказе путем којих ће учинити вероватним да је до дискриминације дошло.⁶⁵ Оно што треба да се истакне је да се суштина правила о пребацивању терета доказивања уочава у томе да је странка која се позива на дискриминацију дужна да учини вероватним да је дискриминација учињена, а ако у томе успе, претпостављени дискриминатор дужан је да докаже до степена извесности да у том конкретном случају није реч о дискриминацији. Ако тужени у томе не

Ž. Potočnjak, S. Rodin, G. Selanec, T. Šimonović Einwalter, A. Uzelac, Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije, Zagreb, 2009, str. 109.

⁶² Ако кандидат за запошљавање односно радник у случају спора изнесе чињенице да је послодавац поступио супротно одредбама које забрањују дискриминацију, на послодавцу је товар доказивања да није имало било какве дискриминације, односно да је поступио у сагласности са том забраном, осим ако докаже да је различит третман резултат искључака од забране дискриминације (чл. 11 ст. 1).

⁶³ Ако тражилац или корисник социјалне заштите, у случају спора, изнесе чињенице да је поступљено супротно члановима Закона који забрањују дискриминацију, у том случају обавеза доказивања и произношења у односу на те чињенице и наводе је на страни јавне установе за социјалну заштиту основану од стране Владе, на страни општине, града Скопља и општина у граду Скопљу, на страни приватне установе за социјалну заштиту основану од стране правног или физичког лица и на страни удружења и физичког лица који врше одређене послове из области социјалне заштите (чл 23).

⁶⁴ Када лице које за себе сматра да је жртва дискриминације изнесе чињенице из којих може да се претпостави да је било дискриминације, тада онај што се терети да је извршио дискриминацију је дужан да докаже да није повредио принцип једнаког третмана (чл. 36).

⁶⁵ Појам вероватности у овом контексту треба да се тумачи у смислу *prima facie* доказа. Тако, M. Dika, *Sudska zaštita...*, op. cit., str. 85. *Prima facie* доказ постоји ако тужилац изнесе довољно чињеница и доказа тако што је тврђење тужиоца да је дискриминиран доведено до степена вероватности.

успе, сматраће се да је повређено право на једнако поступање, односно да је дискриминација доказана.⁶⁶

Против доказа вероватности тужени може да бори на два начина: са противдоказом, на начин што би елиминирао вероватност, односно ако успе да доведе у питање вероватност онога што је тужилац требао да докаже; и са доказом о противном, на начин што би са вишим степеном вероватности доказао да нема дискриминације иако је била учињена вероватном дискриминациска основа, односно да докаже да је вероватније управо супротно.⁶⁷

Правило о пребацивању терета доказивања нема примене у прекршајном и у кривичном поступку.⁶⁸ Разлози оваквог нормативног решења леже у томе да у овим поступцима важи начело пресумпције невиности.

9. Заједничка тужба за заштиту од дискриминације

У циљу ефикаснијег сузбијања дискриминације, поред механизма индивидуалне заштите која стоји на располагању директним жртвама дискриминације, наше антидискриминационо законодавство регулише могућност да се право на једнако поступање заштити путем вођења поступка колективне заштите права односно путем тзв. апстрактне заштите права. Колективна, или како је закон назива заједничка тужба за заштиту од дискриминације уређена је ЗСЗД.

Према изричној одредби закона, удружења и фондације, установе или друге организације из грађанског друштва, које имају оправдани интерес за заштиту колективних интереса одређене групе или се у оквиру своје делатности баве заштитом права на једнако поступање, могу да поднесу тужбу и да у поступку пред судом наступе као супарничари против лица које је повредило право на једнако поступање, ако учине вероватним да је поступањем туженога повређено право на једнако поступање већег броја лица.⁶⁹ Ова врста тужбе је допуштена само ако постоји сагласност лица које тврди да је дискриминирано.⁷⁰

⁶⁶ Тако, Н. Петрушић, Терет доказивања, Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, Београд, 2012, стр. 268.

⁶⁷ Тако, М. Dika, Sudska zaštita..., op. cit., str. 87.

⁶⁸ Чл. 38 ст. 2 ЗСЗД.

⁶⁹ Чл. 41 ст. 1 ЗСЗД. Из садржаја наведене законске одребе може да се закључи да се колективна тужба подноси против физичког или правног лица које је дискриминирало већи број лица, што значи да се овај вид заштите не може употребити уколико је жртва дискриминације појединац.

⁷⁰ Чл. 41 ст. 4 ЗСЗД.

Специфичност ове колективне тужбе огледа се у могућности да судски поступак покрећу ентитети који сами по себи нису жртва дискриминације. Како потенцијални тужитељи код ове врсте заштите поступак не воде у свом већ у туђем интересу, који се може у извесном смислу сматрати и јавним интересом, та се заједничка тужба може сматрати и подврстом поступка у јавном интересу односно тзв. *actio popularis*.⁷¹

Антидискриминацијски правозаштитни захтеви који могу да се остварују у овој врсти поступка су у великој мери исти са захтевима који се остварују у поступку индивидуалне заштите. У заједничкој тужби за заштиту од дискриминације може да се истакне захтев да се утврди да је поступање туженог резултирало повредом једнаког третмана у односу на чланове групе (деклараторни захтев), да се забрани предузимање радњи којима се повређује или може да се повреди једнаки третман (прохибитивни захтев), да се наложи извршење радњи којим ће се отклонити дискриминација или њене последице у односу на чланове групе (реститутивни захтев), и да се тражи да пресуда којом је утврђена повреда права на једнако поступање објави у медијима на трошак тужене стране (публикацијски захтев).⁷² Код колективне антидискриминацијске судске заштите нема могућности да се тражи накнада штете (репарацијски захтев).

У поступку колективне заштите права на једнако поступање, све специфичности које се тичу тужбених захтева поводом индивидуалне антидискриминацијске заштите и поступка, имају одговарајућу примену и у овој врсти поступка.⁷³

⁷¹ Тако, А. Uzelac, op. cit., str. 103.

⁷² Чл. 41 ст. 2 ЗСЗД.

⁷³ Чл. 41 ст. 3 ЗСЗД.

Tatjana Zoroska Kamilovska, Ph.D.

Associate Professor

Faculty of Law „Iustinianus Primus“, University of Skopje

Milka Rakočević, Ph.D.

Assistant Professor

Faculty of Law „Iustinianus Primus“, University of Skopje

CIVIL COURT PROTECTION OF DISCRIMINATION IN THE MACEDONIAN LAW

Summary

In the context of ensuring the principles of equality and non-discrimination every democratic state has the obligation to standardize the corpus of rules that will regulate the anti-discrimination matter precisely and comprehensively in order to create solid mechanisms for efficient and effective legal protection against discrimination. In case of discrimination, besides the possibility of effectuation of extra-judicial mechanisms for protection against discrimination, the victim of discrimination under the law has the right to protect its right in court proceedings. The subject matter of this article is the civil court protection from discrimination in the Republic of Macedonia. Analysis of the subject matter includes a number of important issues in relation to the judicial protection in the case of improper discrimination. Mainly, the paper deals with the characteristics of individual anti-discrimination judicial protection. The authors set special focus on the procedural specifics that characterize this type of court proceedings.

Др Владимир Боранијашевић
Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици

ПОСТУПАК У ПАРНИЦАМА ЗА ЗАШТИТУ ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

Апстракт: Дискриминација представља једну од најзначајнијих негативних друштвених појава која је у савременом друштву присутна у великој мери. Неједнако поступање у односу на лица или групе лица, на отворен или прикривен начин, а које се заснива на одређеним личним својствима сматра се дискриминацијом и дискриминаторским поступањем. Како би се дискриминација и дискриминаторско поступање санкционисали или извршила превенција таквог понашања, предвиђени су различити путеви правне заштите. Један од њих је и грађанскоправна заштита од дискриминације која се пружа по правилима посебног парничног поступка у парницама за заштиту од дискриминације. Аутор у раду најпре указује на појам дискриминације, нотира међународне и националне изворе којима су регулисани дискриминација и заштита од дискриминације и посебну пажњу посвећује поступку у парницама за заштиту од дискриминације. У раду су обрађена специфична правила по којима се поступа у овом поступку, анализирани су теоријски ставови присутни у процесној литератури, истражена је доступна публикована судска пракса и указано је на недостатке у регулисању овог вида правне заштите од дискриминације.

Кључне речи: дискриминација, судска заштита, посебан парнични поступак, тужба.

1. Функционисање савременог друштва подразумева равноправност свих његових чланова и одсуство дискриминације као глобалне друштвене појаве. Равноправност у остваривању различитих људских права основ је демократског друштва и стварања услова за несметано живљење и неговање специфичности појединца. Иако обележена као негација људских права и једна од најзначајнијих негативних друштвених појава,¹ дискриминација је у савременом друштву

¹Петрушић, Н. и др. – Примена антидискриминационог законодавства и кривичноправна заштита, студија случаја, пракса и препоруке, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012, стр. 8.

присутна у великој мери. Било да се ради о дискриминацији националних мањина, дискриминацији по основу расе или верског опредељења, дискриминацији по основу пола, дискриминацији лица која припадају одређеним вулнерабилним групама, дискриминацији старих и деце, дискриминација је појава на коју треба перманентно указивати и коју треба сузбијати.²

У Републици Србији постоји адекватан нормативни оквир у домену заштите од дискриминације. Најпре, Устав Републике Србије,³ као највиши правни акт, прописује забрану дискриминације. Одредбама из чл. 21. Устав РС прописује забрану дискриминације. Према Уставу РС пред Уставом и законом су сви једнаки и свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације. Дискриминација је забрањена, било непосредна било посредна, по било ком основу а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета.⁴

Забрана дискриминације садржана у Уставу РС била је база за конкретизацију правила о забрани дискриминације у појединим законима и доношење закона којим би била комплетно уређена област забране и заштите од дискриминације. У Републици Србији је 2009. године донет Закон о забрани дискриминације⁵ који представља основу за регулисање забране дискриминације појединаца и појединих друштвених група

² О разлозима за постојање дискриминације, видети: Стратегија превенције и заштите од дискриминације, Београд, 2013, стр. 2. Стратегију је донела Влада Републике Србије са циљем дефинисања циљева, мера и активности које ће обезбедити смањење броја случајева кршења уставног и законског начела забране дискриминације, нарочито усмерених према рањивим друштвеним групама. Стратегија је доступна на: <http://www.slglasnik.info/sr/60-10-07-2013/13430-strategija-prevencije-i-zatite-od-diskriminacije.html>, приступ: 01. мај 2015. године.

³ „Службени гласник Републике Србије“ бр. 98/2006. У даљем тексту: Устав РС.

⁴ Чл. 21. ст. 3. Устава РС. У наредном ставу овог члана прописано је да се не сматрају дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима.

⁵ „Службени гласник Републике Србије“ бр. 22/2009. У даљем тексту: ЗЗД. И у правним системима земаља у окружењу донети су закони којима се регулише област забране дискриминације и заштите од дискриминације. У Републици Хрватској је 2008. године донет Закон о сузбијању дискриминације („Народне новине“ бр. 85/2008), у Републици Црној Гори је на снази Закон о забрани дискриминације („Службени лист ЦГ“ бр. 46/2010), у Републици Македонији важи Закон за спречавање и заштита од дискриминација („Службен весник на Република Македонија“ бр. 50/2010), у Босни и Херцеговини је донет Закон о забрани дискриминације БиХ („Службени лист БиХ“ бр. 59/2009).

посебним законима за заштиту од дискриминације. У Републици Србији је донет Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом,⁶ Закон о равноправности полова,⁷ Закон о заштити лица са менталним сметњама,⁸ а још 2002. године донет је и Закон о заштити права и слобода националних мањина.⁹ С друге стране, и одредбама других закона предвиђена је забрана дискриминације у одређеним областима друштвеног живота.¹⁰

Забрана дискриминације своје упориште налази и у међународним документима. Почев од пактова и конвенција Уједињених нација,¹¹ преко

⁶„Службени гласник Републике Србије“ бр. 33/2006. У даљем тексту: ЗСДОИ.

⁷„Службени гласник Републике Србије“ бр. 104/2009. У даљем тексту: ЗРП.

⁸„Службени гласник Републике Србије“ бр. 45/2013. У даљем тексту: ЗЗЛМС. Одредбом из чл. 4. овог закона прописано је да се заштита лица са менталним сметњама врши без дискриминације по основу расе, пола, рођења, језика, држављанства, националне припадности, вероисповести, политичког или другог уверења, образовања, правног или социјалног статуса, имовног стања, узраста, инвалидитета или било којег другог личног својства. Такође, прокламује се и забрана дискриминације по основу менталних сметњи.

⁹„Службени лист СРЈ“ бр. 11/2002, „Службени лист СЦГ“ бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Службени гласник РС“ бр. 72/2009 – др. закон.

¹⁰Нпр. Закон о раду Републике Србије (Службени гласник Републике Србије“ бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014. У даљем тексту: ЗР) у одредбама из чл. 18 – 23. прописује забрану дискриминације. Регулишући појам посредне и непосредне дискриминације, ЗР забрањује непосредну и посредну дискриминацију лица која траже запослење, као и запослених, с обзиром на пол, рођење, језик, расу, боју коже, старост, трудноћу, здравствено стање, односно инвалидност, националну припадност, вероисповест, брачни статус, породичне обавезе, сексуално опредељење, политичко или друго уверење, социјално порекло, имовинско стање, чланство у политичким организацијама, синдикатима или неко друго лично својство. Надаље, ЗР прописује у погледу којих аспеката рада и радног односа је дискриминација забрањена, у којим случајевима се сматра да нема дискриминације и право дискриминисаног лица на правну заштиту. Закон о здравственој заштити Републике Србије („Службени гласник Републике Србије“ бр.07/2005, 72/2009, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013, 93/2014) у чл. 20. регулишући начело правичности здравствене заштите прописује да се оно остварује забраном дискриминације приликом пружања здравствене заштите по основу расе, пола, старости, националне припадности, социјалног порекла, вероисповести, политичког или другог убеђења, имовног стања, културе, језика, врсте болести, психичког или телесног инвалидитета. Видети детаљну листу закона којима се забрањује дискриминација: Петрушић, Н. – Бекер, К. – Практикум за заштиту од дискриминације, Партнери за демократске промене Србија, Београд, 2012, стр. 12 – 13.

¹¹Нпр. Међународни пакт о грађанским и политичким правима у чл. 2. прописује: „Државе чланице овог пакта обавезују се да поштују и гарантују свим лицима која се налазе на њиховој територији и која потпадају под њихову надлежност, права призната овим пактом без обзира нарочито на расу, боју, пол, језик, веру, политичко

конвенција Међународне организације рада¹² до конвенција Савета Европе¹³ и директива¹⁴, дискриминација се описује као нежељена појава и изричито се прописује забрана дискриминације.

2. Дискриминација је као појам дефинисана одредбама ЗЗД. Свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно

или друго мишљење, национално или социјално порекло, имовно стање, рођење или сваку другу околност“ (доступно на: <http://www.ljudskaprava.gov.rs/index.php/medunarodni-pakt-o-gradanskim-i-politickim-pravima/55-medunarodni-pakt-o-gradanskim-i-politickim-pravima>, приступ: 17. април 2015). Конвенција о правима особа са инвалидитетом у чл. 3. у оквиру општих начела конвенције прописује: поштовање урођеног достојанства, индивидуалне самосталности укључујући слободу властитог избора и независности особа; забрану дискриминације; уважавање разлика и прихватање особа са инвалидитетом као дела људске разноликости и човечанства; једнаке могућности; равноправност жена и мушкараца, итд. У чл. 6. Конвенције забрањује се вишеструка дискриминација жена са инвалидитетом (доступно на: <http://www.ljudskaprava.gov.rs/index.php/yu/ljudskaprava/konvencije/56-konvencija-un-o-pravima-osoba-sa-invaliditetom/67-konvencija-un-o-pravima-osoba-sa-invaliditetom>, приступ: 17. април 2015).

¹²Нпр. Конвенција о заштити материнства бр. 183 прописује у чл. 9. забрану дискриминације због материнства: „Свака чланица усвојиће одговарајуће мере да би обезбедила да материнство не буде извор дискриминације у области радних односа, укључујући, изузетно од члана 2. став 1. ове конвенције, и могућност запошљавања“ (доступно на: <http://www.overa.rs/konvencija-medunarodne-organizacije-rada-br-183-o-zastiti-materinstva.html>, приступ: 17. април 2015).

¹³Нпр. Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода прописује забрану дискриминације при вршењу неког права гарантованог Конвенцијом: „Уживање права и слобода предвиђених у овој Конвенцији обезбеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, повезаност с неком националном мањином, имовина, рођење или други статус“ (чл. 14). Протокол број 12 уз Конвенцију прописује општу забрану дискриминације у вршењу права која су предвиђена и гарантована националним законима (доступно на: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf, приступ: 17. април 2015).

¹⁴Директива број 2000/43/ЕЦ од 29. јуна 2000. године, о спровођењу принципа једнаког поступања без обзира на расно или етничко порекло (Council directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin), Директива број 2000/78/ЕЦ од 27. новембра 2000. године, о општем оквиру за једнако поступање са грађанима приликом запошљавања и на раду (Council directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation) и Директива број 2006/54/ЕЦ о имплементацији начела једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жена у вези са питањима запошљавања и обављања занимања ((Directive 2006/54/EC of the European parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast)).

пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе као и на чланове њихових породица или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварним, односно претпостављеним личним својствима, сматра се дискриминацијом и дискриминаторским поступањем.¹⁵ Из саме дефиниције дискриминације можемо закључити да дискриминација постоји увек када се ради о неједнаком третману према одређеном лицу или групи лица, који се заснива на личним својствима лица или групе лица. Под личним својством се подразумева свако обележје које је у вези са појединцем, уз констатацију да се многа лична својства деле са осталим појединцима (нпр. пол, раса, боја коже), те се тада говори о групи лица.¹⁶ Законодавац је нотирао велики број личних својстава и то сва она лична својства која су предмет међународне регулативе када је у питању дискриминација али се сматра да листа личних својстава није коначна те да се дискриминација може вршити и према неком другом личном својству.¹⁷ Важан сегмент дефиниције дискриминације јесте да се под дискриминацијом подразумева само „неоправдано“ прављење разлике по основу личних својстава наведених у законском одређењу овог појма. Дакле, неопходно је утврдити да се ради о неоправданом дискриминаторском понашању а не о актима који потпадају под тзв. „афирмативне акције“ у односу на одређена лица или групе.¹⁸

Непосредно у вези са дискриминацијом је и прокламовано начело једнакости према коме су сви једнаки и уживају једнак положај и једнаку

¹⁵ Видети: чл. 2. ст. 1. т. 1. ЗЗД.

¹⁶ Миленковић, Д. – Водич кроз Закон о забрани дискриминације, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, 2010, стр. 24.

¹⁷ Петрушић, Н. и др. – Примена антидискриминационог законодавства и кривичноправна заштита, студија случаја, пракса и препоруке, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012, стр. 20. Аутори надаље истичу да дискриминација постоји и онда када је лице које је предузело дискриминаторско поступање било у заблуди о постојању личног својства дискриминисаног лица (стр. 20 – 21).

¹⁸ Видети детаљније: Миленковић, Д. – *op. cit.*, стр. 24 – 25; Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 9331/10 од 10.6.2011. године, Билтен Апелационог суда у Новом Саду, број 3/2011, доступно на: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/35386>, приступ: 06. мај 2015. године.

правну заштиту, без обзира на лична својства. С друге стране, свако је дужан да поштује начело једнакости, односно забрану дискриминације.¹⁹ Адресати забране дискриминације су сва физичка и правна лица која су дужна да поштују принцип једнакости а њихова обавеза се некада састоји у чињењу а некада у нечињењу. Тачније, обавеза поштовања забране дискриминације се најчешће састоји и исцрпљује путем негативне обавезе јер је обавеза сваког физичког или правног лица да се не понаша дискриминаторски, односно да се уздржи од дискриминације.²⁰ С друге стране, обавеза адресата може бити и позитивна и да се састоји у чињењу у оним ситуацијама када је неопходно предузети одређене радње у циљу спречавања дискриминације.

Када су у питању облици дискриминације, постоје непосредна и посредна дискриминација.²¹ Ако се лице или група лица, због његовог односно њиховог личног својства, у истој или сличној ситуацији, било којим актом, радњом или пропуштањем, стављају или су стављени у неповољнији положај, или би могли бити стављени у неповољнији положај, говоримо о непосредној дискриминацији. Посредна дискриминација означава стављање лица или групе лица у неповољнији положај због личних својстава, актом, радњом или пропуштањем које је привидно засновано на начелу једнакости и забране дискриминације.²²

3. Како би се дискриминација и дискриминаторско поступање санкционисали или извршила превенција таквог понашања, предвиђени су различити путеви заштите од дискриминације. Поред кривичноправне заштите и позивања на кривичноправну одговорност лица које се дискриминаторски понаша,²³ лице које је повређено дискриминаторским

¹⁹Чл. 4. ЗЗД.

²⁰Тако: Гајин, С. – Појам, облици и случајеви дискриминације, у: Антидискриминаторски закони – водич, Саша Гајин (ур.), Центар за унапређивање правних студија, Београд, 2010, стр. 12.

²¹Под облицима дискриминације се, према одредби из чл. 5. ЗЗД, сматрају и повреда начела једнаких права и обавеза, позивање на одговорност, удруживање ради вршења дискриминације, говор мржње и узмениравање и понижавајуће поступање.

²²ЗЗД у одредбама из чл. 13. предвиђа тешке облике дискриминације док у одредбама из чл. 15 – 27. регулише посебне случајеве дискриминације (нпр. дискриминација у области рада, дискриминација у области образовања и стручног оспособљавања, дискриминација деце, дискриминација по основу старосног доба, итд).

²³"Службени гласник Републике Србије", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014. У даљем тексту: КЗ. У чл. 128. ст. 1. КЗ, под називом „Поведа равноправности“ прописано је да ће затвором до три године бити кажњен онај ко због националне или етничке припадности, расе или вероисповести или због одсуства те припадности или због разлика у погледу политичког или другог убеђења, пола, језика, образовања, друштвеног положаја,

поступањем може да покрене и посебан поступак пред Повереником за заштиту равноправности²⁴ и посебан парнични поступак за заштиту од дискриминације, у домену грађанскоправне заштите. У литератури се у домену заштите од дискриминације с правом истичу и могућност изјављивања уставне жалбе²⁵ и поступак пред Европским судом за људска права у смислу да свака радња дискриминације, свака дискриминаторна норма унутрашњег права и свака радња спровођења заштите од дискриминације подлежу коначној контроли овог суда у смислу усклађености конкретног стања са праксом суда и Европском конвенцијом.²⁶

Како је предмет овог рада поступак у парницама за заштиту од дискриминације, у коме Повереник за заштиту равноправности може имати значајну улогу, и како је Повереник битна фигура и државни орган са значајном функцијом у домену дискриминације, неопходно је у пар речи указати на ову институцију. Наиме, Повереник за заштиту равноправности установљен је одредбама ЗЗД и представља централну националну институцију специјализовану за спречавање и сузбијање свих облика и видова дискриминације, са широком лепезом овлашћења предвиђених законом.²⁷ Надлежност Повереника регулисана је одредбама ЗЗД. Повереник прима и разматра притужбе због повреда одредаба закона и даје мишљења и препоруке у конкретним случајевима и изриче мере предвиђене законом; подносиоцу притужбе због дискриминације пружа информације о његовом праву и могућности покретања судског или другог поступка заштите, односно препоручује поступак мирења; има могућност да покрене посебан парнични поступак за заштиту од дискриминације у своје име а уз сагласност и за рачун дискриминисаног

социјалног порекла, имовног стања или неког другог личног својства, другоме ускрати или ограничи права човека и грађанина утврђена Уставом, законима или другим прописима или општим актима или потврђеним међународним уговорима или му на основу ове разлике даје повластице или погодности. Ако ово дело учини службено лице у вршењу службе, казниће се затвором од три месеца до пет година. Видети и остале чланове у глави четрнаестој КЗ – „Кривична дела против слобода и права човека и грађанина“.

²⁴У даљем тексту: Повереник.

²⁵ Видети: Одлука УС број – Уж-10061/2012, објављено у "Сл. гласнику РС", бр. 19/2015 од 20.02.2015. године.

²⁶Видети: Палачковић, Д. – Антидискриминационе парнице, Зборник радова међународне научне конференције „Правни систем и друштвена криза“, свеска прва, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2011, стр. 65 – 66, и литературу тамо наведену.

²⁷Тако: Петрушић, Н. – Процесни положај Повереника за заштиту равноправности у антидискриминационим парницама, Правни живот бр. 11/2012, стр. 906.

лица; подноси прекршајне пријаве због повреда права предвиђених одредбама ЗЗД, итд.²⁸ Поступак пред Повереником је посебан управни поступак који покреће лице које сматра да је претрпело дискриминацију, подносећи притужбу уз коју прилаже и доказе о претрпљеном акту дискриминације.²⁹ Повереник доставља притужбу лицу против кога је поднета и то у року од 15 дана од дана подношења притужбе. Лице против кога је притужба поднета има могућност да се о наводима притужбе изјасни у року од 15 од дана њеног пријема. Повереник утврђује чињенично стање по пријему притужбе, увидом у поднете доказе и узимањем изјаве од подносиоца притужбе. Повереник изјаву узима и од лица против којег је притужба поднета као и од других лица када је то потребно. Након утврђивања чињеничног стања, Повереник у року од 90 дана од дана пријема притужбе даје мишљење о томе да ли је дошло до повреде одредаба ЗЗД и о томе обавештава подносиоца притужбе и лице против којег је притужба поднета. Повереник уз мишљење о постојању повреде одредаба ЗЗД, лицу против којег је притужба поднета препоручује начин отклањања повреде права. То лице је дужно да поступи по препоруци, отклони повреду права у року од 30 дана од дана пријема препоруке и о томе обавести Повереника. У супротном, Повереник му изриче меру опомене а може известити јавност о томе да лице коме је опомена изречена ни у року од 30 дана од дана изрицања опомене није отклонило повреду права.³⁰

4. Грађанскоправна заштита од дискриминације предвиђена је одредбама ЗЗД. Грађанскоправна заштита од дискриминације пружа се по правилима посебног парничног поступка. Одређена питања у вези са поступком, као што су процесна легитимација, надлежност суда, покретање поступка, привремене мере, правила о терету доказивања и могућност покретања поступка од стране других лица, регулисана су одредбама ЗЗД а општом одредбом је прописано да се у поступку заштите

²⁸ Видети: чл. 33. ЗЗД. Повереник упозорава јавност на најчешће, типичне и тешке случајеве дискриминације; прати спровођење закона и других прописа, иницира доношење или измену прописа ради спровођења или унапређивања заштите од дискриминације; даје мишљење о одредбама нацрта закона и других прописа који се тичу забране дискриминације.

²⁹ Пре предузимања других радњи у поступку, Повереник предлаже спровођење поступка мирне у складу са законом којим се уређује поступак медијације (чл. 38. ЗЗД).

³⁰ Поступак пред Повереником је регулисан одредбама из чл. 33 – 40. ЗЗД, уз констатацију да се на поступак пред Повереником сходно примењују одредбе закона којим се уређује општи управни поступак (чл. 40. ст. 4. ЗЗД).

од дискриминације сходно примењују одредбе Закона о парничном поступку.³¹

Питање процесне легитимације за покретање поступка у парницама за заштиту од дискриминације решено је тако што је законом прописано да свако ко је повређен дискриминаторским поступањем има право да подигне тужбу код суда.³² Произлази да активну процесну легитимацију има дискриминисано физичко лице, дискриминисано правно лице или дискриминисана група лица. Осим овим лицима и групама лица, процесна легитимација призната је и другим лицима која самостално могу покренути поступак у парницама за заштиту од дискриминације. Најпре, тужбу код суда може подићи Повереник за заштиту равноправности, у одређеним случајевима и под одређеним условима, потом то могу учинити и организације које се баве заштитом људских права, односно права одређене групе лица, као и лице које се свесно изложило дискриминаторском поступању како би проверило примену правила о забрани дискриминације у конкретном случају.³³

Повереник може подићи тужбу за заштиту од дискриминације под одређеним условима. Најпре, неопходно је да је лице које је дискриминисано поднело притужбу Поверенику. Лица овлашћена одредбом из чл. 15. Пословника о раду Повереника за заштиту равноправности³⁴ подносе притужбу Поверенику. Када се у поступку по притужби утврди да је дошло до дискриминације, Повереник ће подићи тужбу код надлежног суда ако оцени да је то, с обзиром на околности случаја, целисходно ради остваривања делотворне заштите од дискриминације, унапређивања судске праксе у парницама за заштиту од дискриминације, подизања свести јавности и др.³⁵ Како се у поступку у парницама за заштиту од дискриминације пружа заштита

³¹ Видети: „Службени гласник Републике Србије“ бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014. У даљем тексту: ЗПП.

³² Чл. 41. ст. 1. ЗЗД.

³³ Чл. 46. ЗЗД.

³⁴ Видети: „Службени гласник Републике Србије“ бр. 34/2011.

³⁵ Чл. 34. ст. 1. Пословника. Није неопходно да је поступак пред Повереником окончан и да је Повереник дао мишљење и препоруку како би се покренуо поступак у парницама за заштиту од дискриминације. Поступак пред Повереником нема карактер претходног поступка нити његово окончање представља процесну претпоставку за допуштеност пружања правне заштите у парницама за заштиту од дискриминације (У том смислу: Петрушић, Н. – Процесни положај Повереника за заштиту равноправности у антидискриминационим парницама, Правни живот бр. 11/2012, стр. 917).

дискриминисаном лицу али и штити јавни интерес,³⁶ Повереник сам одлучује које ће случајеве изнети пред суд. У овом случају се говори о тзв. „стратешким парницама“ које Повереник покреће и води у општем интересу, у којима као тужилац, својом процесном активношћу, треба да допринесе остварењу различитих циљева – доследној примени прописа у вези са дискриминацијом, унапређењу правне праксе, мотивисању дискриминисаних лица на покретање поступка у парницама за заштиту од дискриминације, указивање на дискриминацију и едукацији јавности у овој области.³⁷

Када је дискриминаторским поступањем повређено искључиво једно лице, Повереник може подићи тужбу и покренути поступак за заштиту од дискриминације само уз пристанак тог лица. У литератури се сматра да је ова посебна процесна претпоставка у погледу покретања поступка тужбом Повереника сасвим оправдана јер се мора поштовати воља дискриминисаног лица које ће само проценити да ли је заинтересовано за судску заштиту, иако општи интерес оправдава покретање поступка тужбом Повереника.³⁸ Пристанак дискриминисаног лица мора бити у писменом облику. Изјава дискриминисаног лица да пристаје да Повереник покрене парницу и затражи пружање правне заштите од дискриминације се прилаже уз тужбу. Уколико пристанак дискриминисаног лица није поднет уз тужбу као доказ, суд ће тужбу одбацити. Уколико се ради о дискриминацији групе лица, пристанак за покретање парнице није потребан.

Тужбу за заштиту од дискриминације могу подићи и организације које се баве заштитом људских права, односно права одређене групе лица. И за подизање тужбе од стране организације која се бави људским правима, а када се ради о дискриминацији одређеног лица, важи правило да је неопходан пристанак тог лица у писменом облику.

5. У поступку у парницама за заштиту од дискриминације стварно је надлежан основни суд. Према одредби из чл. 22. ст. 2. Закона о уређењу судова Републике Србије,³⁹ основни суд у првом степену суди у грађанскоправним споровима ако за поједине од њих није надлежан неки

³⁶Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Мегатренд Универзитет, Београд, 2013, стр. 616.

³⁷Тако: Петрушић, Н. – Процесни положај Повереника за заштиту равноправности у антидискриминационим парницама, Правни живот бр. 11/2012, стр. 911.

³⁸Исто.

³⁹"Сл. гласник РС", бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011 и 101/2013. У даљем тексту: ЗУС.

други суд.⁴⁰

Месна надлежност суда у парницама за заштиту од дискриминације је одређена на специфичан начин. Поред суда опште месне надлежности, надлежан је и суд на чијем подручју је седиште, односно пребивалиште тужиоца.⁴¹ Законодавац даје могућност дискриминисаном лицу да тужбу подигне не само код суда опште месне надлежности која се одређује према пребивалишту, односно боравишту или седишту туженог, већ и код суда на чијем подручју он као тужилац има седиште, односно пребивалиште. Овде се ради о изборној месној надлежности која на својеврстан начин привилегује дискриминисано лице и олакшава му приступ суду.⁴²

6. Поступак у парницама за заштиту од дискриминације покреће се тужбом. Тужилац у тужби истиче свој правозаштитни захтев и, према закону, може тражити: забрану извршења радње од које прети дискриминација, забрану даљег вршења радње дискриминације, односно забрану даљег понављања радње дискриминације; утврђење да је тужени дискриминаторски поступао према тужиоцу или другоме; извршење радње ради уклањања последица дискриминаторског поступања; накнаду материјалне и нематеријалне штете и објављивање пресуде донете поводом неке од напред наведених тужби.⁴³ Законска формулација врста тужби којима се може покренути поступак у парницама за заштиту од дискриминације указује на чињеницу да су тужбе по својој правној природи кондемпнаторног или декларативног карактера.

Тужба има кондемпнаторни карактер када тужилац тражи забрану извршења радње од које прети дискриминација, забрану даљег вршења радње дискриминације или забрану понављања радње дискриминације. Тужилац захтева од суда да туженом наложи да се уздржи од извршења радње од које прети дискриминација, да изрекне туженом забрану даљег вршења радње дискриминације која још увек траје или забрану понављања радње дискриминације у случају да је радња дискриминације

⁴⁰ Могућа је и надлежност вишег суда у првом степену уколико вредност предмета спора омогућава изјављивање ревизије (чл. 23. ст. 1. т. 7. ЗУС).

⁴¹Чл. 42. ЗЗД.

⁴² Сматра се да се у овом случају, применом правила одредбе из чл. 46. ЗПП, као месно надлежан суд може јавити и суд на чијем је подручју извршена штетна радња. Датом одредбом је прописано да је у поступку у парницама због повреде права личности, поред суда опште месне надлежности, надлежан и суд на чијем је подручју штетна радња извршена (Видети: Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, група аутора, Петрушић, Н. (ур.), Повереник за заштиту равноправности и Правосудна академија, стр. 243).

⁴³Чл. 43. ЗЗД.

већ претходно предузета. Ова тужба се назива тужбом за спречавање дискриминације јер је њен циљ превентивна заштита од дискриминације.⁴⁴ С друге стране, у литератури се ова тужба назива и тужбом за пропуштање и истиче да се њоме захтева правна заштита све док постоји опасност да ће дискриминаторска радња бити извршена, да ће бити настављено њено вршење или да ће се поновити.⁴⁵ Право да подигне ову тужбу има оно лице које је угрожено опасношћу од дискриминације с тим да радња која би била извршена, настављена или поновљена мора да се односи непосредно на то лице.⁴⁶

Следећа тужба кондемпнаторног карактера је тужба којом се од суда тражи да туженом наложи извршење радње ради уклањања последица дискриминаторског поступања. Ова тужба се назива тужбом за уклањање стања дискриминације⁴⁷ јер се њоме захтева да се туженом наложи извршење друге радње, различите природе од радње дискриминације којом ће бити анулирано стање дискриминације које још увек траје. Тужбом се захтева да се уклони извор дискриминације, да се ситуација врати у стање пре извршене дискриминације а тужилац треба у тужби да наведе коју правну или фактичку радњу, у зависности од конкретног случаја, тужени треба да предузме у циљу уклањања стања дискриминације.⁴⁸ Разлика у односу на тужбу за спречавање дискриминације је очигледна. Тужбом за спречавање дискриминације се захтева да се туженом забрани извршење радње дискриминације, њено настављање или њено понављање а тужбом за уклањање стања дискриминације се захтева управо супротно – да се туженом наложи извршење радње која ће моћи да уклони стање дискриминације које још увек траје.

Захтев кондемпнаторног карактера садржан је и у тужби за накнаду

⁴⁴Петрушић, Н. – Бекер, К., наведено дело, стр. 50.

⁴⁵Тако: Водинелић, В. – Судска заштита по тужби због дискриминације, у: Антидискриминаторски закони – водич, Саша Гајин (ур.), Центар за унапређивање правних студија, Београд, 2010, стр. 70. Проф. Водинелић говори о превентивној и реактивној заштити од дискриминације и притом, под превентивном заштитом подразумева заштиту од дискриминације која се тражи тужбом за пропуштање са циљем да се спречи дискриминација, док под реактивном заштитом подразумева заштиту од већ остварене дискриминације која се захтева тужбом за уклањање, тужбом за утврђење и тужбом за накнаду штете.

⁴⁶ Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, група аутора, Петрушић, Н. (ур.), Повереник за заштиту равноправности и Правосудна академија, стр. 225.

⁴⁷Петрушић, Н. – Бекер, К., наведено дело, стр. 50; Водинелић, В. – Судска заштита по тужби због дискриминације, у: Антидискриминаторски закони – водич, Саша Гајин (ур.), Центар за унапређивање правних студија, Београд, 2010, стр. 71.

⁴⁸Петрушић, Н. – Бекер, К., наведено дело, стр. 50.

материјалне и нематеријалне штете. Како дискриминаторско поступање, односно радња дискриминације могу имати за последицу настанак материјалне или нематеријалне штете по дискриминисано лице, оно има могућност да подигне тужбу и захтева осуду на чинидбу туженог дискриминатора. Сам акт дискриминације не представља штету нити сваки акт дискриминације мора имати штету за своју последицу. Међутим, у случају да је радња дискриминације изазвала штету по дискриминисано лице, оно ће моћи тужбом за накнаду штете због дискриминације захтевати надокнаду стварне штете и измакле добити, као врста материјалне штете, и накнаду нематеријалне штете због претрпљених душевних болова, физичких болова или страха.⁴⁹

И најзад, четврти кондеминаторни захтев⁵⁰ односи се на објављивање пресуде донете против туженог због дискриминације. Тужилац тужбом захтева од суда да наложи туженом да, у случају да је против њега донета пресуда због дискриминације, пресуду о свом трошку објави. Уколико је против туженог донета пресуда због дискриминације по тужби за спречавање дискриминације, по тужби за уклањање последица дискриминације, тужби за утврђење дискриминације или тужби за накнаду штете због дискриминације, тужилац има право да захтева да тужени о свом трошку објави донету пресуду. Тужилац ће имати право да захтева објављивање пресуде уколико је дискриминација извршена у јавности.⁵¹ Објављивање пресуде има велики значај јер се на тај начин превентивно делује на спречавање дискриминације указивањем на чињеницу да одређене радње представљају акте дискриминације, да као такве нису допуштене и да могу бити правно санкционисане.

Тужбени захтев декларативне природе⁵² истиче се са циљем да се

⁴⁹ Детаљно: Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, група аутора, Петрушић, Н. (ур.), Повереник за заштиту равноправности и Правосудна академија, стр. 232 – 236. Видети и: Пресуда Врховног суда Србије Рев. 229/04 од 21. априла 2004. године) - Билтен Окружног суда у Београду, бр. 65/2005, доступно на: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/23074>, приступ: 06. мај 2015. године;

⁵⁰ У литератури процесног права се истиче да се, осим у случају тужбе за накнаду штете, захтеви кондеминаторног карактера садржани у осталим видовима тужби због дискриминације разликују од класичних осуђујућих тужбених захтева (Детаљно: Палачковић, Д. – наведено дело, стр. 68 – 69, и литература тамо наведена).

⁵¹ Путем новина, билборда, на стадиону, путем масмедија, на митингу (Петрушић, Н. – Бекер, К., наведено дело, стр. 51; Водинелић, В. – Водинелић, В. – Судска заштита по тужби због дискриминације, у: Антидискриминаторни закони – водич, Саша Гајин (ур.), Центар за унапређивање правних студија, Београд, 2010, стр. 73).

⁵² Изузев одредаба 33Д, као кровног закона за заштиту од дискриминације, и други закони у овој области прописују врсте тужби којима се може покренути посебан парнични поступак за заштиту од дискриминације. Тако, ЗРП у одредбама из чл. 43.

утврди да је тужени дискриминаторски поступао према тужиоцу или другоме. Уопштено, тужбом за утврђење се тражи да се утврди да постоји или не постоји одређени правни однос, одређено право, повреда права личности или да је истинита или неистинита одређена исправа. У овом случају, тужбом за утврђење дискриминације, која је по својој правној природи тужба за позитивно утврђење, тужилац захтева од суда да утврди да се тужени дискриминаторски понашао с обзиром на одређено лично својство дискриминисаног лица. Оправданост овог вида тужбеног захтева се посебно истиче у оним ситуацијама када извршилац акта дискриминације оспорава недопуштено своје радње, када негира да је предузео акт дискриминације и када тврди и сматра да има право да се понаша на тај начин и тако ствара и одржава стање дискриминације.⁵³

Тужилац у тужби може да истакне само један од предвиђених тужбених захтева али их може и кумулирати, када су у питању захтеви кондемпнаторне природе. Захтев за утврђење дискриминације је захтев који се самостално истиче и који се не може кумулирати са осталим тужбеним захтевима.⁵⁴ Тужилац може бити заинтересован да тужбом тражи само утврђење да је дискриминација наступила и да нема правног

ст. 1. т. 1 – 6. прописује да свако лице коме је повређено право или слобода због припадности одређеном полу може да покрене поступак пред надлежним судом и захтева: утврђивање повреде извршене дискриминаторским поступањем; забрану вршења радњи од којих прети повреда; забрану даљег предузимања, односно понављања радњи које су изазвале повреду; стављање ван промета средстава, односно предмета којима је извршена повреда; отклањање повреде и успостављање положаја, односно стања пре извршене повреде, и накнаду материјалне и нематеријалне штете. ЗСДОИ, такође, у одредбама из чл. 43. прописује да се тужбом, којом се покреће поступак за заштиту од дискриминације због инвалидности, може тражити: забрана извршења радње од које прети дискриминација, забрана даљег вршења радње дискриминације, односно забрана понављања радње дискриминација; извршење радње ради уклањања последица дискриминаторског поступања; утврђење да је тужени према тужиоцу дискриминаторски поступао, и накнада метријалне и нематеријалне штете. Евидентно је да се поступак у парницама за заштиту од дискриминације по основу пола или инвалидитета покреће такође тужбом кондемпнаторног или декларативног карактера (Видети детаљно: Пајванчић, М. – Петрушић, Н. – Јашаревић, С. - Коментар Закона о равноправности полова, Центар модерних вештина, Београд, 2010, стр. 107 – 111).

⁵³У том смислу: Водинелић, В. – Тужбе за заштиту од дискриминације, Антидискриминационо право, водич, Саша Гајин (ур.), Центар за унапређивање правних студија, Београд, 2008, стр. 37; Петрушић, Н. – Бекер, К., наведено дело, стр. 50.

⁵⁴Водинелић, В. – Судска заштита по тужби због дискриминације, у: Антидискриминациони закони – водич, Саша Гајин (ур.), Центар за унапређивање правних студија, Београд, 2010, стр. 72.

интереса за заштиту друге врсте. Међутим, када истиче један од захтева кондемпнаторне природе, нема места кумулацији таквог захтева и захтева за утврђење. То је и логична последица чињенице да је у захтеву за осуду на чинидбу прећутно садржан захтев за утврђење и да ће суд, пре него што дискриминатору наложи забрану вршења радње, забрану понављања радње, наложи извршење радње ради уклањања последица дискриминације или нареди накнаду штете, утврдити да је дошло до дискриминације и на тај начин тужбени захтев оценити као основан. Тужбени захтеви кондемпнаторне природе се могу међусобно кумулирати.

Несамосталну природу има само захтев за објављивање пресуде донете против туженог због дискриминације који се истиче уз неки од самосталних захтева за заштиту од дискриминације.

7. Привремене мере представљају правна средства којима овлашћено лице обезбеђује остварење свог материјалноправног захтева у парничном, ванпарничном или извршном поступку а њихово дејство се огледа у обезбеђењу једног потраживања у временски ограниченом трајању.⁵⁵ Оне се могу одредити пре покретања судског поступка, у току поступка и по његовом окончању, све док извршење не буде спроведено, са циљем обезбеђења новчаног или неновчаног потраживања.

Приликом регулисања судске заштите због дискриминације, законодавац је предвидео могућност одређивања привремене мере. Одредбом из чл. 44. ст. 1. ЗЗД прописано је да тужилац може уз тужбу, у току поступка, као и по окончању поступка, све док извршење не буде спроведено, захтевати да суд привременом мером спречи дискриминаторско поступање ради отклањања опасности од насиља или веће ненакнадиве штете. Карактеристична је чињеница да је законодавац временски ограничио могућност тражења привремене мере.⁵⁶ По правилу,

⁵⁵Детаљно о привременим мерама: Станковић, Г. – Боранијашевић, В. – Извршно процесно право, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2014, стр. 285 – 286.

⁵⁶О томе и: Палачковић, Д. – наведено дело, стр. 77. Када су у питању привремене мере, и ЗРП у одредби из чл. 50. ст. 1. предвиђа својеврсно временско ограничење тражења привремене мере: „Пре покретања или у току поступка у парници за остваривање грађанскоправне заштите због дискриминације по основу пола, дискриминисано лице, односно субјекти који су овлашћени на покретање поступка, могу захтевати одређивање привремене мере којом се забрањује дискриминаторско поступање до правноснажног окончања поступка“. Закључак који следи је да се привремена мера може тражити пре покретања поступка или у току самог поступка али да се не може тражити након доношења судске одлуке све док извршење не буде спроведено. И ЗСДОИ у одредби из чл. 45. ст. 1. прописује да лице може уз тужбу за заштиту од дискриминације због инвалидности, у току судског поступка, као и по окончању судског поступка, све док извршење не буде спроведено, захтевати да суд

привремена мера се може тражити и одредити пре покретања судског поступка, у току самог поступка и по окончању поступка, све док извршење не буде спроведено. У поступку у парницама за заштиту од дискриминације први тренутак у коме тужилац може тражити издавање привремене мере је подизање тужбе. Дакле, уз иницијалну парничну радњу којом тужилац покреће парнични поступак и захтева пружање правне заштите због дискриминације, он може захтевати од суда и одређивање привремене мере. Тужилац тражи од суда да забрани, привремено, извршење, настављање или понављање радње дискриминације. Такође, тужилац може тражити да се привременом мером нареди лицу које врши дискриминацију да изврши радњу којом ће уклонити стање дискриминације или радњу којом ће обезбедити захтев за накнаду штете лица које је доживело дискриминацију. Чињеница да се привремена мера не може тражити пре покретања судског поступка сматра се суужењем заштите због дискриминације јер и у овим случајевима постоји једнака потреба да се као и иначе интервенише и пре подношења тужбе.⁵⁷

Тужилац је дужан да у предлогу за издавање привремене мере учини вероватним да је мера потребна да би се спречила опасност од насиља због дискриминаторског поступања, спречила употреба силе или настанак ненакнадиве штете. Тужилац је дужан да у предлогу за издавање привремене мере наведе чињенице на којима заснива свој предлог и приложи доказе помоћу којих ће суд моћи да се увери да вероватно постоји потреба да се одреди конкретна мера обезбеђења. У овом случају, пошто нема могућности да се тражи привремена мера пре покретања поступка, поступак за одређивање привремене мере се води као адхезиони поступак уз поступак за заштиту од дискриминације.

Суд је дужан да о предлогу за издавање привремене мере одлучи без одлагања, а најкасније у року од три дана од дана пријема предлога.⁵⁸

привременом мером забрани дискриминаторско поступање да би се отклонила опасност од насиља или већа ненадокнадива штета. И у овом случају, није могућно тражење привремене мере пре покретања судског поступка.

⁵⁷У том смислу: Водинелић, В. – Тужбе за заштиту од дискриминације, Антидискриминационо право, водич, Саша Гајин (ур.), Центар за унапређивање правних студија, Београд, 2008, стр. 44.

⁵⁸Чл. 44. ст. 3. ЗЗД. ЗСДОИ у одредби из чл. 45. ст. 3. прописује да је суд дужан да о предлогу за издавање привремене мере одлучи у року од 48 сати од дана пријема предлога. ЗРП прописује да суд о предлогу за издавање привремене мере дужан да одлучи у року од три дана од дана пријема предлога. Рок за приговор против одлуке о привременој мери је 48 сати од пријема одлуке а одлука о приговору се доноси у наредних 48 сати (чл. 47. ст. 3 – 4. ЗРП).

Могућност одређивања привремене мере, као мере обезбеђења, врло је значајно када је у питању дискриминација. Њоме се остварује превентивна заштита дискриминисаног лица које ће остварити потпуну правну заштиту пошто суд коначно одлучи о тужбеном захтеву. С друге стране, како се привремена мера може тражити и након доношења судске одлуке а пре но што је извршење спроведено, тужилац има могућност да тражењем привремене мере и њеним одређивањем након доношења судске одлуке осујети евентуално отуђење имовине од стране туженог и отежање принудног извршења.

8. Одлуку о основаности тужбеног захтева суд доноси утврђивањем чињеница у поступку. Онда када су чињенице спорне, оне се морају доказати како би суд стекао уверење да је тужбени захтев основан. У посебном парничном поступку у парницама за заштиту од дискриминације важе специфична правила у погледу терета доказивања.

Сходном применом одредаба ЗПП закључује се да је терет доказивања на странци која износи одређену чињеницу за коју сматра да је за њу повољна те је она и дужна да такву чињеницу докаже. Уколико странка жели да успе у парници, она сноси специфичан процесни терет у погледу изношења доказног материјала и треба да докаже истинитост одређене чињенице.⁵⁹ Уколико успе да докаже да таква чињеница постоји суд ће је утврдити и сматрати да постоји. У супротном, уколико странка не докаже постојање такве чињенице то може резултирати губљењем парнице.

Законодавац је одредбама ЗЗД прописао да уколико тужилац учини вероватним да је тужени извршио акт дискриминације, терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно начела једнаких права и обавеза сноси тужени.⁶⁰ Евидентно је да су правила о терету доказивања другачија у односу на општа правила о терету доказивања и сматра се у теорији да су ова посебна правила уведена како би се олакшао положај тужиоца посебно са аспекта да је изузетно тешко да се са великим степеном извесности докаже да је неједнако поступање засновано на личном својству лица.⁶¹ У суштини, задатак је тужиоца да учини вероватним да је дискриминатор извршио акт дискриминације с обзиром на лично својство одређеног лица или групе лица. Када тужилац успе у томе и учини вероватним постојање акта дискриминације, тада терет доказивања прелази на туженог. Тужени ће доказивати да својом радњом није прекршио начело једнакости. У

⁵⁹ Станковић, Г. – наведено дело, стр. 434.

⁶⁰ Чл. 45. ст. 2. ЗЗД.

⁶¹ Петрушић, Н. – Бекер, К. – наведено дело, стр. 52.

зависности од тога да ли је успео или није да то докаже, суд ће утврдити да није прекршено ово начело или да је прекршено и да је до дискриминације дошло. У литератури се истиче да није прихватљиво сматрати да тужени треба да доказује до нивоа извесности да до повреде није дошло, само зато што је тужилац учинио вероватним оно што тврди.⁶²

Треба напоменути да се у поступку доказивања не доказују мотиви и разлози због којих је неко извршио акт дискриминације јер је сам акт последица личног става одређеног лица. Стога се сматра да је то са аспекта закона неважно јер закон не забрањује ставове људи али санкционише понашања којима се такви ставови испољавају.⁶³ Закон не регулише нечије ставове који су потпуно лични већ само регулише радње кроз које се такви ставови манифестују.⁶⁴

Законодавац је прописао и правило по коме тужени не може да се ослободи своје одговорности доказивањем да није крив, уколико је суд утврдио да је извршена радња дискриминације или је то међу странкама неспорно.

9. Пресуда коју суд доноси у поступку у парницама за заштиту од дискриминације има осуђавни или утврђујући карактер. Уколико је тужбени захтев имао кондемпнаторну природу и пресуда ће бити кондемпнаторна и биће подобна за принудно извршење. Уколико је поступак покренут тужбом за утврђење, пресуда ће бити утврђујућа и неће бити подобна за принудно извршење а правна заштита се остварује наступањем њене правноснажности.

10. Поступак у парницама за заштиту од дискриминације је хитан.⁶⁵ Нарочита хитност поступка предвиђена је одредбама ЗРП која је конкретизована прописивањем специфичних правила која одступају од правила општег парничног поступка.⁶⁶

Када су у питању правни лекови, ревизија је увек допуштена.⁶⁷

⁶² Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, група аутора, Петрушић, Н. (ур.), Повереник за заштиту равноправности и Правосудна академија, стр. 270.

⁶³ Исто.

⁶⁴ Видети: Приручник о европском антидискриминационом праву, ИРЗ, Београд, 2014, стр. 126.

⁶⁵ Чл. 41. ст. 3. ЗЗД.

⁶⁶ У чл. 47. ЗРП прописана је нарочита хитност поступка. Прво рочиште се мора одржати у року од 15 дана од дана пријема тужбе. Рок за одговор на тужбу је осам дана. Рок за жалбу је осам дана а другостепени суд је дужан да по жалби одлучи у року од три месеца од дана њеног подношења.

⁶⁷ Чл. 41. ст. 4. ЗЗД. Видети: Пресуда Врховног касационог суда Рев2 537/12 од 27. 06. 2012. године, доступно на: <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev2-53712-diskriminacija>, приступљено: 3. маја 2015. године.

11. Стварање адекватног нормативног оквира за заштиту од дискриминације значајан је корак у превенцији и санкционисању дискриминације као негативне друштвене појаве која је присутна у свакодневном животу. Правилна примена законских правила у овој области, пријављивање дискриминације, покретање поступака за заштиту од дискриминације у функцији су како спречавања настанка дискриминације, њеног понављања, отклањања настале штете, тако и у едукацији јавности да дискриминација представља недозвољено понашање и да санкције погађају оне који се дискриминаторски понашају. Када је у питању грађанскоправна заштита од дискриминације, законодавац је у великој мери прописао правила по којима се поступа у посебном парничном поступку за заштиту од дискриминације. Прописујући правила о надлежности, тужбама којима се поступак покреће, правила о терету доказивања, итд. законодавац је нагласио специфичност овог поступка који се разликује од опште парничне процедуре. С друге стране, у недостатку посебних правила предвиђена је и сходна примена правила ЗПП.

Законодавцу је могуће замерити што, по угледу на решења из окружења, није предвидео правила у погледу одређених процесних института, без обзира на сходну примену правила опште парничне процедуре (нпр. правила о кумулацији тужбених захтева, о учешћу трећих лица у парници, правила којима се конкретизује хитност у поступању, детаљнија правила у погледу тужбеног захтева за објављивање пресуде због дискриминације, итд). У том смислу, потенцијалне измене и допуне регулативе у овој области могу допринети успостављању потпунијег система грађанскоправне заштите од дискриминације.

Vladimir Boranijašević, Ph.D.
Associate Professor
Faculty of Law, University of Priština
Kosovska Mitrovica

THE PROCEDURE IN LITIGATIONS FOR PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION

Summary

The functioning of modern society means equality of all of its members as well as absence of discrimination as a global social phenomenon. Equality in realizing different human rights represents a basis of democratic society and creation of conditions for undisturbed living and cherishing specificities of an individual. Although labeled as negation of human rights and one of the most prominent negative social phenomena, discrimination is present in the modern society to a large degree.

There is an adequate normative framework in the Republic of Serbia in the area of protection against discrimination. The Anti-discrimination Law was introduced in 2009 and it represents a basis for regulation of prohibition of discrimination of individuals or certain social groups by special laws for protection against discrimination. The regulations of this law plan for the rules to act in accordance with in the procedure litigations for protection against discrimination.

In the paper the author firstly points to the notion of discrimination, notes the international and national sources which regulate the discrimination and protection against discrimination. Special attention is devoted to the procedure in litigations for protection against discrimination. The author in the paper deals with the specific rules to act in accordance with in this procedure. Theoretical approaches present in the literature have been analyzed, available published jurisprudence has been researched and defects in regulation of this way of legal protection against discrimination have been pointed to.

Др Олга Јовић Прлаиновић

**Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици**

ПРАВО НА ЈЕДНАКОСТ ДЕЦЕ СА ПОСЕБНИМ ПОТРЕБАМА – ПРАВО НА ОБРАЗОВАЊЕ

Апстракт: Антидискриминација деце са посебним потребама у образовном систему односи се на напуштање медицинског модела стручне подршке у којем је детету ометеном у развоју држава образовање обезбеђивала похађањем школе по посебно прилагођеном програму чиме је дете са посебним потребама изопштавала из система редовног образовања, што је, у супротности са основним принципима права детета о забрани дискриминације и праву на једнаки приступ образовању. Код медицинског модела подршке у првом плану је акценат стављан на ометеност и дијагнозу, односно на усмеравање на конкретну сметњу и третмане који треба да ублаже или отклоне последице оштећења, док се у мањој мери водило рачуна о личности детета у целини и о његовим очуваним потенцијалима. Супротно медицинском, социјални модел образовања деце са посебним потребама, оповргава поремећај у друштвеној функцији детета и његовог односа према околини, одакле произилази да организована активност у правцу инклузивног образовање представља најквалитетнији начин стимулисања и унапређивања развоја деце са посебним потребама. Инклузивно образовање подразумева могућност школског система националне државе да обезбеди квалитетно образовање свој деци, без обзира на њихове различитости. Како се приступ детету са посебним потребама на међународном, европском и националном нивоу непрестано унапређује, пажња ауторке у овом раду је управо томе посвећена.

Кључне речи: дете са посебним потребама; право на једнакост; право на образовање; инклузивно образовање.

1. Дете са посебним потребама, односно дете са сметњама у развоју или хендикепирано дете, због физичких или менталних недостатака, или социјалних ограничења, има смањене могућности за учествовање у нормалном животу заједнице под истим условима са осталим члановима заједнице. Будући да је положај деце са посебним потребама условљен друштвеним факторима (социјалним, културним и

економским чиниоцима у једном друштву) и у тесној вези са могућностима које средина у којој деца са посебним потребама живе обезбеђује за њихов развој, превазилажење постојећих различитости усмерено је на подстицање услова за квалитетно образовање деце са посебним потребама и њихов развој у целини, и то како на међународном и европском нивоу, тако и у националним оквирима. У том смислу, интелектуални и социјални развој деце са посебним потребама обухваћен је мрежом права која прописују универзални међународноправни инструменти (право на заштиту здравља, забрана дискриминације, право на образовање, право на социјалну заштиту), а своју операционализацију добија кроз усвојене норме националних законодавстава.

Јасно је да економски проблеми у комбинацији са породичним, образовним и другим тешкоћама доводе до осиромашења свеукупне егзистенције детета са посебним потребама у развоју чиме је оно *de facto* онемогућено да равноправно учествује у свим облицима живота. Са тог становишта може се говорити о извесној дискриминацији ове категорије деце, како у оквиру породице (однос родитеља према детету са посебним потребама креће се од амбиваленције до одбијања, осећаја кривице, бола, стида, самосажалења), тако и у оквиру друштва као целине. Иако правно не постоји разлика између здраве деце и деце са посебним потребама, друштво свесно или несвесно пристаје на одређени вид дискриминације (уколико су ускраћене могућности за запослење, образовање или становање у достојним условима, дискриминација је очигледна).

Имајући у виду наведено, једнакост у правима, дужностима и могућностима претпоставља заштиту специфичности, односно разлика међу људима, па у функцији поштовања међународних обавеза државе из ратификованих међународних уговора, формалноправна једнакост свих грађана предвиђена је Уставом Републике Србије и подразумева примену законских норми једнако за све грађане.¹ Унапређење законодавног оквира у борби против дискриминације у Србији учињен је усвајањем Закона о забрани о дискриминације (2009)² и усвајањем многобројних прописа којима су регулисани правни механизми за спречавање и заштиту од дискриминације.³ Поред тога, системски оквир који на јединствен начин

¹ Одредба чл. 18. Устава Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006.

² Одредба чл. 2. ст. 1. Закона о забрани дискриминације, „Службени гласник РС“, бр. 22/2009.

³ Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, „Службени гласник РС“, бр. 33/2006; Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, „Службени гласник РС“, бр. 36/2009; Закон о равноправности полова, „Службени гласник РС“, бр. 104/2009; Закон о заштити права и слобода националних мањина, „Службени лист СРЈ“, бр. 11/2002, „Службени лист СЦГ“,

интегрише правне норме садржане у секторским законима Републике Србије конкретизован је кроз Стратегију превенције и заштите од дискриминације из 2013. године⁴ и Акциони план за спровођење Стратегије превенције и заштите од дискриминације од 2014-2018. године из 2014. године.⁵

2. Положај деце са посебним потребама у међународном праву доживљава свој преображај усвајањем Конвенције УН о правима детета, прокламовањем обавеза за државе чланице да поштују и обезбеде права утврђена овом Конвенцијом сваком детету које се налази под њиховом јурисдикцијом, без икакве дискриминације, укључујући и онеспособљеност детета.⁶ Одредба чл. 23. Конвенције УН о правима детета посвећена је деци са посебним потребама и својом садржином предвиђа да државе уговорнице признају ментално и физички неспособном детету уживање квалитетног живота, у условима који обезбеђују достојанство, унапређују самопоуздање и олакшавају његово активно учешће у заједници. Државе уговорнице признају право инвалидног детета на посебну бригу и охрабриваће и обезбеђивати, према расположивим средствима, детету које испуњава услове и онима одговорним за бригу о њему, пружање помоћи која се захтева и која је примерена стању детета и могућностима родитеља и других који о детету брину. Уважавајући посебне потребе неспособног детета помоћ која се пружа биће бесплатна, увек када је то могуће, узимајући у обзир финансијске могућности родитеља или других који брину о детету и биће

бр.1/2003-Уставна повеља и „Службени гласник РС“, бр. 72/2009-др.закон; Закон о младима, „Службени гласник РС“, бр. 50/2011; Закон о предшколском васпитању и образовању, „Службени гласник РС“, бр. 18/2010; Закон о основама система образовања и васпитања, „Службени гласник РС“, бр. 72/2009, 52/2011 и 55/2013; Закон о црквама и верским заједницама, „Службени гласник РС“, бр. 36/2006; Закон о раду, „Службени гласник РС“, бр. 24/2005, 61/2005 и 54/2009; Закон о спорту, „Службени гласник РС“, бр. 24/2011.

⁴ Видети Стратегију превенције и заштите од дискриминације за период од 2013. до 2018. године, стр. 3, коју је Влада Републике Србије усвојила на седници одржаној 27. јуна 2013. године, доступно на: <http://www.srbija.gov.rs> Општи циљеви Стратегије огледају се у поштовању уставног начела забране дискриминације, према лицу, односно групи лица с обзиром на његово/њено лично својство, а посебно осетљивих друштвених група (националних мањина, жена, ЛГБТ особа, особа са инвалидитетом, старијих, деце...).

⁵ Акциони план за спровођење Стратегије превенције и заштите од дискриминације 2014. до 2018. године Влада Републике Србије је усвојила на седници одржаној 3.октобра 2014. године, доступно на: <http://www.srbija.gov.rs>

⁶ Чл. 2. ст. 1. Конвенције УН о правима детета, „Службени лист СФРЈ-Међународни уговори“, бр. 15/90 и „Службени лист СРЈ-Међународни уговори“, бр. 4/96 и 2/97.

осмишљена тако да обезбеди неспособном детету делотворан приступ и стицање **образовања**, обуке, здравствене заштите, услуга рехабилитације, припрему за запошљавање и могућности рекреације на начин који води постизању највеће могуће социјалне интеграције и индивидуалног развоја детета укључујући његов духовни и културни развој. Посебан значај огледа се у томе што се државе уговорнице обавезују на међународну сарадњу у ширењу и приступу информацијама о методама образовања и професионалних услуга са циљем унапређења искустава у овој области.⁷

Конвенција УН о правима особа са сметњама у развоју,⁸ прописује конкретније одредбе о праву на образовање, па тако одредбом чл. 3. прописани су општи принципи којима ће се државе потписнице руководити: поштовање достојанства, индивидуалне аутономије укључујући слободу сопствених избора, независност личности, недискриминација, пуна и ефективна партиципација и инклузија у друштву, поштовање различитости и прихватање особа са сметњама у развоју као део људске различитости човечанства, једнакост могућности, приступачност, једнакост између мушкараца и жена. На тај начин се промовише поштовање развојних способности деце са сметњама у развоју и право да штите свој идентитет.⁹ Државе чланице ће предузети све потребне мере да деци са сметњама у развоју осигурају пуно уживање свих људских права и основних слобода на једнакој основи са другом децом, при чему ће у свим активностима које се тичу деце са сметњама у развоју најбољи интерес детета бити у средишту пажње.¹⁰ Сходно томе, државе чланице имају обавезу да деци са сметњама у развоју осигурају право на слободно изражавање мишљења у свим стварима које их се тичу и да њиховом мишљењу буде посвећена дужна пажња у складу са годинама и зрелашћу, на једнакој основи са другом децом, те да обезбеде асистенцију за реализовање тог права уколико неспособност и узраст детета то захтевају. Када је реч о праву на образовање, Конвенција о правима особа са сметњама у развоју одредбом чл. 24. обавезује државе чланице да признају право на образовање особама са сметњама у развоју без дискриминације и на основу једнаких могућности, обезбеђивањем инклузивног образовног система на свим нивоима. У реализацији овог права државе чланице ће осигурати да особе са сметњама у развоју не

⁷ Чл. 23. Конвенције о правима детета.

⁸ Конвенција УН о правима особа са сметњама у развоју (*The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*), са Опционим протоколом, која је усвојена на Генералној скупштини УН 13. децембра 2006. године, интернет презентација на: <http://www.un.org/disabilities/>

⁹ Чл. 3. Конвенције УН о правима особа са сметњама у развоју.

¹⁰ Чл. 7. ст. 1 и 2. Конвенције УН о правима особа са сметњама у развоју.

буду искључене из општег образовног система због сметњи у развоју, односно да не буду изопштена из бесплатног и обавезног основног образовања или средњег образовања на основу ометености.

3. На европском нивоу велики помак у превазилажењу негативног одређења деце са посебним потребама представља усвајање Препоруке СЕ (92) 6 о усаглашеној политици према особама са сметњама у развоју.¹¹ Основни циљеви Препоруке предвиђају да, осим савладавања академских вештина, образовање младих са сметњама у развоју треба да обухвати социјалне вештине и припрему за самостални живот у сарадњи са родитељима и образовним особљем, као и практично оспособљавање за живот и интеграцију у друштву.¹² У најбољем интересу детета је рана интервенција (да се медицинско-образовне мере примењују у предшколском узрасту), односно да дете са сметњама у развоју похађа наставу од најранијих дана. У Препоруци се даље истиче значај контаката између деце са сметњама у развоју са оном која то нису, јер је то моћни стимуланс за интеграцију обе категорије деце. То су разлози због којих би образовање детета са сметњама у развоју требало да се одвија у редовном окружењу, равноправно са осталом децом, увек када је то могуће, пружањем помоћи, подршке и неге. У сусрет њиховим специфичним потребама у сваком случају деци са сметњама у развоју треба пружити специјалну терапеутску, техничку и образовну помоћ. Уколико индивидуалне потребе детета захтевају специјализовано образовање, редовно образовање или њихову комбинацију, онда то суштински подразумева блиску сарадњу између специјалне и редовних школа, контакт деце са сметњама у развоју са вршњацима који немају сметње у развоју, подршку за прелазак у редовну школу уколико постоје жеље и реалне могућности.¹³ Образовање деце са сметњама у развоју у редовној школи претпоставља испуњење одређених захтева који се односе на то да у школи морају постојати медицинско-терапеутске и психолошке службе, одговарајућа величина учионица где ће наставнику, уколико је потребно, пружити помоћ адекватно квалификовани стручњак, опрема прилагођена

¹¹ Препорука СЕ (92) 6 о усаглашеној политици према особама са сметњама у развоју (*Recommendation No. R (92) 6 on a Coherent policy for the people with disabilities*), усвојена је 9. априла 1992. године, интернет презентација на: <http://www.independentliving.org/docs3/coe92r6.htm>

¹² Тачка 1.3. У дела Препоруке о усаглашеној политици према особама са сметњама у развоју.

¹³ Тачка 1.6. У дела Препоруке о усаглашеној политици према особама са сметњама у развоју.

деци са сметњама у развоју за бољи приступ и транспорт, постојање концепта активности за различите врсте поремећаја.¹⁴

У зависности од околности сваког појединачног случаја, посебно од специфичности поремећаја, образовање деце са сметњама у развоју са осталом децом без системске подршке смањује њихове шансе за једнакост, што упућује на потребу да државе чланице ускладе глобалну политику у сарадњи са особама са сметњама у развоју и организују се са њима и за њих како би им обезбедиле неопходну помоћ у превенцији и здравственој заштити, идентификацији поремећаја и успостављању дијагнозе, терапеутској помоћи, образовању, да особама са сметњама у развоју омогуће запослење, социјалну интеграцију, социјалну, економску и правну заштиту.¹⁵ образовање доприноси да дете са сметњама у развоју постане независан појединац, способан за нормалан друштвени живот, сходно праву на поштовање да се буде другачији. Потпуна рехабилитација обухвата мноштво комплементарних мера које ће допринети физичкој и психолошкој независности детета са сметњама у развоју.¹⁶

Образовање детета са сметњама у развоју мора бити прилагођено степену његовог поремећаја и индивидуалним потребама. Зато свака држава на националном нивоу прописује програме, услове, начин и поступак уписа и образовања детета са сметњама у развоју као ученика. Држава која детету с посебним потребама пружа образовање само у установама са прилагођеном наставом није испунила своје социјалне функције јер није обезбедила једнаке почетне могућности на подручју образовања за сву децу.

4. У Србији је Законом о основама система образовања и васпитања нормиран систем образовања којим су деца са сметњама у развоју, било које врсте и категорије, правно изједначена. Систем образовања и васпитања својом организацијом и садржајима обезбеђује могућности да деца, ученици и одрасли са сметњама у развоју и са инвалидитетом, без обзира на сопствене материјалне услове имају приступ свим нивоима образовања у установама, чиме се смањује стопа осипања из система образовања и васпитања особа са сметњама у развоју и инвалидитетом и других особа са специфичним тешкоћама у учењу и

¹⁴ Тачка 2.1. Препоруке о усаглашеној политици према особама са сметњама у развоју.

¹⁵ Тачка 2.2. Препоруке о усаглашеној политици према особама са сметњама у развоју.

¹⁶ О. Јовић, Дете са посебним потребама у процесу образовања, Правна ријеч бр. 20, Бања Лука 2010, стр. 315-327.

подршци њиховом поновном укључењу у систем, у складу са принципима инклузивног образовања.¹⁶ Особе са сметњама у развоју и са инвалидитетом имају право на образовање и васпитање које уважава њихове образовне и васпитне потребе у редовном систему образовања и васпитања, у редовном систему уз појединачну, односно групну додатну подршку или у посебној предшколској групи или школи, у складу са овим и посебним законом.¹⁷

Забрањена је дискриминација због инвалидности на свим нивоима васпитања и образовања, односно ускраћивање пријема детета предшколског узраста, ученика или студента са инвалидитетом у васпитно-образовну установу која одговара његовим образовним могућностима; искључење из васпитно-образовне установе коју већ похађа дете предшколског узраста, ученик, студент са инвалидитетом из разлога везаних за његову инвалидност; постављање неинвалидности као посебног услова за пријем у васпитно-образовну установу, укључујући подношење уверења о здравственом стању и претходну проверу психофизичких способности, осим уколико је тај услов утврђен у складу са прописима којима се уређује област образовања.¹⁸ Посебно тежак облик дискриминације по основу инвалидности јесте узнемиравање, вређање и омаловажавање инвалидног детета предшколског узраста, ученика, односно студента због инвалидности, када те радње врши васпитач, наставник или друго лице запослено у васпитној, односно образовној установи.¹⁹

Забрањене су, дакле, активности којима се угрожавају, омаловажавају, дискриминишу или издвајају лица, односно групе лица, по основу расне, националне, етничке, језичке, верске или полне припадности, физичких и психичких својстава, сметњи у развоју и инвалидитета, здравственог стања, узраста, социјалног и културног порекла, имовног стања, односно политичког опредељења и подстицање или неспречавање таквих активности, као и по другим основима утврђеним законом којим се прописује забрана дискриминације. Под дискриминацијом лица или групе лица сматра се свако непосредно или посредно, на отворен или прикривен начин, искључивање или

¹⁶ Чл. 3. тач. 4) и 4а) Закона о основама система образовања и васпитања Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 72/2009, 52/2011 и Закон о изменама и допунама Закона о основама система образовања и васпитања, „Службени гласник РС“, бр. 55/2013.

¹⁷ Чл. 6. ст. 3. Закона о основама система образовања и васпитања.

¹⁸ Чл. 18. Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, „Службени гласник РС“, бр. 33/2006

¹⁹ Чл. 20. Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом.

ограничавање права и слобода, неједнако поступање или пропуштање чињења, односно неоправдано прављење разлика повлађивањем или давањем првенства. Не сматрају се дискриминацијом посебне мере уведене ради постизања пуне равноправности, заштите и напретка лица, односно групе лица која се налазе у неједнаком положају.²⁰

Одредбама Закона о основама система образовања и васпитања, прописано је да се делатност васпитања и образовања обавља као предшколско, основно и средње васпитање и образовање којима се обезбеђује образовање и васпитање сходно степену развоја и узрасту детета, и једнаким могућностима за образовање деце са сметњама у развоју. У нашем образовном систему деца и млади са сметњама у развоју имају могућност образовања у предшколским установама (дечјим вртићима),²¹ редовним основним и средњим школама, као и у посебним институцијама где су програми и методи васпитно-образовног рада прилагођени одређеним групама у односу на специфичност њиховог инвалидитета.²²

²⁰ Чл. 44. Закона о основама система образовања и васпитања.

²¹ Чл. 34. Закона о предшколском васпитању и образовању, „Службени гласник РС“, бр. 18/2010, гласи: деца са сметњама у развоју остварују право на предшколско васпитање и образовање у васпитној групи, у васпитној групи уз додатну подршку и индивидуални васпитно-образовни план и у развојној групи, на основу индивидуалног васпитно-образовног плана. Предшколска установа која је уписала дете са сметњама у развоју може да утврди потребу за пружањем додатне образовне, здравствене или социјалне подршке и у том случају упућује захтев изабраном лекару надлежног дома здравља, односно интерресорној комисији за процену тих потреба и за пружањем додатне образовне, здравствене или социјалне подршке, коју утврђује интерресорна комисија. У једној васпитној групи не може бити више од два детета са сметњама у развоју. Број деце у васпитној групи, у коју је уписано једно дете са сметњама у развоју, умањује се за три детета у односу на број деце утврђен овим законом. Деца са сметњама у развоју могу да се укључе у васпитну групу приликом уписа.

У току похађања предшколског програма прати се развој детета и на основу предлога педагошког колегијума и стручног тима за инклузивно образовање, дете са сметњама у развоју може се пребацити из развојне у васпитну. У предшколском узрасту, дете са сметњама у развоју (на основу налаза и мишљења Комисије за категоризацију о врсти и степену инвалидности) могу да посеђују развојне групе у редовним вртићима или предшколска одељења у посебним заводима.

²² Термин „особе са инвалидитетом“ означава особе са урођеном или стеченом физичком, сензорном, интелектуалном или емоционалном онеспособљеношћу које услед друштвених или других препрека немају могућности или имају ограничене могућности да се укључе у активности друштва на истом нивоу са другима, без обзира на то да ли могу да остварују поменуте активности уз употребу техничких

Основна школа остварује школски програм, а може да остварује и индивидуални образовни план за ученике и одрасле са сметњама у развоју.²³ Према Закону о основном образовању и васпитању ученик са сметњама у развоју и инвалидитетом, у смислу овог закона, јесте дете са интелектуалним, чулним и моторичким сметњама у развоју. Ученик са сметњама у развоју и инвалидитетом стиче основно образовање и васпитање, по правилу, у школи заједно са осталим ученицима, а када је то у најбољем интересу ученика у школи за ученике са сметњама у развоју. Ученик са сметњама у развоју и инвалидитетом има право на индивидуални образовни план, у складу са Законом.²⁴ У школи за образовање ученика са сметњама у развоју школују се деца без обзира на врсту сметње, а ради унапређивања инклузивног образовања и васпитања, школа за образовање ученика са сметњама у развоју пружа подршку школи у систему редовног образовања.²⁵

Закон о средњем образовању и васпитању Републике Србије који је ступио на снагу 2014. године прописује да је делатност средњег образовања и васпитања делатност од непосредног друштвеног интереса и остварује се као јавна служба. Делатност средњег образовања и васпитања обавља се осим у гимназији, стручној школи, уметничкој школи, мешовитој школи (гимназији и стручној или уметничкој школи), школи за образовање одраслих, **школи за ученике са сметњама у развоју**.²⁶ За ученика коме је због сметњи у развоју и инвалидитета, специфичних тешкоћа у учењу, социјалне ускраћености и других разлога потребна додатна подршка у образовању и васпитању, школа обезбеђује отклањање физичких и комуникацијских препрека и зависно од потреба, доноси и индивидуални образовни план. Циљ додатне подршке у образовању и васпитању јесте постизање оптималног укључивања ученика у редован образовно-васпитни рад, осамостаљивање у вршњачком колективу и његово напредовање у образовању и припрема за свет рада.²⁷

5. Инклузивно образовање подразумева да сва деца имају могућности да похађају редовне школе, без обзира на њихове физичке, друштвене, емоционалне, језичке и друге способности. Будући да је

помагала или служби подршке. Чл. 3. ст. 1. Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом.

²³ Чл. 69. ст. 2. Закона о основама система образовања и васпитања.

²⁴ Члан 10. Закона о основном образовању и васпитању, „Службени гласник РС“, бр. 55/13.

²⁵ Чл. 18. Закона о основном образовању и васпитању.

²⁶ Чл. 3. и 4. Закона о средњем образовању и васпитању, "Службени гласник РС", бр. 55/2013.

²⁷ Чл. 12. . Закона о средњем образовању и васпитању.

функција образовања припрема за живот у друштвеној заједници, образовање у условима изолације, ограниченем искуственем простору онемогућава дете са сметњама у развоју да буде равноправно укључено у живот заједнице. Зато инклузивно образовање, као део шире стратегије једног друштва, има за циљ стварње света мира, толеранције, социјалне правде, у коме су задовољена основна права и потребе свих.²⁸ Уочавање препрека и изнајлажење решења за њихово превазилажење у локалној култури, политикама и пракси односи се на реформу образовања и на активно укључивање других сектора у организовању и пружању подршке инклузивном образовању и развоју услуга у локалним заједницама. Да би деца из осетљивих група могла да се укључе у редовне животне токове и преузела активну улогу у свом животу, важно је да буду укључена у образовно васпитни систем. Сходно томе, редовне школе с инклузивном оријентацијом имају највише ефекта у спречавању дискриминације деце са посебним потребама, с обзиром да стварају заједнице у којима су сви прихваћени, граде инклузивно друштво достизањем образовања за све, пружају образовање већини ученика и побољшавају исплативост у целокупном образовном систему.²⁹

УНЕСКО Изјава и Оквир за акцију о посебним образовним потребама (1994) Саламанка, Шпанија.³⁰ Изјава из Саламанке кроз садржину пет тачака прокламује као основно право сваког детета право на образовање и да се детеу мора пружити прилика да постигне и одржава један прихватљиви ниво учења. Свако дете има јединствене карактеристике, интересе, способности и потребе за учењем, а из тих разлога образовни системи би требало да буду планирани и образовни програми имплементирани уз поштовање различитости ових карактеристика и потреба. Особе са посебним образовним потребама морају имати приступ редовним школама које би им биле прилагођене одговарајућим предагошким програмом. Редовне школе са инклузивном оријентацијом представљају најбољи начин спречавања дискриминације.

Инклузивни модел образовања помера границе друштва прихватањем свих његових чланова, без ограничења, уз очување

²⁸ Повеља о инклузивном образовању, реализована у оквиру програма “Мрежа подршке образовању деце са сметњама у развоју у Србији”, доступна на: <http://www.velikimali.org>

²⁹ Исто.

³⁰ UNESCO (1994): The Salamanca Statement and Framework for Action on Special Needs Education, UNESCO, Paris. UNESCO (1994): The Salamanca Statement and framework for action on special needs education, World Conference on special needs education: access and quality, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.

сопственог идентитета. Спровођење инклузивног образовања подразумева испуњење бројних услова: способност деце, опремљеност школа, образовање наставника, родитеља и стручњака, али и реформу законске регулативе која се тиче образовања и васпитања деце ометене у развоју.³¹ Нове развојне смернице система образовања деце са посебним потребама захтевају промену концепта васпитно-образовних потреба детета и прелаз са интеграцијског на инклузивно васпитање и образовање деце са посебним образовним потребама. При томе, треба нагласити да промена није само термилошке, већ садржинске природе. Како интеграција најчешће подразумева смештај детета са посебним васпитно-образовним потребама у редовну институцију из које је било искључено, те настојање средине да дете прилагоди неком просеку како би се лакше укључило у редовни систем образовања, потпуна интеграција појединца зависи од његове партиципације у друштвеним процесима и институцијама са просечним достигнућима. Дакле, без просечног достигнућа у образовању нема ни потпуне интеграције у социјалној средини.

Инклузивни модел образовања подразумева обликовање таквог васпитно-образовног система којим се отклањају препреке које спречавају оптималан развој потенцијала све деце, па и оних са посебним потребама, истицањем дететових индивидуалних потреба, сарадњом са дететом и његовим родитељима, активним укључивањем васпитно-образовног кадра у развој инклузивног процеса. Приликом укључивање деце са сметњама у развоју у редовне институције нужно је познавати и придржавати се основних принципа инклузивног васпитно-образовног процеса. Позитиван однос према различитостима, право детета да буде са својим вршњацима, деца и родитељи морају бити третирани са поштовањем, васпитно-образовни услови који су утемељени на индивидуалним потребама деце, односно образовање по флексибилно заснованом курикулуму, колективна одговорност свих стручњака, професионално оспособљавање стручњака у школи што подразумева утврђивање оптималних васпитно-образовних потреба сваког појединачног детета.³² Инклузивно образовање деце са посебним образовним потребама захтева испуњење услова које различите институције и појединци морају реализовати: сви органи на регионалном и локалном нивоу, стручни радници и, најзад, друштво у целини. Активности у односу на децу са

³¹В. Меденица, Пред вратима електронске инклузије, доступно на: <http://www.defektologija.net>

³²М. Кавклер, Одгој и образовање дјече са посебним потребама, доступно на: http://www.see-educoop.net/education_in/pdf/educ_children_with_spec_needs-slo-bsn-t07.pdf

посебним потребама нису више само део социјалне политике државе, већ су границе постављене много шире, у домену поштовања људских права и општеусвојених стандарда међународног права.

Olga Jović Prlainović, Ph.D.
Associate Professor
Faculty of Law, University of Priština
Kosovska Mitrovica

THE RIGHT TO EQUALITY OF CHILDREN WITH SPECIAL NEEDS – THE RIGHT TO EDUCATION

Summary

A child with special needs or children with disabilities or disabled child, due to physical or mental defects, or social limits, has reduced opportunities for participation in the normal life of the community under the same conditions with other community members. Since the position of children with special needs caused by social factors (social, cultural and economic factors in society) and is closely related to the opportunities that the environment in which children with special needs living provides for their development, overcoming the existing differences is aimed at facilitating conditions quality education for children with special needs and their development as a whole, both at international and European level as well as at the national level. In this respect, intellectual and social development of children with special needs covered by a network of law prescribing universal international legal instruments (right to health, non-discrimination, the right to education, the right to social security), and its operationalization obtained through the accepted norms of national legislation.

For a long time it was considered that the state can provide education for a child with special needs through schools for children with special needs, that is, with a specially adapted curriculum, and by doing so, legitimately exclude the child from the regular system of education. Under that concept, the duty of the state was to create conditions in which children with special needs could obtain appropriate education. New development guidelines for the system of education of children with special needs demand a change in the concept of the educational needs of the child and the transfer from integration to inclusive upbringing and education of children with special educational needs. Unlike integrative inclusive education model involves designing such educational

systems which eliminate the barriers that prevent the optimal development potential of all children, including those with special needs, emphasizing the child's individual needs, cooperation with the child and his parents, active involvement of educational staff in the development of an inclusive process.

Dr Dinka Šago
Docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

INDIVIDUALNA ANTIDISKRIMINACIJSKA SUDSKA ZAŠTITA KROZ PRIMJENU ZAKONA O SUZBIJANJU DISKRIMINACIJE U REPUBLICI HRVATSKOJ

Apstrakt: *Svatko tko smatra da mu je zbog diskriminacije povrijeđeno neko pravo može tražiti zaštitu toga prava u postupku u kojem se o tom pravu odlučuje kao o glavnom pitanju, a može tražiti i zaštitu u posebnom postupku. Autor u radu analizira procesnopravni aspekt diskriminacijske problematike kroz odredbe Zakona o suzbijanju diskriminacije u Republici Hrvatskoj, odnosno procesnopravni aspekt ostvarivanja sudske zaštite u diskriminacijskim stvarima, i to kroz pravnu regulativu individualne antidiskriminacijske tužbe.*

Ključne riječi: *diskriminacija, građanskopravna zaštita, antidiskriminacijska tužba, teret dokaza.*

1. Uvod

Zakon o suzbijanju diskriminacije (dalje: ZSD)¹, koji je stupio na snagu 1. siječnja 2009. godine, označio je veliki korak za razvoj zakonodavnog i institucionalnog okvira borbe protiv diskriminacije u Republici Hrvatskoj i predstavlja važan iskorak u zaštiti ljudskih prava. ZSD se zbog svoga sadržaja i pristupa uređenju diskriminacijske problematike može smatrati zakonom koji utvrđuje opća materijalnopravna i procesnopravna pravila o toj problematici, koja se primjenjuju u svim slučajevima osim u onima za koje odredbama Zakona o radu² i Zakonom o ravnopravnosti spolova³ izrijekom drukčije propisano.⁴

Premda je ZSD na snazi već šest godina, u primjeni još uvijek postoje nejasnoće oko granica i tumačenja pojedinih osnova diskriminacije. Problemi

¹ Zakon o suzbijanju diskriminacije, *Narodne novine*, br. 85/08, 112/12.

² Zakon o radu, *Narodne novine*, br. 93/14.

³ Zakon o ravnopravnosti spolova, *Narodne novine*, br. 82/08.

⁴ Vidi Potočnjak, Željko, Grgić, Andrea, Odnos Zakona o suzbijanju diskriminacije s Ustavom i drugim zakonima koji zabranjuju diskriminaciju, u: Grgić, Andrea, Potočnjak, Željko, Rodin, Siniša, Selanec, Goran, Šimonović Einwalter, Tena, Uzelac, Alan, Vodić uz Zakon o suzbijanju diskriminacije, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009., str. 126 – 140.

se javljaju i kod prikupljanja statističkih podataka vezanih uz sudske predmete u vezi diskriminacije, zbog čega nije moguća sveobuhvatna analiza učinkovitosti sustava niti pojava diskriminacije. Premda se diskriminaciju smatra jednim od najvažnijih društvenih problema, još uvijek je mali broj prijava diskriminacije pravobraniteljskim institucijama i sudovima. Najveći broj pritužbi na diskriminaciju upućenih Pučkom pravobranitelju⁵ odnosi se na diskriminaciju temeljem rase odnosno boje kože te nacionalnog i etničkog podrijetla. Najčešće pritužbe Pravobraniteljici za ravnopravnost spolova su na diskriminaciju temeljem trudnoće i/ili materinstva prilikom zapošljavanja, neodgovarajuće postupanje prilikom procesuiranja nasilničkog ponašanja u obitelji i tretman žena u medijima.⁶ Najveći broj pritužbi na diskriminaciju upućenih pravobraniteljici za osobe s invaliditetom od 2010. do 2014. odnosio se na pristup dobrima i uslugama, rad i zapošljavanje te obrazovanje.⁷

⁵ Za razliku od Zakona o pučkom pravobranitelju, ZSD je mandat ombudsmana proširio na postupanje svih državnih tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, tijela s javnim ovlastima te na postupanje svih pravnih i fizičkih osoba u gotovo svim područjima života: od rada i zapošljavanja do kulturnog stvaralaštva (lista područja primjene ZSD nije zatvorena). Odredbama ZSD-a pučki je pravobranitelj postao središnje nacionalno tijelo za suzbijanje diskriminacije. Budući da je ZSD predvidio i postupanje posebnih pravobraniteljica po pritužbama na diskriminaciju (po posebnim propisima), dogovoren je način suradnje sva četiri ureda u obliku Sporazuma o suradnji na zajedničkim pitanjima kao što su: usklađivanje tumačenja pravnih standarda, rješavanje pojedinačnih predmeta u kojima dolazi do preklapanja nadležnosti, usklađivanje načina prikupljanja statističkih podataka, suradnja pri izradi godišnjih izvješća, provedba istraživanja i drugih aktivnosti od zajedničkog interesa na području suzbijanja diskriminacije. Tako Pavković, Janja, Palić, Dejan, Pučki pravobranitelj kao središnje tijelo za suzbijanje diskriminacije, u: Crnić, Ivica, Dika, Mihajlo, Grgić, Andrea, Marijan, Ranko, Palić, Dejan, Pavković, Janja, Potočnjak, Željko, Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi, Centar za mirovne studije, Zagreb, travanj, 2011., str. 163.

⁶ Prijavljena kaznena djela počinjena iz mržnje, iz aspekta ravnopravnosti spolova, počinjena su najčešće na štetu osoba homoseksualne orijentacije, te pokazuju blagi trend pada. Medijsku pažnju izazvala je presuda županijskog suda u građanskom postupku prema kojoj se u izjavi „da je homoseksualnost bolest, a ne opredjeljenje“ nije radilo o diskriminaciji u smislu propisa, već o javnom stavu izrečenom temeljem slobode prava izražavanja, što opet govori u prilog tome da je granicu između dviju zaštićenih vrijednosti zaista teško objektivno odrediti. No također, uočeno je i intenziviranje neprihvatljivog i diskriminatorskog govora prema osobama istospolne orijentacije u vrijeme održavanja Parade ponosa.

⁷ Diskriminacija je prisutna i na zakonodavnoj razini u nejednakom postupanju prema sportašima s invaliditetom u Zakonu o sportu, te u ostvarivanju prava iz socijalne skrbi gdje se u nepovoljniji položaj stavljaju osobe čiji invaliditet nije tjelesni. Slučajevi tužbi na sudovima zbog diskriminacije s osnove invaliditeta, unatoč tome, izuzetno su malobrojni (17 presuda u 5 godina od stupanja na snagu ZSD-a).

2. Pojam diskriminacije u Zakonu o suzbijanju diskriminacije

Riječ „diskriminacija“ ljudi često koriste kada žele reći da im je učinjena neka vrsta nepravde, kada se osjećaju kao da im je nešto uskraćeno odnosno kada se osjećaju omalovaženi ili poniženi. No, hrvatski ZSD propisuje kako je diskriminacija stavljanje osobe u nepovoljniji položaj temeljem neke od osnova koje su navedene u čl. 1. ZSD-a. ZSD predstavlja opći antidiskriminacijski zakon. Njegovim odredbama osigurava se zaštita i promicanje jednakosti kao najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske, stvaraju se pretpostavke za ostvarivanje jednakih mogućnosti i uređuje zaštita od diskriminacije na osnovi rase ili etničke pripadnosti ili boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovnog stanja, članstva u sindikatu, obrazovanja, društvenog položaja, bračnog ili obiteljskog statusa, dobi, zdravstvenog stanja, invaliditeta, genetskog naslijeđa, rodnog identiteta, izražavanja ili spolne orijentacije.

Izravna diskriminacija je postupanje uvjetovano nekim od osnova navedenih u čl. 1. st. 1. ZSD-a kojim se osoba stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u usporedivoj situaciji. Neizravna diskriminacija postoji kada naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa, stavlja ili bi mogla staviti osobe u nepovoljniji položaj po osnovi iz čl. 1. st. 1. ZSD-a, u odnosu na druge osobe u usporedivoj situaciji, osim ako se takva odredba, kriterij ili praksa mogu objektivno opravdati legitimnim ciljem, a sredstva za njihovo postizanje su primjerena i nužna.

Zaštita prava na jednako postupanje često se pojavljuje u vezi sa zaštitom drugih prava. Zbog toga se i antidiskriminacijska zaštita može ostvarivati na dva načina, u postupku u kojem se odlučuje o pravima koja se zbog diskriminacije krše, ili u samostalnom sudskom postupku. U tom smislu, u čl. 16. ZSD-a ovlašćuje se potencijalne žrtve diskriminacije da zaštitu traže bilo u postupku u kojem se o pojedinom pravu odlučuje kao o glavnom pitanju, bilo u posebnom postupku. Dakle, imamo dvije postupovne mogućnosti koje stoje na raspolaganju tužitelju u diskriminacijskoj parnici: 1. podnošenje tužbe u kojoj će se tražiti zaštita subjektivnog prava⁸, a pritom se pozivati da je do povrede prava došlo zbog diskriminacije - incidentalna antidiskriminacijska zaštita, ili 2. podnošenje tužbe u kojoj će se tražiti da se o diskriminaciji odluči kao o glavnom pitanju - posebna individualna antidiskriminacijska tužba.⁹

⁸ Primjerice prava iz radnog ili obveznog odnosa.

⁹ Vidi Uzelac, Alan, Postupak pred sudom, u: Grgić, Andrea, Potočnjak, Željko, Rodin, Siniša, Selanec, Goran, Šimonović Einwalter, Tena, Uzelac, Alan, Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009., str. 95.

3. Posebna individualna antidiskriminacijska tužba

Člankom 17. ZSD-a regulirana je posebna (individualna) antidiskriminacijska tužba. Ta tužba obuhvaća više samostalnih antidiskriminacijskih tužbi, tj. posebnih antidiskriminacijskih zahtjeva.

3.1. Zahtjev za utvrđenjem diskriminacije - deklaratorni antidiskriminacijski zahtjev

Deklaratorni antidiskriminacijski zahtjev je zahtjev kojim se traži utvrđenje povrede tužiteljevog prava na jednako postupanje.¹⁰ Pravna zaštita koja se pruža usvajanjem tog zahtjeva je preventivnog karaktera. U svim budućim postupcima između tužitelja i tuženika presuda kojom je diskriminacija pravomoćno utvrđena imat će snagu presuđene stvari (*res iudicata*). Tužiti se može ne samo radi utvrđenja da je do povrede prava na jednako postupanje već došlo, nego i zbog toga što bi djelovanje tuženika (činjenje, nečinjenje) moglo neposredno dovesti do diskriminacije. Usvajanje deklaratornog antidiskriminacijskog zahtjeva je pretpostavka za usvajanje publikacijskog zahtjeva.

3.2. Zahtjev za zabranu diskriminacije - prohibitivni antidiskriminacijski zahtjev

Prohibitivni antidiskriminacijski zahtjev je zahtjev kojim se traži zabrana poduzimanja radnji kojima se krši odnosno može prekršiti tužiteljevo pravo na jednako postupanje. Tužba je osuđujućeg karaktera, a u slučaju usvajanja od tuženika traži pasivnost, odnosno suzdržavanje od daljnjeg djelovanja. Tužbe na propuštanje mogle bi se podnijeti i kao tužbe kojima bi se tražila zabrana određenog aktualnog ili budućih ugrožavajućih ponašanja. Možemo razlikovati nekoliko situacija u povodu kojih bi se mogla podnijeti tužbe za propuštanje.

Tužba na propuštanje mogla bi se podnijeti kada bi tužitelj tvrdio da tuženik svojim određenim ponašanjem povređuje određena njegova prava i da će ih i dalje povređivati ako mu se takvo ponašanje ne zabrani – **tužba na propuštanje u slučaju aktualne povrijeđenosti**. Tužbeni zahtjev bi se morao formulirati na način da se tuženiku naloži da prestane poduzimati radnje kojima povređuje tužitelja (represivni učinak), ali i da se suzdrži od takvih radnji za ubuduće (preventivni učinak). Ovakav tužbeni zahtjev bi se mogao kumulirati i

¹⁰ Općenito o deklaratornoj tužbi kod Dika, Mihajlo, Građansko parnično pravo, Tužba, VI. knjiga, Narodne novine, 2009., str. 249 – 252. (dalje: Dika, Tužba)

sa zahtjevom za otklanjanje posljedica izazvanih već poduzetim radnjama.¹¹ Tužitelj bi svoj zahtjev da se tuženiku naredi da prestane s određenim radnjama trebao potkrijepiti tvrdnjama da on ili netko treći ima određeno pravo da se tuženik ponaša na određeni način te da se takvim ponašanjem povređuje ustvrđena pravna pozicija; pritom ne bi trebalo ustvrditi da je do toga došlo krivnjom tuženika. Zahtjev kojim bi tražio zabranu povređujućeg ponašanja u budućnosti tužitelj bi trebao potkrijepiti tvrdnjom da postoji opasnost da tuženik, nakon što bude prisiljen prestati poduzimati povređujuće radnje, iznova započne poduzimati te ili slične radnje.

Pravo tražiti zabranu određenih povređujućih radnji u budućnosti pretpostavlja opasnost njihova poduzimanja. Neke su radnje po prirodi stvari jednokratne ili teško ponovljive pa će stoga opasnost njihova ponavljanja biti zanemarivo moguća. Stoga pravna predmnjeva da bi se, zato što je neka povređujuća radnja poduzeta (presumptivna baza), predmnijevalo da će biti (ponovno) poduzeta u budućnosti (presumirana činjenica), ne bi nužno imala uporišta u prirodnim predmnjevama.¹² Ta predmnjeva nema uporišta ni u općem uređenju instituta tereta dokazivanja, po kojemu bi svaka stranka trebala snositi teret dokazivanja postojanja činjenica o kojima bi ovisio njezin uspjeh u parnici. Međutim, nema uporišta ni u posebnim uređenjima pravnih situacija iz kojih bi proizlazila prava na zabranu određenih ponašanja u budućnosti. Samo iznimno se stanje povrijeđenosti, odnosno opasnost buduće povrede prava predmnijeva.¹³

Tužba na propuštanje mogla bi se podnijeti i u situaciji u kojoj je tuženik poduzeo povrijeđujuću radnju, kojom, ne bi bilo nametnuto stanje trajnije povrijeđenosti i povrjeđivanja pravnoga položaja tužitelja ili trećega.

¹¹ U tom smislu, npr., svatko ima pravo zahtijevati od suda ili drugog nadležnog tijela da naredi prestanak radnje kojom se povrijeđuje pravo njegove osobnosti i uklanjanje njome izazvanih posljedica (1048. ZOO); osoba koje se pravo na jednako postupanje krši može tražiti zabranu poduzimanja radnji koje do toga dovode, ali i poduzimanje radnji kojima će se ukloniti diskriminacija i njezine posljedice, uključujući i naknadu imovinske i neimovinske štete (17/1. ZSD).

¹² *Op. cit.* Dika, Mihajlo, Sudska zaštita u diskriminacijskim stvarima, u: Crnić, Ivica, Dika, Mihajlo, Grgić, Andrea, Marijan, Ranko, Palić, Dejan, Pavković, Janja, Potočnjak, Željko, Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi, Centar za mirovne studije, Zagreb, travanj, 2011., str. 93.

¹³ Tako bi prema odredbi čl. 22. st. 11. ZOR, kad bi ona bila doslovno shvaćena, na poslodavcu bio teret dokazivanja da ustvrđene povrede dostojanstva nije bilo; čl. 20. st. 1. ZSD, stranka koja bi u sudskom ili drugom postupku tvrdila da je povrijeđeno njezino pravo na jednako postupanje bila dužna učiniti vjerojatnim da je došlo do diskriminacije; u tom bi se slučaju teret dokazivanja da nije bilo diskriminacije prebacio na protivnu stranku. Dakle, čak se i u osjetljivim pitanjima suzbijanja diskriminacije od navodno diskriminiranoga traži da učini barem vjerojatnim čin diskriminacije i da ona traje.

Tužbom bi se tražilo da se tuženiku zabrani ponavljanje povrijeđujuće radnje u budućnosti - tzv. **prava tužba na propuštanje odnosno tužba na propuštanje nakon poduzimanja povrijeđujuće radnje**.¹⁴ U toj bi tužbi tužitelj trebao ustvrditi da je tuženik povrijedio određeno njegovo pravo odnosno pravo trećega određenom svojom radnjom te da postoji opasnost ponavljanja te radnje a time povrede prava u budućnosti.

Naposlijetku, tužba bi se mogla podnijeti i ako bi samo postojala opasnost buduće povrede pravnoga položaja tužitelja odnosno trećega, u kojoj bi taj pravni položaj bio ugrožen mogućnošću da tuženik poduzme određene povrijeđujuće radnje – preventivna tužba na propuštanje. Tužitelj bi tužbom tražio samo da se tuženiku zabrani poduzimanje određenih radnji kojima bi se mogla povrijediti njegova pravna pozicija - **preventivna tužba za propuštanje**.¹⁵ Ovom tužbom bi bilo potrebno utvrditi postojanje stvarnu potrebu za sprečavanjem neposredno ugrožavajuće radnje tuženika, odnosno da povreda prava ozbiljno prijeti. Ta bi opasnost propisima materijalnog prava bila predviđena kao jedna od pretpostavaka za nastanak tražbine koja bi se sudski ostvarivala, ona ne bi bila pretpostavka utvrđena odredbom procesnoga prava kojom bi se postojanjem pravnog interesa uvjetovalo pravo tražiti određeni oblik zaštite.¹⁶ U tom smislu svatko može zahtijevati od drugoga da se suzdrži od djelatnosti od koje proizlazi uznemiravanje ili opasnost štete, ako se uznemiravanje ili šteta ne mogu spriječiti odgovarajućim mjerama, pri čemu će sud, na zahtjev zainteresirane osobe, narediti da se poduzmu odgovarajuće mjere za sprečavanje nastanka štete ili uznemiravanja ili da se ukloni izvor opasnosti na trošak posjednika izvora ako ovaj sam to ne učini (1047 ZOO¹⁷); diskriminirana osoba može tražiti da se zabrani poduzimanje radnji kojima se može prekršiti njezino pravo na jednako postupanje odnosno podnijeti tužba na zabranu diskriminacije, utemeljenu na pravu da se od drugih traži suzdržavanje od diskriminacijskih ponašanja.

3.3. Zahtjev za uklanjanje diskriminacije ili njenih posljedica - restitutivni antidiskriminacijski zahtjev

Restitutivni antidiskriminacijski zahtjev je zahtjev kojim se traži da tuženik izvrši radnje kojima se uklanja diskriminacija ili njene posljedice. Cilj takvog zahtjeva je da se situacija vrati u stanje u kojoj je bila prije povrede

¹⁴ *Op. cit.* Dika, Tužba, str. 235.

¹⁵ *Ibid.*, str. 236.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Zakon o obveznim odnosima, *Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11.

prava na jednako postupanje. Tužba je osuđujuća (kondemnatorna) i traži aktivno djelovanje tuženika.¹⁸

3.4. Zahtjev za naknadom štete uzrokovane diskriminacijom - reparacijski antidiskriminacijski zahtjev

Reparacijski antidiskriminacijski zahtjev je zahtjev kojim se traži naknada štete uzrokovana nezakonitom povredom prava na jednako postupanje. Naknađuje se šteta koja se nije mogla ispunjenjem obveze da se stvari vrate u prvobitno stanje. Zahtijevati se može naknada materijalne i nematerijalne (duševnih boli) štete.¹⁹ I ova je tužba kondemnatorna po naravi.

3.5. Zahtjev za objavom presude kojom je utvrđena diskriminacija – publikacijski antidiskriminacijski zahtjev²⁰

Publikacijski antidiskriminacijski zahtjev je zahtjev da se presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje objavi u medijima na trošak tuženika. Procesna pretpostavka za dopustivost ove tužbe je njena kumulacija s deklaratornom antidiskriminacijskom tužbom, a sud će je usvojiti samo ako usvoji deklaratorni zahtjev odnosno ako utvrdi postojanje diskriminacije. Prema čl. 17. st. 1. t. 4. ZSD-a osoba koja tvrdi da je žrtva diskriminacije ovlaštena je, uz ostalo, podnijeti tužbu i zahtijevati da se presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje na trošak tuženika tj. štetnika ili osobe koja odgovara za štetnika objavi u medijima. Zahtjev za objavu presude moguće je kumulirati i sa samim zahtjevom za naknadu imovinske i/ili neimovinske štete iz čl. 17. st. 1. t. 3. ZSD-a ili drugim građanskopravnim zahtjevima koji proizlaze iz propisa o suzbijanju diskriminacije. Takav zahtjev sud će usvojiti ako utvrdi: 1. da je do povrede prava na jednako postupanje došlo posredstvom medija, ili 2. da je informacija o postupanju koje krši pravo na jednako postupanje bila objavljena u medijima, a objavljivanje presude je potrebno radi potpune naknade učinjene štete ili zaštite od nejednakog postupanja u budućim slučajevima.²¹ Potrebno je da sud

¹⁸ *Op. cit.* (bilj. 9.), str. 97.

¹⁹ Više kod Crnić, Ivica, Povrede prava osobnosti i neimovinska šteta, u : Crnić, Ivica, Dika, Mihajlo, Grgić, Andrea, Marijan, Ranko, Palić, Dejan, Pavković, Janja, Potočnjak, Željko, Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi, Centar za mirovne studije, Zagreb, travanj, 2011., str. 99 – 153.

²⁰ Vidi Gović, Penić, Iris, Sudska zaštita od uznemiravanja i diskriminacije u radnim odnosima – 1. dio, <http://www.iusinfo.hr/Article/Content.aspx?SOPI=CLN20V01D2014B730>

²¹ *Op. cit.* (bilj. 19.), str. 110 – 111.

smatra da bi objava presude pridonijela naknadi nematerijalne štete (tj. da bi objava sama bila nužna radi zadovoljstva tužitelja), ili da bi pridonijela generalnoj prevenciji diskriminatornog djelovanja. Sud može prihvatiti tužbeni zahtjev već u slučaju da se ispuni samo jedna od te dvije zakonske pretpostavke. Objava presude trebala bi se naložiti na mjestu i na način koji bi bio najsvrsishodniji. U slučaju da je sama diskriminacija učinjena posredstvom medija, sud bi trebao objavu naložiti u istim medijima, na način istovjetan ili usporediv prvobitnoj objavi. Posebnost odluke o publikacijskim antidiskriminacijskim zahtjevima je u tome što ona djeluje ne samo među strankama, već temeljem izričite zakonske odredbe obvezuje i treće osobe. Nakladnik medija u kojem treba presudu objaviti dužan je omogućiti objavu u skladu s izrekom presude, bez obzira na to je li u bilo kojem svojstvu bio sudjelovao u sudskom postupku.²² Kad sud prihvati tužbeni zahtjev za objavom presude, sud će naložiti da se presuda objavi u cijelosti. Iznimno, sud može odrediti da se presuda objavi u dijelovima ili da se iz teksta presude uklone određeni osobni podaci ako je to potrebno radi zaštite privatnosti stranaka i drugih osoba, a ne dovodi u pitanje svrhu pružene pravne zaštite (čl. 17. st. 5. ZSD-a).

Kada po posebnoj antidiskriminacijskoj tužbi sud usvoji prohibitivni ili restitutivni zahtjev ili odredi objavu presude u medijima (čl. 17. st. 1. t. 2. i 4. ZSD-a), sud je ovlašten u nepravomoćnoj presudi skratiti ili sasvim isključiti paricijski rok (rok za dobrovoljno izvršenje činidbe).

4. Kumuliranje tužbenih zahtjeva

U jednoj se tužbi može zajedno kumulirati više antidiskriminacijskih zahtjeva.²³ O svim antidiskriminacijskim zahtjevima odlučuje se u parničnom postupku, uz supsidijarnu primjenu odredbi Zakona o parničnom postupku²⁴ (čl. 17. st. 2. ZSD-a). Tužitelj može podnijeti samo deklaratornu tužbu i samo tražiti da se utvrdi postojanje diskriminacije, ali može isto tako uložiti i tužbu u kojoj će se simultano tražiti i utvrđenje diskriminacije, i zabrana buduće diskriminacije, uklanjanje posljedica diskriminacije, naknadu štete, pa i objavu osuđujuće presude. O tome koje će se zahtjeve postaviti u konkretnoj parnici,

²² Javni medij koji objavi presudu ima pravo da mu budu plaćeni svi odgovarajući troškovi i naknade koje će snositi tuženik (čl. 17. st. 1. t. 4. i čl. 17. st. 6. ZSD-a).

²³ O objektivnoj kumulaciji vidi Dika, Tužba, str. 359.

²⁴ Zakon o parničnom postupku, *Narodne novine*, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.

odlučuje po svojoj slobodnoj dispoziciji tužitelj.²⁵ Jedino što je isključeno je postavljanje samostalnog zahtjeva za objavom presude koja se može istaći samo zajedno uz zahtjev za utvrđenjem diskriminacije. Uz mogućnost međusobnog kumuliranja antidiskriminacijskih tužbi, zakon je izričito omogućio i kumuliranje antidiskriminacijskih zahtjeva s drugim zahtjevima. Pritom su propisani i privilegirani uvjeti za objektivnu kumulaciju. Naime, antidiskriminacijski zahtjev se može istaći uz svaki drugi zahtjev o kojem se odlučuje u parničnom postupku, pod uvjetom da su svi zahtjevi u međusobnoj vezi, i da isti sud bude za njih stvarno nadležan. Uvjet iste stvarne nadležnost mora biti ispunjen samo za druge zahtjeve jer se antidiskriminacijski zahtjevi s njima mogu kumulirati bez obzira na to je li za te zahtjeve propisano rješavanje u redovitom ili u posebnom parničnom postupku. Tako će se npr. antidiskriminacijski zahtjevi moći postaviti i u redovnom parničnom sporu pred općinskim sudom, i u posebnom (npr. radnom ili obiteljskom) sporu pred općinskim sudom, i u trgovačkom sporu pred trgovačkim sudom, zajedno uz posebne zahtjeve iz tih sporova.²⁶ Ovdje bi za razliku od obične objektivne kumulacije dolazilo i do atrakcije nadležnosti²⁷ na način da bi se o objektivno kumuliranim zahtjevima u pravilu odlučivalo po pravilima koja vrijede za nediskriminacijske zahtjeve. Ovdje bi se moglo dogoditi da se diskriminacijski spor za naknadu štete rješava po pravilima o sporovima male vrijednosti ako bi nediskriminacijski spor bio spor male vrijednosti.²⁸

5. Nadležnost

Za individualne antidiskriminacijske tužbe po čl. 17. ZSD-a bit će stvarno nadležan općinski sud (čl. 18. st. 1. ZSD-a).²⁹ U slučaju da se one ističu

²⁵ On može npr. samo istaći zahtjev za naknadu štete, ili zahtjev za zabranom diskriminacije (pri čemu će se o postojanju diskriminacije odlučivati kao o prethodnom pitanju).

²⁶ U svim tim sporovima postupak će se voditi po pravilima koja bi bila mjerodavna za kumulirane zahtjeve (npr. po pravilima za rješavanje radnih sporova), i uz odstupanja koja proizlaze iz postupovnih odredbi antidiskriminacijskog zakonodavstva. (čl. 17. st. 3. ZSD-a). Radi izbjegavanja svake dvojbe, zakon je izričito isključio mogućnost kumuliranja antidiskriminacijskih tužbi s tužbama zbog smetanja posjeda. To jasno proizlazi iz pravila da se u posesornim parnicama (parnicama u kojima se štiti samo stvarno stanje stvari) ne mogu isticati zahtjevi za zaštitu prava (petitorski zahtjevi).

²⁷ Vidi Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, Građansko parnično procesno pravo, VII. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, 2004, str. 277 – 278.

²⁸ *Op.cit.* Dika, Tužba, str. 359 – 360.

²⁹ Temeljem čl. 24. ZSD-a o udružnoj tužbi u prvom stupnju odlučuje županijski sud opće mjesne nadležnosti za tuženika ili županijski sud mjesta na kojem je počinjena radnja diskriminacije ili Županijski sud u Zagrebu. Zbog toga što je za zasnivanje odnosa

zajedno s drugim zahtjevima za koje bi mogao biti nadležan drugi sud (npr. trgovački sud), onda će nadležan biti taj. Što se tiče mjesne nadležnosti, tužitelj po svojem izboru može podnijeti tužbu bilo u sudu koji bi bio mjesno nadležan za tuženika (sud opće mjesne nadležnosti), bilo u sudu koji bi bio mjesno nadležan za tužitelja (sud mjesta u kojem tužitelj ima prebivalište ili boravište trajnije naravi), bilo u sudu mjesta gdje se dogodila šteta ili je počinjena radnja diskriminacije. Ovako širokim propisivanjem izberive nadležnosti željelo se izići u susret tužiteljima kako bi im se olakšao pristup sudskoj zaštiti i omogućio izbor mjesno nadležnog suda koji je za njih najpovoljniji. U parnicama u kojima se uz zaštitu od diskriminacije postavljaju i drugi zahtjevi, ovoj listi moguće mjesne nadležnosti valja pridodati još i sud koji bi bio mjesno nadležan za drugi kumulirani zahtjev.

6. Stranke u antidiskriminacijskom postupku

Stranke u posebnim individualnim antidiskriminacijskim parnicama jesu s jedne strane navodna žrtva diskriminacije, kao tužitelj, te kao tuženik, osoba u odnosu na koju se traži antidiskriminacijska zaštita, u pravilu osoba za koju se tvrdi da svojim djelovanjem krši ustavna i zakonska jamstva jednakog postupanja i stavlja neku osobu u nepovoljniji položaj po osnovama određenima u čl. 1. ZSD-a.

Tužitelj je u pravilu fizička osoba s obzirom na to da se većina razlikovnih osobina nabrojenuh u čl. 1. (spol, rasa, etnička pripadnost itd.) može odnositi samo na fizičke osobe. Objašnjenje diskriminacije u čl. 1. je veoma široko, pa obuhvaća i stavljanje u nepovoljniji položaj osoba povezanih s osobom kod koje postoji neka od značajnih osobina, tako da se ne može isključiti mogućnost da u iznimnim slučajevima aktivno procesno legitimirane budu i pravne osobe.³⁰

Tuženik u postupku jest osoba za koju se tvrdi da je povrijedila ili ugrozila tužiteljevo pravo na jednako postupanje. To može biti bilo koja pravna ili fizička osoba (npr. poslodavac, ustanova, organizacija civilnog društva, politička stranka, sindikat, službena osoba, osoba koja vrši radnje uznemiravanja iz čl. 3. i sl.).³¹ Krug pasivno legitimiranih osoba povezan je s

formalnog suparničarstva potrebno da za svaki zahtjev bude stvarno nadležan isti sud (196/1.2. ZPP), ne bi bilo moguće zasnovati suparničarstvo između podnositelja udružne tužbe i podnositelja individualne (anti)diskriminacijske tužbe. *Op. cit.* (bilj. 12), str. 83.

³⁰ Na to upućuje i tumačenje čl. 16. st. 1. koji određuje da pravo tražiti antidiskriminacijsku zaštitu ima „svatko tko smatra da mu je zbog diskriminacije povrijeđeno neko pravo.“

³¹ Po općim procesnim pravilima postupak može zajednički pokrenuti više tužitelja, a tužba može biti podnesena protiv više tuženika ako su ispunjeni formalni i sadržajni uvjeti za suparničarstvo (čl. 196. ZPP-a). U slučaju da se radi o tvrdnjama o diskriminaciji širih

područjem primjene ZSD-a objašnjenim u čl. 8. gdje se izričito spominju državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravne osobe s javnim ovlastima te sve druge pravne i fizičke osobe. U slučaju da se pokreće postupak zbog tvrdnje da je diskriminacija počinjena postupanjem državnog tijela (npr. tijela državne uprave ili suda), tužbu će trebati podnijeti protiv Republike Hrvatske jer njena tijela nemaju stranačku sposobnost. Isto vrijedi i za tijela područne (regionalne) samouprave gdje je pasivno legitimirana odgovarajuća jedinica (županija ili grad), a ne njen dio (njezin ured ili služba).³²

7. Uloga umješača u postupku

Kao dodatna procesna posebnost uvedena ZSD-om pojavljuje se široka mogućnost da u postupku povodom individualne antidiskriminacijske tužbe sudjeluju i treće osobe (čl. 21. ZSD-a). Na tragu preporuka Europske unije u antidiskriminacijskim postupcima uvedena je do sada najšira i najobuhvatnija mogućnost da u postupku interveniraju važne organizacije, tijela i službe kao tzv. umješači *sui generis*. Iz zakonske formulacije, koja izričito naznačuje mogućnost da u postupku interveniraju „tijelo, organizacija, ustanova, udruga ili druga osoba“ proizlazi da se za miješanje priznaje stranačka sposobnost i oblicima organiziranja koji nemaju pravnu sposobnost. Ono što je odlučno, jest da se potencijalni umješač u okviru svoje djelatnosti bavi zaštitom prava na jednako postupanje u odnosu na skupine o čijim se pravima odlučuje u postupku. Ovaj uvjet zadovoljavale bi sve organizacije civilnog društva koje se bave promicanjem i zaštitom interesa skupina u pogledu kojih se pojavljuju pojedine osnove diskriminacije iz čl. 1.³³ Budući da nije nužno da se umješač isključivo bavi zaštitom prava i interesa pojedine skupine, legitimni interes za miješanje imale bi i organizacije koje se općenito bave ljudskim pravima i zaštitom od diskriminacije. Kako u RH postoji preko 30 tisuća udruga, od kojih se veliki broj bavi zaštitom ljudskih prava, krug mogućih umješača je širok. Pri propisivanju mogućnosti da intervenira i pojedino državno ili drugo tijelo, posebno se imala u vidu mogućnost da se u nekim postupcima kao umješač pojavi pučki pravobranitelj ili neki od specijaliziranih pravobranitelja.³⁴ Za razliku od općih pravila o miješanju, sud može dopustiti miješanje samo uz pristanak tužitelja. Njegovo protivljenje ima značenje apsolutne zabrane, pa sud

razmjera, u kojoj bi broj potencijalnih tužitelja bio velik, zakon otvara i alternativu: mogućnost podnošenja udružne antidiskriminacijske tužbe.

³² *Op. cit.* (bilj. 9.), str. 99.

³³ Npr. udruge za promicanje prava žena, organizacije etničkih manjina, organizacije koje promiču vjerska, politička ili druga uvjerenja, udruge za zaštitu prava pacijenata itd.

³⁴ *Op. cit.* (bilj. 5.), str. 162 – 172.

u tom slučaju neće imati nikakve diskrecijske ovlasti, nego će zahtjev za miješanjem morati odbiti. U ostalome, na miješanje trećih osoba prema ZSD-u supsidijarno se primjenjuju odredbe ZPP-a (čl. 17. st. 2. ZSD-a).³⁵ Budući da se umješač može umiješati samo na strani tužitelja (čl. 21. st. 1. ZSD-a), on kao i obični umješač ima pravni interes samo za poduzimanje radnji koje bi išle u korist osobe koja se poziva na postojanje diskriminacije. U navedenim odredbama misli se samo na običnog umješača, a ne i na onog s položajem jedinstvenog suparničara (209. ZPP).³⁶ Naime, bilo bi i protutustavno onemogućiti nekome da se uključi kao umješač s položajem stranke u parnicu u kojoj bi donesena odluka izravno prema njemu djelovala. Ako bi se tužitelj usprotivio običnom miješanju treće osobe, presuda donesena u postupku ne bi mogla prema toj osobi proizvoditi tzv. intervencijski efekt (298.a ZPP).³⁷ Iako to nije izrijekom propisano, zbog ravnopravnog tretmana stranaka u postupku, moguće je i miješanje na strani tuženika, navodnog diskriminatora.³⁸

Tužitelj bi u antidiskriminacijskim parnicama mogao oduzeti značenje radnjama posebnih umješača po ZSD-u ako im se izričito usprotivi. U protivnom, smatralo bi se da se s poduzetim radnjama slaže, ako one nisu u suprotnosti s njegovim radnjama. Na troškove sudjelovanja umješača također se primjenjuju odredbe ZPP-a, što znači da ti troškovi ulaze u ukupne parnične troškove, i da ih u pravilu naknađuje stranka koja je izgubila parnicu. S obzirom na to da se u antidiskriminacijsku parnicu načelno može umiješati i više organizacija, to može sa sobom dovesti do značajnijeg povećanja iznosa koji će na kraju pasti na teret stranke koja je izgubila parnicu. Stoga bi o tome trebalo voditi računa od samoga početka, pri čemu bi potencijalni umješači mogli unaprijed iskazati da od tužitelja neće tražiti plaćanje svojih troškova u slučaju gubitka spora.³⁹

³⁵ To znači da se umješač može umiješati u postupak od samog početka parnice; da u parnicu može stupiti i kasnije, tijekom cijelog postupka sve do pravomoćnosti odluke; da je u postupku ovlašten stavljati prijedloge i poduzimati ostale parnične radnje (npr. iznositi činjenice ili ulagati pravne lijekove) koje bi mogao poduzimati i sam tužitelj, i to u rokovima koji se odnose na tužitelja.

³⁶ Vidi Dika, Mihajlo, *Gradansko parnično pravo, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. knjiga, Narodne novine, 2008., str. 286 - 287.

³⁷ *Ibid.*, str. 281 - 285.

³⁸ *Op. cit.* (bilj. 12.), str. 87.

³⁹ O ulozi umješača vidi kod Tasić, Anđelija, *Procesni položaj umešača u antidiskriminacionim parnicama*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 68/2014, str. 453 - 469.

8. Specifičnosti postupka po antidiskriminacijskoj tužbi

8.1. Teret dokazivanja

Članak 20. ZSD-a unosi u hrvatski pravni poredak dio pravne stečevine Europske unije vezane uz teret dokazivanja diskriminacije. Taj dio pravne stečevine sastavni je dio načela jednakog postupanja koje je začeto izvornim čl. 119 UEEZ, a tijekom vremena se razvilo kroz praksu Europskog suda koja je kasnije regulirana direktivama. Izvorna direktiva koja je kodificirala praksu Europskog suda o teretu dokazivanja bila je direktiva 97/80/EC,⁴⁰ isti normativni izričaj ponavlja se i u kasnijim regulatornim mjerama, a najnoviji primjer regulacije tog područja nalazimo u čl. 8. Direktive 2000/43/EC o provedbi načela jednakog postupanja bez obzira na rasno ili etničko porijeklo.⁴¹⁴²

U parničnom postupku, sukladno dominaciji raspravnog nad istražnim načelom, svaka stranka dužna je iznijeti sve činjenice na kojima temelji svoje zahtjeve ili pobija protivnikove (*onus proferendi*) te predložiti dokaze kojima se utvrđuju te činjenice odnosno pobijaju navodi i dokazi protivnika (*onus probandi*).⁴³ Naime, ako se na temelju izvedenih dokaza ne može sa sigurnošću

⁴⁰ Council directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, OJ L 14/6. Središnja odredba navedene direktive sadržana je u čl. 4 i propisuje:

1) Države članice, u skladu sa svojim pravnim sustavima, moraju poduzeti sve nužne mjere kako bi osigurale da kada osobe koje se smatraju oštećenima zbog toga što na njih nije primjenjeno načelo jednakog postupanja pred sudom ili drugim nadležnim tijelom iznesu činjenice iz kojih se može presumirati da je počinjena izravna ili posredna diskriminacija, dokazivanje da nije bilo povrede načela jednakog postupanja počiva na tuženiku.

2) Ova direktiva ne sprječava države članice da uvedu pravila dokazivanja koja su još povoljnija za tužitelje.

3) Države članice ne moraju primjenjivati paragraf 1 na postupke u kojima sud ili drugo nadležno tijelo mora istražiti činjenice slučaja.

⁴¹ Council directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin OJ L 180/22. Vidi i npr. Council directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303/16.

⁴² Više Rodin, Siniša, Dokazivanje diskriminacije i teret dokazivanja u pravu Europske unije, u: Grgić, A., Potočnjak, Željko, Rodin, Siniša, Selanec, G., Šimonović Einwalter, Tena, Uzelac, Alan, Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009., str. 17 - 112.

⁴³ Tako Gović, Penić, Iris, Sudska zaštita od uznemiravanja i diskriminacije u radnim odnosima – 2. dio,

utvrditi neka činjenica, o postojanju činjenice zaključit će se primjenom pravila o teretu dokaza koje se može izraziti kroz izreku *idem est non esse aut non probari* (isto je ne postojati ili ne biti dokazano). Dakle, svaka stranka treba dokazati istinitost tvrdnji o postojanju činjenica koje su za nju povoljne, osim ako iz zakona ne proizlazi drukčije, a ako u tome ne uspije, sud će njezin zahtjev odbiti polazeći od pretpostavke da njezine tvrdnje nisu istinite.⁴⁴

Jedna od najznačajnijih odredaba kojima se povećava učinkovitost antidiskriminacijske sudske zaštite jest odredba o okretanju tereta dokazivanja. Ona je među normama koje izričito nalažu europske direktive. Prema standardnim pravilima procesnog prava, osoba koja treba u postupku dokazati za sebe povoljnu činjenicu, ima i teret dokazivanja, što znači da je dužna sa stupnjem izvjesnosti dokazati činjenicu na koju se poziva. Ako u tome ne uspije, sud će uzeti da činjenica koja nije dokazana ne postoji. Upravo zato što je izuzetno teško sa sigurnošću dokazati da je nejednakost u postupanju motivirana nekom od nedopuštenih osnova diskriminacije, u ZSD-u se odstupa od standardnih zahtjeva za dokazivanje činjenica. Temeljem čl. 20., tužitelj koji se poziva na diskriminaciju nije ju dužan dokazati sa stupnjem sigurnosti, već je dovoljno da „učini vjerojatnim da je do diskriminacije došlo“. Ako ispuni taj uvjet, na tuženiku je da dokaže da diskriminacije nema. Ako ne dokaže sa stupnjem sigurnosti da diskriminacije nema, sud je dužno uzeti da je pravo na jednako postupanje povrijeđeno. Standard vjerojatnosti koju je potrebno dokazati treba interpretirati u smislu europskih direktiva kao tzv. *prima facie* dokaz. Dakle, tužitelj bi morao dokazati da je došlo do njegovog stavljanja u nepovoljniji položaj, te da je, po redovnim pravilima iskustva i na temelju indicija u konkretnom slučaju, moguće da je do toga došlo zbog izravne ili neizravne diskriminacije. Ako se u postupku ne dokaže da je stavljanje u nepovoljniji položaj motivirano drugim, a ne nedopuštenim diskriminacijskim razlozima, u odluci će trebati poći od toga da je diskriminacija dokazana.⁴⁵

<http://www.iusinfo.hr/Article/Content.aspx?SOPI=CLN20V01D2014B739&Datum=30.10.2014%200:00:00>

⁴⁴ Vidi Potočnjak, Željko; Grgurev, Ivana; Grgić, Andrea. **Dokazivanje *prima facie* diskriminacije**, u: Liber amicorum Mihajlo Dika, Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku, Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe (ur. Uzelac, Alam; Garašić, Jasnica; Maganić, Aleksandra), Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2013, str. 323-347.

⁴⁵ Pravilo o okretanju tereta dokazivanja važi i „u sudskim i drugim postupcima“ (čl. 20. st. 1. ZSD-a), čime je pokazano da se pravilo o okretanju tereta dokazivanja primjenjuje i u upravnim postupcima. S druge strane, ovo pravilo ne vrijedi u svim sudskim postupcima jer se temeljem čl. 20. st. 2. isključuje njezina primjena u prekršajnom i kaznenom postupku. Razlozi ovoga isključenja tiču se zaštite ustavnih prava okrivljenika gdje je prihvaćeno pravilo o tzv. presumpciji nevinosti (*in dubio pro reo*). Primjenu pravila o teretu dokazivanja na kaznene postupke isključuju i europske direktive.

8.2. Hitnost postupanja

ZSD sadrži odredbe koje bi trebale bitno pospješiti i ubrzati reakciju na moguća diskriminatorsna djelovanja. S jedne strane, olakšani su zakonski uvjeti po kojima bi sud bio ovlašten u antidiskriminacijskim postupcima izricati privremene mjere, a s druge je strane sudu omogućeno da u nepravomoćnoj presudi skрати rok za dobrovoljno izvršenje, ili čak odredi da žalba neće zadržavati ovrhu presude.⁴⁶ Privremene mjere sud može odrediti na prijedlog stranke bilo kada tijekom antidiskriminacijskog postupka, pa i prije njegova pokretanja. Sud će prijedlog usvojiti ako se zajedno ispune dva uvjeta. Prvi, da je podnositelj zahtjeva učinio vjerojatnim da je povrijeđeno njegovo pravo na jednako postupanje. Ovaj je uvjet zadovoljen ako na temelju raspoloživih informacija proizlazi da postoji ozbiljna mogućnost da je tuženik djelovao diskriminirajuće. Po drugom uvjetu potrebno je da u konkretnom slučaju postoji po ocjeni suda potreba za izricanjem privremene mjere, i to iz barem jednog od tri razloga: 1. zato da se otkloni opasnost od nenadoknadive štete;⁴⁷ ili 2. zato što je riječ o osobito teškoj povredi prava na jednako postupanje; te 3. zato da se spriječi nasilje. Ovi razlozi se razlikuju od standardnih uvjeta za izricanje privremenih mjera po Ovršnom zakonu⁴⁸, i šire ovlašćuje sud da privremeno djeluje i naloži pojedine radnje i prije negoli što u potpunosti ispita sporne navode.⁴⁹

8.3. Postupak po pravnim lijekovima i ovrha odluke

U presudi kojom se po osnovi utvrđenog uznemiravanja i diskriminacije nalaže izvršenje kakve činidbe, rok za njezino izvršenje je osam dana.⁵⁰ Prema ZSD-u sud može odrediti kraći rok za ispunjenje činidbi koje su naložene tuženiku.⁵¹ Rok za podnošenje žalbe jest osam dana, a iz važnih razloga sud može odlučiti da žalba ne zadržava ovrhu odluke. U slučaju da sud odredi da

⁴⁶ *Op. cit.* (bilj. 9.), str. 102.

⁴⁷ Potrebno je učiniti vjerojatnim opasnost nenadoknadive štete, osobito teških povreda prava na jednako postupanje i nasilja te tzv. pravozaštitnu podobnost privremene mjere da spriječi nastupanje tih štetnih posljedica, da ih otkloni, npr. kod aktualnog nasilja, ili da ih barem umanjí. Vjerojatnost bi, dakle, bila osnova za prebacivanje tereta dokazivanja i za određivanje privremenih mjera. *Op. cit.* (bilj. 13.), str. 84.

⁴⁸ Ovršni zakon, *Narodne novine*, br. 112/12, 25/13, 93/14.

⁴⁹ Primjerice, zabrana poduzimanja radnji koje bi mogle nanijeti štetu ili privremeno vraćanje zaposlenika na rad odnosno plaćanje naknade za vrijeme radnog spora, ali i druge mjere kojima se privremeno uređuju sporni odnosi među strankama.

⁵⁰ Vidi Dika, Mihajlo, *Građansko parnično pravo, Sudske odluke i sudska nagodba*, IX. knjiga, *Narodne novine*, 2013, str. 73 – 74.

⁵¹ *Op. cit.* (bilj. 43.).

žalba ne zadržava ovrhu, tuženik je dužan ispuniti naloženu činidbu odmah, bez obzira na okolnost što o njegovoj žalbi tek treba odlučiti viši sud. Oduzimanje suspenzivnog učinka žalbi može biti djelotvorno radi suzbijanja korištenja pravnih lijekova radi odugovlačenja postupka, a u situacijama u kojima je riječ o mogućnosti povreda s osobito teškim posljedicama koje protekom vremena postaju teže, ima i preventivan učinak. U istom smislu djeluje i mogući nalog da se o trošku tuženika objavi još nepravomoćna sudska presuda. Temeljem čl. 23 ZSD-a u antidiskriminacijskim postupcima revizija je uvijek dopuštena, što je i opravdano s obzirom na to da je jedna od ustavnih zadaća Vrhovnog suda ujednačavanje primjene prava i osiguranje ravnopravnosti građana pred zakonom.⁵² Prema ZSD-u u postupcima koji se vode u povodu posebnih tužbi za zaštitu od diskriminacije iz čl. 17. st. 1. ZSD-a, revizija je uvijek dopuštena. Riječ je o izvanrednoj reviziji koja je uvijek dopuštena u ovoj vrsti sporova.⁵³ No, ako je drugostupanjski sud sam proveo postupak uz odgovarajuću primjenu odredaba o postupku pred prvostupanjskim sudom radi otklanjanja nedostataka zbog kojih bi prvostupanjsku odluku trebalo ponovno ukinuti i predmet vratiti prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje, protiv oduke drugostupanjskog suda redovna revizija je uvijek dopuštena.

9. Umjesto zaključka – trenutno stanje u Republici Hrvatskoj

Mjere za borbu protiv diskriminacije definirane su Nacionalnim planom za borbu protiv diskriminacije 2014 - 2018. Tijekom 2014. godine vodilo se ukupno 148 građanskih postupaka radi diskriminacije i to 117 prenijetih iz prethodnog razdoblja i 31 pokrenut u 2014. godini.⁵⁴ Svega 15 %, odnosno 22

⁵² Vidi Dika, Mihajlo, Građansko parnično pravo, Pravni lijekovi, X. knjiga, Narodne novine, str. 303 – 306.

⁵³ Tako Dika, Mihajlo, Radni materijal sa savjetovanja održanog u Zagrebu dana 19. svibnja 2014. u organizaciji Narodnih novina, str. 32.

⁵⁴ **Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova dostavila je Hrvatskom saboru Izvješće o radu za 2014. godinu koje** sadrži aktivnosti i napore institucije u području promicanja načela ravnopravnosti spolova, u okviru ovlasti koje ima temeljem Zakona o ravnopravnosti spolova, presjek godišnjeg rada i trendove vezano za diskriminaciju na temelju spola, bračnog i obiteljskog statusa, spolne orijentacije i rodnog identiteta u područjima rada i zapošljavanja, obitelji (uključujući obiteljsko nasilje), obrazovanja, političke participacije i medija. Tijekom 2014. **radilo se na ukupno 2.588 predmeta** što predstavlja povećanje za 21,3% u odnosu na 2013. Zadržao se trend povećanja broja **pritužbi** (10,6%), koje se i dalje **u pretežnom broju odnose na spolnu diskriminaciju**, a najviše se pritužuju žene (72,6%). **Najviše pritužbi odnosi se na ostvarivanje socijalne sigurnosti (39,3%) i radnih prava (30,3%)** što čini značajni udio od 69,6%, zatim na javno informiranje i medije (6,1%), zdravstvenu zaštitu (2,8%). Po osnovi diskriminacije bilo je temeljem: spola 79,7% slučajeva, spolne orijentacije 4,6% (zadržavaju trend blagog

predmeta je pravomoćno riješeno u 2014. godini, od čega niti jedna presuda nije usvajajuća, u 13 predmeta je odbijen tužbeni zahtjev, a 9 ih je riješeno na drugi način.⁵⁵ Usporedbom dostupne sudske prakse iz 2014. s ranijim godinama, uočeno je da su u građanskim predmetima, izuzev radnih predmeta, tužitelji bolje upoznati sa zakonskim pretpostavkama diskriminacije te tvrdnju o nejednakom postupanju sada češće vežu uz neku od diskriminacijskih osnova iz ZSD-a. Međutim, nema niti jedne tužbe radi neizravne diskriminacije, što bi ipak pretpostavljalo bolje poznavanje antidiskriminacijskog prava. U dokaznom postupku se i dalje nedovoljno primjenjuje institut prebacivanja tereta dokazivanja na tuženika, što rezultira češćim odbijajućim sudskim odlukama. Dakle, unatoč boljoj educiranosti tužitelja i njihovih punomoćnika o osnovnim uvjetima utvrđenja diskriminacije, još uvijek postoji potreba edukacije sudaca kojima se diskriminacijski predmeti dodjeljuju u rad. S obzirom na oskudnu i neujednačenu nacionalnu sudsku praksu, nužna je aktivnija primjena europskog antidiskriminacijskog prava, posebice sada pravno obvezujućeg prava EU. Pravosuđe postupa po tužbama radi diskriminacije presporo i sa zamjetnim predrasudama. Tužbe su rijetke jer odvjetnici, osim pojedinaca, nisu educirani u sastavljanju tužbi po pravnoj osnovi diskriminacije. Premda je dio radnih sporova pokrenut po osnovi diskriminacije, formalno se vode kao radni sporovi.⁵⁶

Iako je Ured pravobraniteljice za osobe s invaliditetom razvio praksu zaštite osoba s invaliditetom od diskriminacije traženjem da se osigura razumna prilagodba, ni šest godine od stupanja na snagu ZSD-a sudske prakse na ovom području nema.⁵⁷ Razumna prilagodba uvedena je u pravo Europske unije

porasta), bračnog i obiteljskog statusa 3,3%, rodnog identiteta i izražavanja 0,5%. Pravobraniteljica je, postupajući po pritužbama i osobnoj inicijativi, uputila 570 pisanih preporuka, 115 upozorenja i 37 prijedloga. Utvrdila je da se u visokom postotku od 94,83% slučajeva u potpunosti uvažavaju upozorenja/preporuke/prijedlozi koje je uputila postupajući po primljenim pritužbama u predmetima u kojima je utvrdila diskriminaciju u području ravnopravnosti spolova.
http://www.prs.hr/attachments/article/1555/01_IZVJESCE_2014_CJELOVITO.pdf

⁵⁵ Vidi <http://www.ombudsman.hr/index.php/hr/izvjesca/2014/finish/41-2014/562-izvjesce-pucke-pravobraniteljice-za-2014-godinu>

⁵⁶ Prema podacima Općinskoga građanskog suda u Zagrebu, prema ZSD-u je od 2009. do 30.11.2014. podneseno 38 tužbi, od kojih je samo jedna tužba radi zaštite osobe s invaliditetom od diskriminacije zbog invaliditeta. U navedeni broj nisu uračunate tužbe iz radnih sporova koje su u nadležnosti Općinskoga radnog suda u Zagrebu.

⁵⁷ Pravobraniteljica za osobe s invaliditetom, tijekom 2014. godine, postupala je u ukupno 125 pritužbe koje se tiču suzbijanja diskriminacije, te u 13 nedovršenih predmeta iz 2013. godine. Od ukupnog broja (138) pravobraniteljica za osobe s invaliditetom sumnja na diskriminaciju u 26 pritužbi u kojima je postupano sukladno ZSD-u. Od ukupno 125 pritužbi u kojima je Ured postupao tijekom 2014., zaprimljena je 91 pritužba od građana.

Direktivom 2000/78/EZ od 27. studenog 2000. godine o uspostavi okvira za jednako postupanje u području zapošljavanja i obavljanju zanimanja. Ta direktiva je u procesu usklađivanja RH s pravnom stečevinom Europske unije transponirana u nacionalno zakonodavstvo stupanjem na snagu ZSD-a 1. siječnja 2009. godine, a u čl. 2. Zakona o radu navodi se i da se Zakonom o radu u pravni poredak RH među ostalim prenosi i ova Direktiva.⁵⁸ Kad se govori o diskriminaciji na osnovi invaliditeta gotovo uvijek će se raditi o propuštanju razumne prilagodbe kao obliku diskriminacije. Sudske presude vezane uz diskriminaciju po svim osnovama su malobrojne, a onih na osnovi invaliditeta gotovo i nema. Traženje sudske zaštite postalo je luksuz kako zbog financijskih troškova, tako i zbog dugotrajnosti postupka.

Upravo je stupanj svakodnevne, praktične realizacije propisane zaštite ljudskih prava onaj koji ukazuje na stupanj stvarne izgrađenosti pravne države i stupanj stvarne realizacije zajamčenih sloboda i prava čovjeka i građanina. Stoga je jedna od osnovnih pretpostavki u suzbijanju diskriminacije i zaštiti sloboda i prava upravo stručna i neovisna sudbena vlast. Neophodno je da se sustavno provode edukacije ključnih aktera za suzbijanje diskriminacije, koja bi obuhvaćala sve suce, državne odvjetnike i državne/javne službenike, kroz Pravosudnu akademiju i Državnu školu za javnu upravu, te kontinuirano provoditi aktivnosti na podizanju svijesti o pojavama i neprihvatljivosti diskriminacije, kao i sustavu zaštite od diskriminacije, odnosno kampanje s ciljem osvještavanja javnosti te razbijanja stereotipa i predrasuda. Pri tome značajnu ulogu u stvaranju takvog civilizacijskog okruženja imaju mediji i nevladine organizacije. Bez slobodnih medija i neovisnih nevladinih organizacija nema slobodnog protoka informacija niti one kritične mase koja u javnosti formira svijest o potrebi stvaranja jednakih mogućnosti za sve bez obzira na etničku pripadnosti, spol, jezik, vjeru, ... Upravo slobodni mediji i nevladine organizacije stvaraju ozračje u kojem se postiže osjetljivost i osuda javnosti na sve oblike diskriminacije.

Što se tiče pritužbi u kojima Ured sumnja na diskriminaciju, one u postotcima iznose 19% od ukupnih pritužbi u području suzbijanja diskriminacije. Time bilježimo rast u odnosu na 2013. kako u ukupnom broju pritužbi (>2x) tako i u postotku (4%) onih pritužbi gdje Ured sumnja na diskriminaciju. Podaci iz Izvješća o radu Pravobraniteljice za osobe s invaliditetom 2014. Dostupni na <http://www.posi.hr/>

⁵⁸ Hrvatski zakonodavac išao je i šire od Direktive 2000/78/EZ pa su svi oblici diskriminacije uključujući i uskraćivanje razumne prilagodbe zabranjeni u svim područjima, uključujući i područje obrazovanja, a ne samo u području rada i zapošljavanja. Time je hrvatsko zakonodavstvo izvršilo svoju obvezu usklađivanja s Konvencijom o pravima osoba s invaliditetom koju je Republika Hrvatska ratificirala 1. lipnja 2007. godine.

Dinka Šago, Ph.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University of Split

**INDIVIDUAL ANTI-DISCRIMINATION COURT PROCEEDINGS IN
THE CROATIAN ANTI – DISCRIMINATION ACT**

Summary

In this paper author analyze the legal regulation of individual anti-discrimination court proceedings in the Croatian Anti – Discrimination Act. Two discrete procedural possibilities are provided to those who feel that a right of theirs has been violated as a result of discrimination, filing a lawsuit seeking the protection of a individual right, claiming that the right has been violated on account of discrimination or filing a lawsuit seeking that the instance of discrimination be decided on as the main issue. The basic challenges related to both the successful raising of citizens' awareness about the need for discrimination suppression and successful education of key actors shall pertain to ensuring cooperation between key actors as well as sufficient means and instruments for the realization of set goals.

Др Јелена Беловић

Доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици

МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ЛИЧНО ИМЕ-ДИСКРИМИНАЦИЈА НА ОСНОВУ ДРЖАВЉАНСТВА

Апстракт: *Забрана дискриминације односи на захтев да се са једнаким чињеничним стањима не поступа различито, као и да се са различитим чињеничним стањима не поступа једнако. Отуда сасвим оправдано стоји захтев да се лица са двојним држављанством, као и лица са лица више држављанства (бипатриди и полипатриди), у погледу права на лично име, не третирају искључиво као домаћи држављани у ситуацијама када поред домаћег поседују и држављанство неке друге државе. У светлу доношења нове кодификације међународног приватног права у Републици Србији, овај проблем није остао незапажен.*

Од веома велике важности за разумевање предложених прописа који иду у правцу усклађивања са законодавством Европске уније у подручју међународног приватног права јесте упознавање са готово четрдесет година старом праксом Суда Правде Европске уније.

Кључне речи: *право на лично име, држављанство, бипатриди, забрана дискриминације, Нацрт Закона о међународном приватном праву, Суд Правде Европске уније.*

1. Појам личног имена

Право на лично име је лично неимовинско право грађанина, које се не може пренети на друго лице и које не застарева. Лично име јесте једно од основних обележја физичког лица, које служи за идентификацију његовог личног статуса. Састоји се од имена и презимена. *Име* (рођено име) представља начин личне идентификације и индивидуализације једног лица према сваком другом лицу у оквиру једне породице, а *презиме* (породично име) означава везаност тога лица за породицу или ширу сродничку групу.¹ Лично име, заједно са осталим личним обележјима

¹ Драшкић М., Усклађеност домаћег права са стандардима Европског суда за људска права у односу на члан 8 Европске конвенције, предавање одржано на Семинару за правнике о примени Европске конвенције о људским правима, Interights - The

(брачно стање, старост, пол, етничко порекло, национална припадност, итд...) чини корпус личних својстава, односно личног статуса физичког лица.

Право на лично име уређује се националним законима. Код нас је ово право уређено чл.13² Породичног закона из 2005. године³. Засебно, једанаести Део Породичног закона (чл.346-356) носи назив *Лично име*, и односи се на: заједничке одредбе, одређивање личног имена, промену личног имена (ко има, а ко нема право да промени име), и на заштиту права на лично име. Ова правна област у Републици Србији регулисана је и другим законима и подзаконским актима.⁴

2. Држављанство као тачка везивања

Опште је познато да у међународном приватном упоредном праву постоје тачке везивања које су постале типичне за поједине правне домене. У погледу статусних односа то је свакако *lex nationalis* (или *lex patriae*), односно закон држављанства. У појединим правима као решење, углавном алтернативно, стоји и *lex domicilii*, односно закон пребивалишта.

Домен статусних односа физичких лица најчешће покрива следећа правна питања: лично име, проглашење несталог лица за умрло и доказивање смрти, старатељство и лишење пословне способности и свакако питање правне и пословне способности физичких лица.

Лично име се као правна категорија по први пут јавља у српском међународном приватном праву. Наиме, још увек важећи Закон о решавању сукоба закона са прописима других држава⁵ (у даљем тексту: ЗРСЗ) не садржи лично име као посебну правну категорију. У коначном Нацрту новог Закона о међународном приватном праву Републике Србије (у даљем тексту: Нацрт) питању личног имена посвећено је 6 нових чланова (чл.57-62).⁶

Netherlands Helsinki Committee - Helsinki Committee for Human Rights in Serbia, Врњачка бања, 14-18. јуни, 2006, стр.9.

² Чл.13 носи назив Лично име, и он гласи: „(1) Свако има право на лично име; (2) Лично име стиче се рођењем; (3) Лично име се може променити под условима одређеним овим Законом.

³ „Сл.гласник РС“, бр.18/2005, 72/2001-и др. закон 6/2015.

⁴ Закон о матичним књигама („Сл.гласник РС“, бр. 20/2009 и 145/2014); Правилник о поступку издавања пријаве рођења и обрасцу пријаве рођења детета у здравственој установи („Сл.гласник РС“, бр. 25/2011).

⁵ “Службени лист СФРЈ“, бр. 43/82 и “Службени лист СРЈ“, бр. 46/96.

⁶ Види: Коначна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву- јун, 2014, , www.mpravde.gov.rs.

Као што је већ напоменуто у погледу одређивања меродавног права за лично име као тачка везивања углавном се јавља држављанство лица о чијем личном имену се питање поставља. Меродавно право представља оквир за одређивање личног имена детета (упис имена у матичне књиге), али и за промену личног имена до које може доћи било услед статусних промена (склапање, развод и поништај брака, престанак брака смрћу, у случају спора о материнству или очинству, у случају заснивања или престанка усвојења), или независно од њих.

У пракси се јављају и случајеви када меродавно право није једноставно одредити. Посебне тешкоће се јављају код лица без држављанства (апатриди), као и код лица која имају више од једног држављанства (бипатриди или полипатриди). Поставља се питање које држављанство је релевантно, односно које ће у колизионој норми бити препознато као тачка везивања?

Када је реч о апатридима, на сцену долази супсидијарна тачка везивања. У савременом европском законодавству постоји тренд по коме се пребивалиште (домицил) замењује уобичајеним боравиштем као супсидијарном тачком везивања. На међународном плану запажен је велики помак у правцу искорењивања проблема апатридије. Наша држава ратификовала је две веома значајне конвенције: Конвенција о правном положају лица без држављанства из 1954. године,⁷ и Конвенција о статусу избеглица из 1951. године.⁸ Када је реч о лицима без држављанства и избеглицама, чл. 9 Нацрта упућује на одредбе напред поменутих конвенција. Одређени резултати на пољу решавања проблема апатридије потигнути су и путем Конвенције УН о држављанству удате жене којој је бивша Југославија такође приступила.⁹

Ако је реч о бипатридима и једно од држављанства тог лица је домаће, домаћи органи ће га по правилу третирати као да има само домаће држављанство.¹⁰ Међутим, поставља се питање да ли је ово решење оправдано, када се поставља питање меродавног права за лично име? Ако је лице држављанин више страних држава, потребно је утврдити тзв. *ефективно држављанство*, а то је држављанство којим се дотично лице у стварности служи. Приликом утврђивања ефективног држављанства узима се у обзир и стварна веза коју лице има са државама чији је

⁷ „Сл. лист ФНРЈ“ - додаток, бр. 9/1959.

⁸ „Сл. лист ФНРЈ“ – додаток, бр. 7/1960, „Сл. лист СФРЈ „– додаток, бр. 15/1967.

⁹ „Сл. лист ФНРЈ“ – додаток, бр. 7/1958.

¹⁰ Види: чл. 11 ЗРСЗ-а и чл. 8. ст. 2 Нацрта.

држављанин, тј. испитује се где иа пребивалиште¹¹, где је запослено и сл.¹²

До проблема позитивног и негативног сукоба држављанства, односно до појаве лица са двоструким или вишеструким држављанством (бипатрида или полипатрида) и лица без држављанства (апатрида) долази услед одсуства координације између националних законодавстава о држављанству. На пример, ако се дете роди у држави која прихвата систем стицања држављанства по месту рођења *ius soli*, а његови родитељи су држављани државе која прихвата систем према пореклу родитеља *ius sanguinis* оно може стећи двоструко држављанство.¹³

3. Бипатриди-латентна дискриминација у погледу личног имена?

Решење које европска национална законодавства прописују у случају постојања двојног држављанства, од којих је једно држављанство домаће државе, углавном пледирају за потоње као релевантно у смислу детерминисања тачке везивања. Једини прави изузетак од правила да домаће држављанство има примат над другим страним држављанством чини Швајцарска и то у чл.23 свог ЗМПП-а. Наиме, Швајцарска прави разлику према томе да ли је реч о питању утврђивања надлежности сопствених судова и признању и извршењу страних судских одлука, с једне стране, и утврђивању меродавног права (сукоба закона), с друге стране. Док код прва два питања швајцарско држављанство односи примат у смислу да је довољно за заснивање надлежности швајцарских правосудних органа, дотле у потоњем случају Швајцарска сматра швајцарско држављанство довољним само уколико је оно истовремено и тзв. ефективно држављанство, тј. држављанство државе с којом дато лице стоји у најближој вези.¹⁴

Држављанство је израз битне везе, битног односа између лица и државе, које истовремено служи као основ за стицање најширег статуса који правни систем односне државе нуди својим држављанима. Процес европских интеграција појму држављанства додаје концепт Европског грађанства. Овај концепт уведен је закључењем Мастрихтског споразума

¹¹ Види: чл. 11 ЗРСЗ-а, и упореди га са чл. 8. ст. 3 Нацрта.

¹² Варади Т., Кнежевић Г., Бордаш Б., Павић В., Међународно приватно право, 9. издање, Службени Гласник, Београд, 2007, стр. 270-

¹³ Станивуковић М., Живковић М., Међународно приватно право-општи део, Београд, 2004, стр. 98.

¹⁴ Дика М., Кнежевић Г., Стојановић С., Коментар закона о међународном приватном и процесном праву, Номос, Београд, 1991, стр. 47.

из 1992. године.¹⁵ Грађанство Европске уније има суплементаран карактер.

Одредба чл.12 ст.1 ЕЗ-а прописује забрану дискриминације на основу држављанства. Она гласи:

„У оквиру подручја примене уговора и не доводећи у питање посебне одредбе из уговора, забрањена је свака дискриминација по основу држављанства.“

Суд Правде Европске уније (у даљем тексту: Суд) се на наведену одредбу позвао у случају *Carlos Garcia Avello против Државе Белгије*¹⁶. Чињенице овог случаја биле су следеће¹⁷; G. Garcia Avello, шпански држављанин, и I. Weber, која има белгијско држављанство станују у Белгији где су се венчали 1986. године. Оба детета су из њиховог брака, Esmeralda и Diego, која су рођена 1988., односно 1992., имају двојно држављанство, белгијско и шпанско. У изводе из матичне књиге рођених деце, белгијски матичар је у складу са белгијским правом¹⁸ уписао презиме оца – Garcia Avello- као њихово презиме.

Образложеним писаним захтевом упућеним министру правде од 7. новембра 1995., господин Garcia Avello и његова супруга су у својству законских заступника оба детета, затражили промену презимена¹⁹ деце у

¹⁵ Чл. 20 Уговора о функционисању Европске уније (ранији чл.17 Уговора о ЕЗ) гласи:

„(1) Установљава се статус грађанина Уније. Свако лице које има држављанство државе чланице грађанин је Уније. Статус грађанина Уније додаје се националном држављанству и не замењује га.

(2) Грађани Уније имају права и обавезе предвиђене уговорима.....“

¹⁶ С-148/02 од 2. октобра 2003.

¹⁷ Више о овом случају у: Jessel-Holst С., Sikirić Н., Bouček V., Babić D., *Međunarodno privatno pravo-Zbirka odluka Suda Evropske unije, Narodne novine, Zagreb, 2014, str.245-257.*

¹⁸ Чл. 335 белгијског Грађанског законика, који се налази у Глави VII, „Сродство“, Поглавље V, „Учинци сродства“, гласи: „Дете за кога се зна ко му је отац или за кога се зна ко су му отац и мајка носи презиме оца, осим у случају када је он ожењен и призна дете које је зачала нека друга жена, а не жена са којом је у браку“.

¹⁹ Чл.2 белгијског Закона о именима и презименима у Глави II „промена имена и презимена“ предвиђа: „ко неко има разлог за промену презимена или имена, може министру правде поднети образложени захтев. Захтев подноси особа о којој је реч или њен законски заступник.“

У чл. 3 Закона стоји: „Министар правде може одобрити промену презимена или имена ако тражена промена неће довести до забуна и неће нанети штету подносиоцу захтева или трећим особама. Изузетно Краљ може одобрити промену ако захтев према његовом мишљењу почива на озбиљним разлозима, односно ако тражено презиме неће довести до забуна и неће нанети штету подносиоцу захтева или трећим особама.

„Garcia Weber“, са образложењем да се према пракси устаљеној у шпанском праву презиме деце брачног пара састоји од првог презимена оца након којег следи прво презиме мајке. Деца су иначе у конзуларном одељењу Шпанске амбасаде у Белгији уписана са презименом „Garcia Weber“.

Дописом од 1. децембра министар правде је саопштио господину Garcia Avello да је његов захтев одбијен и да влада сматра да не постоје довољни разлози да се његовој краљевској висости предложи да одобри да деца очевом презименом додају презиме мајке са образложењем „да деца у Белгији носе презиме оца“.

Против ове одлуке господин Garcia Avello је као законски заступник своје деце, 29. јануара 1998., поднео тужбу суду *Conseil d' Etat*. Уважавајући аргуменацију странака, *Conseil d' Etat* је прекинуо поступак и обратио се Суду са следећим питањем:

„Требају ли се начела права Заједнице, која су посебно утврђена члановима 17. и 18. Уговора о оснивању Европске заједнице од 25. марта 1957, а која се односе на европско грађанство и слободу кретања, тумачити тако да не допуштају белгијском управном органу који одлучује о захтеву, да одбије захтев за промену презимена малолетне деце са двојним држављанством која живе у Белгији, чија се одлука, без навођења даљих, посебних околности, образлаже тиме „да се такви захтеви обично одбијају с образложењем да деца у Белгији носе очево презиме“, а који нарочито изражава схватање надлежног тела по коме би.....“ додела другог презимена могла у друштвеном животу Белгије изазвати питања о пореклу детета, али и изазвати несигурност код подносиоца захтева са двојним држављанством“?

Суд је прво требао утврдити да ли чињенично стање које је предмет поступка *ratione materiae* спада у подручје примене права Заједнице. Иако иницијално, право на лично име спада у надлежност држава чланица, Суд је сматрао да извршавање ове надлежности спада у право Заједнице, нарочито у случају када је реч о бипатридима. Такође, Суд је нашао да овај случај има везе са применом чл.18, ст.1 ЕЗ који регулише право на слободу кретања и боравка.²⁰

У конкретном случају, аргументација белгијске државе заснивала се на чл.3 Хашке конвенције из 1930. о појединим питањима код сукоба закона о држављанству, чија одредба прописује да: „.....особу која поседује држављанство две или више држава све државе чије држављанство

²⁰ Чл. 18, ст.1 ЕЗ гласи „Сваки грађанин Уније има право да се слободно креће и борави на територији држава чланица, у складу са ограничењима и условима утврђеним овим Уговором и мерама усвојеним ради његовог спровођења“.

поседују могу сматрати властитим држављанином.“ Међутим, Суд је сматрао да се овом одредбом не заснива никаква обавеза за све државе чланице, него само могућност да се том држављанству допусти предност у односу на свако друго држављанство. Под тим околностима деца тужиоца из главног поступка се могу позивати на чл.12 ЕЗ-а како не би била дискриминисана по основу држављанства у погледу правила којима се одређује њихово презиме.

Образлажући своју одлуку, Суд наводи да се забрана дискриминације односи на захтев да се са једнаким чињеничним стањима не поступа различито, као и да се са различитим чињеничним стањима не поступа једнако. У овом предмету несумњиво је да се са особама које поред белгијског држављанства поседују и држављанство друге државе чланице поступало на исти начин као да је реч о особама које имају само белгијско држављанство! С тога је Суд сматрао да чл.12 и чл.17 ЕЗ-а треба тумачити тако да **искључују** могућност да управни органи државе чланице, под околностима какве су околности из главног поступка одбију захтев за промену презимена.

Иако се у претходном случају Суд веома бојажљиво позивао на чл.18, ст.1 ЕЗ-а, он је заправо представљао основ за поступање у случају *Grunkin, Paul*.²¹ Чињенице овог случаја биле су следеће: Leonhard Matthias је син Stefana Grunkina и Dorothee Paul, рођен у Данској где су његови родитељи имали заједничко пребивалиште. Обзиром да су оба његова родитеља немачки држављани, а да Данска не познаје модел стицања држављанства по месту рођења (*iure soli*), дете је стекло само држављанство Немачке. У складу са данским колизионим правилима, за питања личног статуса меродавно је право домицила лица о чијем статусу је реч. Сходно томе, дечак је био уписан под презименом Paul-Grunkin, које је потом промењено у Grunkin-Paul, опет у складу са данским правом. Неколико година касније, након што су се његови родитељи развели, његов отац се преселио у Niebüll, место само неколико километара удаљено од данске границе. Дечак је углавном живео са својом мајком, али је редовно одржавао контакте и са својим оцем. Отац се обратио немачкој матичној служби са захтевом да региструје тада трогодишњег дечака, са презименом које је стекао по рођењу и које је било уписано у данске матичне књиге. Немачке власти су овај захтев одбиле, образлажући да он није у складу са домаћим правом. Немачко право дозвољава избор, било очевог, било мајчиног презимена, али не и заједничко презиме или комбинацију ова два. Овај случај има сличности са *Garcia Avello*, али и разлике обзиром да се односи на захтев за

²¹ C-353/06, од 14. октобра 2008.

признање презимена законито стеченог у другој држави чланици, а не на захтев за промену презимена. Једнако, и у случају *Garcia Avello* могло се радити о захтеву за признање обзиром да је презиме *Garcia-Weber* било уписано у шпанском конзуларном представништву. Према схватању Суда, одбијање немачких власти да усвоје захтев угрожава лични интегритет подносиоца захтева као и његово право на слободу кретања.²² У овом случају проблем се састојао у томе што је постојао несклад између међународно приватно правних правила немачког права и европског права које поставља стандард слободе кретања и боравка грађана ЕУ на територији ЕУ, а који је у овом случају грубо нарушен обзиром да правни систем држављанства не дозвољава препознавање правне чињенице законито стечене на основу права домицила.

4. Лично име у Нацрту новог Закона о међународном приватном праву или уместо закључка

Више пута у раду је назначено да Нацрт, по први пут, уводи *Лично име* као засебну правну категорију, чиме доприноси детаљнијем регулисању права на лично име. Наиме, и Устав Републике Србије из 2006. године, по први пут, у уставноправној историји Републике Србије изричито говори о праву на лично име у контексту права детета.²³ Референтни закон за примену стандарда и принципа везаних за лично име свакако је Породични закон из 2005. године.

Колизионоправним регулисањем права на лично име, ово правно питање регулисано је и за оне правне ситуације у којима долази до појаве међународног елемента. У првом, од шест нових чланова, регулисано је питање надлежности домаћих органа (органа управе) у поступцима који се односе на упис и промену личног имена.²⁴

²² Чл.61 Нацрта регулише питање признања страних одлука о промени презимена или личног имена држављанина Републике Србије.

²³ Види: чл. 64 Устава РС из 2006. године.

²⁴ Чл. 57 Нацрта гласи:

„(1) Орган РС надлежан је за упис личног имена детета, ако је дете рођено или нађено на територији РС, ако је један од родитеља држављанин РС у тренутку покретања поступка, или ако је дете рођено у превозном средству, а путовање мајке се завршило у РС.

(2) Орган РС надлежан је да одлучује о захтеву родитеља за промену личног имена детета независно од његовог породичног статуса ак је дете држављанин РС или је рођено у РС и има уобичајено боравиште у РС у тренутку подношења захтева.

(3) Орган РС надлежан је да одлучује о промени презимена услед промена брачног или породичног статуса ако је у тренутку подношења захтева односно давања изјаве

Питању одређивања меродавног права посвећена су чак три нова члана (чл.58-60). За одређивање и промену личног имена детета меродавно је алтернативно: 1) право државе чији је дете држављанин у тренутку подношења захтева (по избору родитеља), или 2) право РС. Пружање могућности да родитељи могу путем слободног избора да одреде оквир меродавног права, свакако је једна велика новина Нацрта. Она је истовремено израз европског тренда о проширивању домена аутономије воље ван сфере уговорних односа (наследни, породични, вануговорни и статусни односи). Нацрт регулише и ситуације у којима родитељи детета не могу да постигну споразум о личном имену детета или у законском одређеном року не одреде име детета или уколико родитељи нису познати или нису живи. У тим ситуацијама лично име детета одређује орган старатељства: 1) према праву државе чији је дете држављанин, или 2) према праву РС.²⁵

Веома је важно што Нацрт садржи анти-дискриминаторну клаузулу, која би овом случају фаворизовала домаће држављанство, већ управо супротно, у ситуацијама када је реч о детету које има два или више држављанства, родитељи односно орган старатељства могу изабрати било које од ових права. У Нацрту изричито стоји да се поводом овог питања ставови 2 и 3, чл.8 који се односе на статус лица са више држављанства не примењују.²⁶ Чл.8, ст. 2 предвиђа да уколико: „...држављанин РС има и држављанство неке друге државе, сматра се да има држављанство само РС, уколико другачије није предвиђено овим Законом“. И управо одредба чл.58, ст.4 предходну дерогира, стављајући у равноправан положај сва (два или више) држављанства које лице поседује у тренутку подношења захтева. Истоветна анти-дискриминаторна одредба нашла је своје место и у чл.59. ст.3, који регулише питање меродавног права за промену презимена после промена брачног и породичног статуса.

Још једно, веома важно питање регулисано је чл. 61 Нацрта, који се односи на признање страних одлука које се тичу статуса (промена личног имена или прзимена) домаћих држављана. Сходно још увек важећем Закону²⁷ у погледу овог питања усвојен је тзв. принцип

лице у питању држављанин РС или има уобичајено боравиште у РС или ако је орган РС надлежан за склапање брака.

(4) Орган РС надлежан је да одлучује о захтеву за промену личног имена независно од промене брачног и породичног статуса ако је лице које тражи промену држављанин РС или има уобичајено боравиште у РС у трајању од најмање 5 година до тренутка подношења захтева.

²⁵ Видети: чл.58, ст.2 Нацрта.

²⁶ Видети: чл.58, ст.4 Нацрта.

²⁷ Видети: чл.93 ЗРСЗ-а.

еквиваленције, што значи да се страна одлука може признати и ако при њеном доношењу није примењено српско право, „ако та одлука битно не одступа од права Србије, које се примењује на такав однос“.

Предложени члан постављен је знатно еластичније. Наиме, прави се разлика између ситуација у којима је до промене презимена дошло после промене брачног или породичног статуса или независно од ове промене. У првом случају, промена презимена биће призната у РС уколико је призната страна одлука на основу које је промена статуса извршена, уз постављање само једног услова а то је да „одлука о промени личног имена није у **очигледној** супротности са јавним поретком Републике Србије“. У другом случају критеријуми за признање су нешто строжи и односе се наиспуњење два услова: 1) да је лице о чијој је промени личног имена реч имало уобичајено боравиште у трајању од најмање 5 година у држави у којој се промена извршена, и 2) да су испуњени услови за промену које предвиђа право РС. То практично значи строжу контролу меритума од оне коју предвиђа јавни поредак.

Jelena Belović, Ph.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University of Priština
Kosovska Mitrovica

APPLICABLE LAW TO THE PERSONAL NAME-DISCRIMINATION ON GROUNDS OF NATIONALITY

Summary

The principle of non-discrimination requires that comparable situation must not be treated differently and that different situation must not be treated in the same way. Therefore, quite reasonable standing request that persons with double citizenship, as well as those with multiple citizenship, must not be treated in the same way as those having domestic citizenship only, considering their right to personal name. This problem is not unnoticed in the light of creating a new Private International Law Code in Republic of Serbia.

For the better understanding of the proposed rules, that goes in line with European Union Private International Law rules, is presenting and analyzing almost forty years old practice of the Court of Justice of the European Union.

Мр Душко Челић

**Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици**

**ДИСКРИМИНАЦИЈОМ ПРОТИВ "ДИСКРИМИНАЦИЈЕ" –
ДИСКРИМИНАТИВНЕ ОДЛУКЕ УНМИК-а ("КОМИСИЈЕ ЗА
СТАМБЕНА И ИМОВИНСКА ПИТАЊА"¹)**

Апстракт: У раду су анализирани "правни оквир" и јудикатура "комисије за стамбена имовинска питања", квазисудског тела које је основао УНМИК са искључивом надлежношћу да одлучује о захтевима (тужбама) за враћање државине, права својине и права становања на непокретностима намењеним становању.

Аутор констатује да је "правни оквир" УНМИК-а у овој области настао као резултат политичко-правних претпоставки да су на Косову и Метохији у области имовинских права на непокретностима намењених становању, након 23. марта 1989. године, примењивани дискриминациони закони, што је имало за последицу престанак станарских права Албанаца, с једне стране, и стицање тих права (и њихово претварање у право својине, путем откупа) на истим непокретностима, лица српске и неалбанских националности. И сам број поднетих захтева, показује да је ова претпоставка била нетачна. "Комисија" није у сваком конкретном случају утврђивала да ли је станарско право заиста стечено, као и ако јесте, да ли је престало услед дискриминације и у чему се конкретна дискриминација састојала. Исправљање претпостављене "дискриминације", УНМИК је учинио дискриминишући другу страну у поступку – лица прогнана са Косова и Метохиј, услед масовног насиља које је наступило након 10. јуна 1999. године. Овакво "правно наслеђе" УНМИК-а довело је до кришења права на правично суђење, као и права на мирно уживање имовине.

¹ Мишљења смо да "законодавна делатност" Специјалног представника Генералног секретара Уједињених нација за Косово и Метохију, није утемељена у Резолуцији Савета безбедности ОУН бр. 1244. Детаљне разлоге у вези с тим навели смо у: Косово и Метохија: протекторат, "суштинска аутономија" или независни ентитет? Уставне промене у нас, ур. З. Исаиловић, Косовска Митровица, 2004. стр. 135 - 145. У пропедевичкој намери, неке од тих разлога, у сумарном облику, наводимо и у овом раду. Из тих разлога "опште акте" УНМИК-а и називе установљених "органа" наводимо уз одговарајуће интерпункцијске знакове.

Мр Душко Челић

Кључне речи: *Косово и Метохија, Цивилна управа Уједињених нација (УНМИК), "Комисија за стамбена и имовинска питања", претпостављена дискриминација Албанаца, дискриминација прогнаних лица, станарско право, право својине, право на правично суђење, право на мирно уживање имовине.*

I УВОД

Након неуспелих преговора у Рамбујеу о будућем статусу Аутономне покрајине Косово и Метохија², уследила је противправна агресија НАТО на Савезну републику Југославију. Агресија је окончана потписивањем тзв. кумановског споразума³ и доношењем Резолуције Савета безбедности Организације уједињених нација бр. 1244.⁴ Резолуцијом је, *expresis verbis*, потврђен суверенитет и територијални интегритет Савезне Републике Југославије.⁵ Истина, суверенитет СРЈ односно Србијес на Косову и Метохији ограничен увођењем Привремене цивилне управе Уједињених нација (у даљем тксту: УНМИК), као и "међународних безбедносних снага" (у даљем тексту: КФОР)⁶. Кршећи слово и смисао Резолуције, Привремена управа Уједињених нација на Косову и Метохији ретроактивно је аброгирала затечени правни поредак у Аутономној покрајини Косово и Метохија и на том делу Републике Србије успоставила "правни систем" независан у односу на остатак Србије, негирајући сваку државно-правну везу са њом. Овај "подухват", без преседана у пракси међународних мисија, изведен је нелегалном квазиправном активношћу Специјалног представника Генералног секретара Уједињених нација, који је, самовољно одређујући сопствени мандат, сам себи доделио сву законодавну, судску и извршну власт на Косову и Метохији⁷. Тиме је сам себи, односно УНМИК-у, доделио улогу

² О садржини и контексту преговора у Рамбујеу в. П. Симић, Пут у Рмбује: Косовска криза 1995-2000, Београд, 2000.

³ Изворни назив овог споразума гласи: "Military technical agreement between the international security force (KFOR) and the governments of Fedreal republic of Yugoslavia and the Republic of Serbia".

⁴ У даљем тексту: Резолуција.

⁵ В. ст. 9. преамбуле Резолуције, тачку 10. основног текста Резолуције, тачку 5. Анекса I и тачке 5. и 8. Анекса II Резолуције.

⁶ Видети тачке 5, 6, 10. и 11. Резолуције.

⁷ Мандат Специјалног представника Генералног секретара ОУН (у даљем тексту: Специјални представник), одређен је у тачци 6. Резолуције у којој се наводи да ће он: "контролисати остваривање присуства међународних цивилних снага" као и да "тесно сарађује са међународним снагама безбедности да би обезбедио да обе групе делују у правцу остварења истих циљева узајамно се подржавајући". Како му Резолуција није

носиоца суверенитета на територији Косова и Метохије, за шта није било упоришта како у општем међународном праву, тако ни у релевантној Резолуцији Савета безбедности ОУН⁸. Код привремених управа над територијом, као новом облику мировних мисија, не ради се о заснивању суверених права ОУН над подручјем на коме се обавља, већ о заснивању ограничене јурисдикције међународне заједнице. Узроци заснивања привремене управе над територијом могу свести на: 1.) проблем заснивања суверенитета на некој територији на којој је то питање било спорно (што поводом Косова и Метохије није био случај већ и самим тим што је суверенитет Југославије односно Србије потврђен и самом Резолуцијом којом је та привремена управа уведена) и 2.) немогућност друштва да, након унутрашњих сукоба, самостално обавља власт на одређеном подручју.⁹ Јасно је да је у случају СРЈ односно Србије, реч управо о другом случају, тиме се неоснованост поступања УНМИК-а, односно Специјалног представника генералног секретара ОУН, додатно поткрепљује. О размерама поменутог квазиправног насиља на Косову и Метохији које је спровео Специјални представник, довољно говори чињеница да је арбитрерно одлучио да се на Косову и Метохији примењују "закони који су били на снази на територији Косова (и Метохије, прим. Д. Ч.) пре 24. марта 1999. године, уколико нису у супротностима са међународно признатим стандардима о људским правима, испуњавањем мандата УНМИК-а, као и са другим уредбама које је донео УНМИК"¹⁰. Неколико месеци касније, тадашњи Специјални представник, Бернар Кушнер, под притиском албанских судија и тужилаца, који су одбили да примењују правне норме које су чиниле правни поредак затечен 23. марта 1999. године, јер "наметање тих закона, који су дискриминациони у односу на Албанце, и који су симболи

допуштала непосредно вршење власти на Косову и Метохији, Специјални представник је својим актом "УНМИК/УРЕД/1999/1" од 25. јула 1999. године "О овлашћењима Привремене управе на Косову", самовољно "одредио" шта под сопственим овлашћењима подразумева. У чл. 1.1 поменуте "уредбе" наведено је да: "Сва законодавна и извршна власт која се односи на Косово, укључујући и управљање правосуђем, поверена је УНМИК-у а спроводи је Специјални представник Генералног секретара"!?! Иако Специјални представник није био овлашћен да доноси никаква акта општег карактера, но то му није сметало да донесе поменуту "Уредбу", као ни стотине потоњих "аката" сличног карактера, развијајући богату квазизаконодавну, чак и квазиуставну активност.

⁸ Б. Милисављевић, Нове мировне мисије Организације уједињених нација, Београд, 2007, стр. 173.

⁹ Б. Милисављевић, нав. дело, стр. 172.

¹⁰ Чл. 2 и 4. "УНМИК/УРЕД/1999/1".

деценија угњетавања, озакоњује српску окупацију Косова"¹¹, донео је "уредбу", којом прописује да ће се на Косову и Метохији примењивати "закон који је био на снази на дан 22. марта 1989. године"¹²!?! Не само поменуте околности, већ и сам датум који је накнадно Специјални представник одредио "релевантним" у погледу важећих општих правних норми, указује да је критеријум којим се он руководио, политичке а не правне природе.¹³

¹¹ "The increasingly contentious relationship between local jurists and UNMIK began with the first legal regulation signed by Kouchner, which dealt with Kosovo's applicable law. Signed on July 25, Regulation No. 1 stated that the law "prior to March 24, 1999, shall continue to apply in Kosovo," as long as it does not conflict with international human rights standards or with the UN resolution, number 1244, which placed Kosovo under international administration and military protection. The UN interpreted the regulation to mean that the Serbian criminal code and Yugoslav criminal procedure code, in effect in Kosovo prior to the commencement of NATO bombing on March 24, would stay in force. Although UNMIK's interpretation is in conformity with international law, the failure to state categorically which law was in effect opened the door for Kosovo Albanian lawyers to argue that UNMIK should recognise the old Kosovo criminal code, in effect until 1989, when Kosovo's autonomy was revoked. And for them, the Serbian code was unconstitutionally imposed, discriminatory against Albanians, and symbolic of the past decade of repression. Some newly appointed judges threatened to resign. One judge from Prizren, A. Krasniqi, said that by forcing the Serbian laws on Kosovo, UNMIK was "legitimising Serbia's occupation of Kosovo." The issue came to a head at an August 15 meeting between Kouchner and the newly appointed judges and prosecutors. At the meeting, Kouchner bowed to demands that Serbian law not be enforced, thereby contradicting his own regulation. More importantly, legal experts conclude, he allowed the Albanian jurists to politicise the judicial process. There are only minor differences between the Kosovo and Serbian penal code and, even Albanian lawyers admit, the issue was purely symbolic – and political. (Fred Abrahams: "Justice Delayed In Kosovo", IWP R No. 96, 26. новембар 1999, <https://iwpr.net/global-voices/justice-delayed-kosovo>, 15. 3. 2015. год).

¹² Чл. 1. ст. 1.(б) "УНМИК/УРЕД/1999/24" од 12. децембра 1999. год.

¹³ Реч је, наиме, о датуму усвајања амандмана на тада важећи устав Социјалистичке републике Србије из 1974. године, којима је Србија васпоставила уставотворну власт на читавој територији. Наиме, уставом Социјалистичке републике Србије из 1974. године, (ондашња) Социјалистичка Република Србија није могла самостално амандирати нити доносити устав, без сафласности скупштина аутономних покрајина у њеном саставу (ондашње Социјалистичке аутономне покрајине Војводине и Социјалистичке аутономне покрајине Косово). Амандманима на Устав Социјалистичке републике Србије, донетим 23. марта 1989. године, поново је успостављена уставотворна власт Србије. Интересантно је да је усвајање поменутих мандмана био повод за нови талас манифестовања сепаратистичких намера албанског сепаратистичког покрета на Косову и Метохији, праћен, масовним демонстрацијама, различитим облицима грађанске непослушности и првим појавним облицима организоване оружане побуне.

Понашајући се као супститут државе на Косову и Метохији¹⁴, на шта није имао право, Специјални представник је, констатујући да су имовинска а посебно право својине на непокретностима на Косову и Метохији систематски угрожавана¹⁵ а да је новоустановљени "правосудни систем" немоћан да та права заштити¹⁶, једном од "уредби"¹⁷ установио "дирекцију за стамбена и својинска питања" (у даљем тексту: "дирекција") и "комисију за решавање стамбених и имовинских захтева" (у даљем тексту: "комисија");¹⁸ годину дана касније, Специјални представник "нормирао" је и правила у поступцима пред "дирекцијом" и "комисијом".¹⁹ Овај "правни оквир" за решавање спорова поводом стварних права на непокретностима намењених становању, био је актуелан нешто више од пет година, све до доношења "Уредбе о решавању жалби које се односе на приватну непокретну имовину, укључујући пољопривредну и комерцијалну имовину"²⁰, којом је основана "косовска агенција за имовину", као правни следбеник "дирекције" и "комисије".^{21, 22}

II ДИСКРИМИНАЦИОНИ "ПРАВНИ ОКВИР" УНМИК-а

Анализом садржине "УНМИК/УРЕД/1999/23", "УНМИК/УРЕД/2000/60", као и других квазиправних аката општег карактера које је донео Специјални представник, можемо закључити да је "дирекција" независно тело (орган) које делује изван система тзв. привремених институција самоуправе на Косову и Метохији.²³ Природу овог тела није једноставно одредити, мишљења да се анализом поменутих "прописа", може сматрати да је реч о специфичном квазисудском телу телу

¹⁴ Више о томе, в. Ombudsperson institution in Kosovo, Special report No. 1, p. 12.

¹⁵ УНМИК –OSCE Mission In Kosovo and Метохија, Property rights in Kosovo and Метохија, 2002-2003, Pristina, 2003, p. 12.

¹⁶ О "правним" донетима "привременог правосуђа" које је УНМИК успоставио током 1999 и 2000. године, в. Д. Челић, Прилози о стању правосуђа на Косову и Метохији након увођења међународних цивилних и безбедносних снага под управом Уједињених нација, Криза и реформа правосуђа, ур. В. В. Водинелић, Београд, 2001. год, стр. 88-105.

¹⁷ "УНМИК/УРЕД/1999/23" од 15. новембра 1999. год.

¹⁸ У даљем тексту: "Дирекција" и "Комисија".

¹⁹ "УНМИК/УРЕД/2000/60" од 31. октобра 2000. год.

²⁰ "УНМИК/УР/2006/10" од 4. марта 2006. год.

²¹ В. чл. 1. и чл. 16. "УНМИК/УРЕД/2006/10".

²² О квазиправној оставштини "косовске агенције за имовину" в. Д. Челић, Косовска агенција за имовину – већ виђено, Правни живот, Београд, бр. 11/2009, стр. 799-813.

²³ В. чл. 11. ст. 1(г) "УНМИК/УРЕД/2001/9 О уставном оквиру за привремену самоуправу на Косову (и Метохији, прим Аут.)" од 15. маја 2001. год.

са одређеним елементима надлежности чији је карактер управне природе. Надлежност "дирекције" обухвата управне послове везане за стварна права на непокретностима намењених становању, мешу којима и пријем и евиденција захтева који се односе на стварна права на непокретностима намењених становању у следећим случајевима:

а) "захтеви физичких лица чија су имовинска права укинута²⁴ после 23. марта 1989. године на основу дискриминаторског закона у својој примени или намери";

б) "захтеви физичких лица која су закључила неоверене уговоре о купопродаји непокретности намењене становању²⁵ а на основу слободне воље уговорних страна после 23. марта 1989. године";

в) "захтеви физичких лица која су била власници непокретности намењених становању, држаоци или имаоци стамбеног права пре 24. марта 1999. године а која су у моменту подношења захтева изгубила државину над тим непокретностима²⁶, као и у случајевима када није извршен пренос стварних права на тим непокретностима слободном вољом (уговорних страна)".

"Комисија за решавање стамбених имовинских захтева" је независан квазисудски орган "дирекције за стамбена и својинска питања" чија је надлежност да одлучује о захтевима поводом спорова о својинским

²⁴ Израз "укинута", како дословце пише у чл.1. ст. 2 (а)(а) "УНМИК/УРЕД/1999/23", није адекватан. Прецизније би било да уместо речи "укинута" пише "престала", но, као што ће се показати у наредној напомени, то није једина језичка непрецизност и нетачност у овој "уредби". Иначе, садржина читавог овог става је правно спорна о чему ћемо детаљније у тексту који следи.

²⁵ У чл. 1. ст. 2 (б)(б) "УНМИК/УРЕД/1999/23" дословце пише: "...лица која су обавила неоверене трансакције стамбене имовине..." И овде је реч о нетачном преводу са енглеског језика. Интересантно је да је у чл. 5. ст. 2. "УНМИК/УРЕД/1999/1 О овлашћењима привремене управе на Косову (и Метохији прим аут.)", одређено да ће: "у случајевима разлика у текстовима превода, текст на енглеском (језику) имати предност." Интересантно већ и због тога што је УНМИК пред грађане Косова и Метохије, с обзиром на општепознате образовне (не)прилике, поставио висок стандард познавања енглеског (стручног, правничког) језика!?!

²⁶ О томе да је реч о суштински различитим текстовима на српском и енглеском језику довољно указују званичне верзије текста чл. 1. ст. 2 (в) "УНМИК/УРЕД/1999/23", српска: "захтеви физичких лица која су била власници стамбене својине или уживаоци станарског права после 24. марта 1999. године, а која су сада остала без ње, као и у случајевима када није извршен пренос слободном вољом", енглеска: " Claims by natural persons who were the owners, possessors or occupancy right holders of residential real property prior to 24 March 1999 and who do not now enjoy possession of the property, and where the property has not voluntarily been transferred".

правима на непокретностима намењених становању²⁷. Независност "комисије", се односи на (локалне, покрајинске) привремене институције самоуправе на Косову и Метохији. Њене одлуке су коначне и не подлежу испитивању од стране судске власти у Покрајини.²⁸ На жалост, локалне (албанске) власти су често игнорисале искључиву надлежност "дирекције" и "комисије".²⁹

Сâмо одређивање материјалноправне надлежности "дирекције" и "комисије", редослед навођења и материјалноправна садржина захтева (тужби) по којима су ова тела надлежна да одлучују, упућују на закључак да је "законодавац", у лику Специјалног представника, пошао од (пред)убеђења да су на Косову и Метохији најбројнији случајеви престанка "имовинских права" као последица "дискриминаторског закона у својој примени или намери", те да они заслужују приоритет на затвореној листи (clauses numerus) материјалноправних спорова поводом којих се може поднети захтев (тужба) "дирекцији". О ванправној природи, критеријумима и предрасудама Специјалног представника говори и чињеница да он полази од тога да су "дискриминациони закони" на Косову и Метохији доношени "после 23. марта 1989. године".³⁰ При томе, Специјални представник не наводи о којим је то "дискриминационим законима" реч, напротив, из текста одредбе "уредбе" у делу којим се одређује ова надлежност,³¹ могло би се закључити да су то сви "дискриминациони закони у својој примени или намени", на основу којих су "укинута" (престала) "имовинска права" физичких лица на непокретностима намењеним становању !! До одговора на то питање може се доћи увидом у један други "пропис" који је раније донео Специјални представник. Реч је о тзв. "УНМИК/УРЕД/1999/10 О укидању дискриминационих закона у вези са стамбеним и имовинским правима"³². Овим "прописом", Специјални представник је, како дословно наводи, "укинуо" Закон о ограничењу промета непокретности, са изменама и

²⁷ В. чл. 2. ст. 1. "УНМИК/УРЕД/1999/23".

²⁸ В. чл. 2. ст. 7. "УНМИК/УРЕД/1999/23".

²⁹ О игнорисању независног механизма "дирекције" и "комисије" од стране локалног (албанског) становништва и локалних (албанских) судова, видети: OSCE-MISSION IN KOSOVO AND METOHIA, "Property right in Kosovo and Metohia 2002-2003, Pristina, 2003, p.18-19.

³⁰ В. текст уз напомену 13.

³¹ В. чл.1. ст. 2 (а)(а) "УНМИК/УРЕД/1999/23".

³² Ова "уредба" донета је 13. октобра 1999. године.

допунама од 18. априла 1991. године³³ и Закон о условима, начинима и поступцима давања пољопривредног земљишта на коришћење грађанима који желе да раде и живе на територији АП Косова и Метохије.³⁴ Дакле, од свих "дискриминационих закона у својој примени или намени" (ма шта значили ови безобални појмови), листа је сведена на два ! Закон о посебним условима промета непокретности је пуноважност уговора о промету непокретности на територији Републике Србије без Аутономне Покрајине Војводине, условио одобрењем Министарства финансија Републике Србије.³⁵ Министарство је, према одредама овог закона, било дужно да изда одобрење за промет непокретности "кад оцени да се тим прометом не утиче на промену националне структуре становништва или на исељавање припадника одређеног народа, односно народности и кад тај промет не изазива неспокојство, односно несигурност или неравноправност код грађана другог народа, односно народности".³⁶ Специјални представник нигде не наводи у чему се огледа дискриминациони карактер ове и других одредаба овог закона. Шта више, и он сам је донео сличан "закон-уредбу" којим се промет у појединим деловима Косова и Метохије, одвија под посебним "правним" режимом.³⁷ Тај нови "правни" режим је далеко рестриктивнији од оног који је био предвиђен Законом о посебним условима промета непокретности.³⁸ О правној обавештености Специјалног представника довољно говори чињеница да је Закон о посебним условима промета непокретности практично престао да важи ступањем на снагу Закона о промету непокретности,³⁹ с обзиром да је на другачији начин *posteriori* регулисао исте или сличне правне односе.⁴⁰ Дакле, и са становишта временске димензије, "уредба о укидању дискриминационих закона у вези са стамбеним и имовинским правима", је без основа, с обзиром да је Закон

³³ В. чл. 1. "УНМИК/УРЕД/1999/10" у коме се чак не наводи тачан назив овог закона, но, такви и много грубљи пропусти већ су, као што смо навели и у ранијим напоменама, постали манир међународног "законодавца" на Косову и Метохији.

³⁴ "Сл. гласник РС" бр. 43/91.

³⁵ В. чл. 1 и 3. Закона о посебним условима промета непокретности ("Сл. гласник РС", бр. 30/89 и 42/89 и "Сл. гласник РС", бр. 22/91, 53/93, 67/93 и 48/94).

³⁶ В. чл. 3. Закона о посебним условима промета непокретности.

³⁷ "УНМИК/УРЕД/2001/10 О регистровању уговора о продаји некретнина у посебним географским областима на Косову (и Метохији, прим. Д. Ч.)."

³⁸ Упоредити чл. 3. "УНМИК/УРЕД/2001/17 О регистровању уговора о продаји некретнина у посебним географским областима на Косову (и Метохији прим. Д. Ч.)." и чл. 3. Закона о посебним условима промета непокретности.

³⁹ Закон о промету непокретности, "Сл. гласник РС" бр. 42/98 од 18. новембра 1998. године. Закон је ступио на снагу 26. новембра 1998. године.

⁴⁰ В. чл. 11. Закона о промету непокретности.

који се њом "укида" престао да важи једанаест месеци пре доношења. Но од овог формалноправног аспекта, значајнији је суштински. Он се односи на чињеницу да је Специјални представник арбитрарно констатовао да је Закон о ограничењу промета непокретности "дискриминаторске природе и у супротности са међународним стандардима за људска права",⁴¹ не наводећи при томе који су то дискриминациони елементи Закона и у вези са којим конкретним "међународним стандардима о људским правима" су у супротности. Истина, законом о посебним условима промета непокретности ограничава се право на промет непокретности, односно, онај део права на мирно уживање имовине који се односи на његов промет. То ограничење је нормирано као изузетак од општег правила слободе промета, уз навођење затворене листе случајева када се она може ограничити. То је учињено је у јавном интересу, сразмерно у вези са циљем који се желео постићи а ограничење није било опште већ појединачно. Тиме је ово ограничење задовољило критеријуме "међународних стандарда о људским правима."⁴² Оно није било засновано на било каквој дискриминационој основи, односно, "по основу пола, расе, боји коже, језику, вероисповести, политичком и другом уверењу, националном или друштвеном пореклу, повезаности са националном мањином, имовинског стања, рођења или каквог другог статуса"⁴³ И најзад, Специјални представник није утврдио да ли је и у колико случајева дошло до евентуалне дискриминативне примене Закона које је себи дао за право да "укине" а која је за последицу имала престанак неког "имовинског права", (на основу систематског тумачења целине одредаба "УНМИК/УРЕД/1999/23", претпостављамо да се мислило на неко стварно право), поводом непокретности намењених становању. Када је реч о Закону о условима, начинима и поступцима давања пољопривредног земљишта на коришћење грађанима који желе да раде и живе на територији АП Косова и Метохије, примена ни једне његове одредбе није могла имати за последицу престанак неког стварног права поводом непокретности намењених становању, с обзиром да је, као што и сам назив закона говори, предмет овог закона био давање на коришћење пољопривредног земљишта, које свакако није непокретност која је намењена становању, те у складу стим, не спада у надлежност "дирекције" и "комисије". Поред тога, фонд пољопривредног земљишта, који је могао

⁴¹ В. преамбулу "УНМИК/УРЕД/2001/10".

⁴² Видети одлуке Европске комисије за људска права и Европског суда за људска права: Ashingdane, од 28. маја 1985, Series A, no 93, p.97, Fredin од 18. фебруара 1992, Series A, no. 192, p. 51, Корецку од 7. јануара 2003, p. 51.

⁴³ В. чл. 1. Протокола XII уз Европску конвенцију о људским правима.

бити дат на коришћење лицима која желе да раде и живе на територији АП Косово и Метохија, формиран је из фонда земљишта у друштвеној својини, те оснивање тог фонда за последицу није могло имати престанак права било ког физичког лица "због дискриминације у примени или намери".⁴⁴ Закон је иначе имао за циљ да, не задирући у законито стечена права физичких лица, исправи историјску неправду учињену протераном српском становништву са Косова и Метохије, током Другог светског рата, којима су комунистичке власти, по престанку рата забраниле повратак, што је за последицу имало губитак њихових права на непокретностима.⁴⁵ Одредбе из чл. 1. ст. 2 (а)(а) "УНМИК/УРЕД/1999/23", добијају пун смисао и значење, када се сагледају у светлу одредаба чл. 4. "УНМИК/УРЕД/2000/60", изнад кога је рубрум: "Враћање имовинског права над становима у друштвеном власништву изгубљеним као резултат дискриминације". Из немуште и почесто неразумљиве садржине овог члана, може се закључити да је њиме "нормирано" да ће лицу које је

⁴⁴ В. чл. 1. и 2. Закона о условима, начину и поступку додељивања пољопривредног земљишта грађанима који желе да живе и раде на територији Аутономне покрајине Косово и Метохија.

⁴⁵ Ову Одлуку донео је Национални комитет ослобођења Југославије, 6. марта 1945. године. Привремена одлука остала је на снази готово девет година, до 21. 10. 1953. године, када је укинута ступањем на снагу Уредбе о утврђивању прописа савезних органа управе који су престали да важе. Комунистичке власти Југославије, из идеолошких и/или неких других побуда, права насељеника и колониста на Косову и Метохији нису сматрала законито стеченим правима. Стога је донет Закон о ревизији додељивања земље колонистима и аграрним интересентима у НР Македонији и у Аутономној Косовско-Метохијској области од 3. августа 1945. године. Овим Законом предвиђено је да колонисти и месни корисници аграрне реформе извршене пре 6. априла 1941. године на територији Косова и Метохије, губе право својине на земљишту које им је у оквиру аграрне реформе доделила Краљевина СХС, односно Краљевина Југославија, уколико не испуњавају прилично широку листу услова које је одредила нова власт. Они предратни колонисти и аграрни интересенти којима извршеном ревизијом није одузета земља, изгубили су је накнадно на основу републичког Закона о поступању са напуштеном земљом колониста у Аутономној Косовско-метохијској области ако се до 30. септембра 1947. године нису вратили на своја имања и отпочели са обрадом земље. Ако се има у виду да је враћање колониста и насељеника забрањивала тада важећа важећа Одлука о привременој забрани враћања колониста у њихова ранија места живљења од 6. марта 1945. године, губитак права својине била је законска последица њеног поштовања. (Више о томе, в. З. Мирковић, Д. Челић, Својинскоправни односи на непокретности на Косову и Метохији, стогодишњи *circulus vitiosus*, други део, Правне норме у времену и простору, ур. М. Крвавац, Косовска Митровица, 2012, стр. 130-133.).

постало власник стана откупом, у складу са чл. 16. закона о становању,⁴⁶ одлуком "комисије" престати право својине на том стану, уколико је поводом истог стана поднет захтев лица које је пре "првог власника" имало станарско право а које је то право изгубило"као резултат дискриминације" !?"⁴⁷ То значи да ће у конкуренцији два тужбена захтева: 1.) захтева "Ц" ("лица које је било власник стана или ималац станарског права после 24. марта 1999. године, а које је након окончања рата остало без тог права")⁴⁸ и 2.) захтева "А" (лица чије је станарско право на истом стану престало после 23. марта 1989. године на основу дискриминаторског закона у својој примени или намери"),⁴⁹ бити прихваћен захтев "А" а одбијен захтев "Ц". Увидом у базу података "дирекције" и "комисије",⁵⁰ а имајући у виду контекст догађај на Косову и Метохији непосредно пре и након НАТО агресије на СРЈ, основано се може претпоставити да су сви подносиоци захтева "А", били лица Албанске националности, која су тврдила да су на предметним становима имала станарско право али да су их "изгубили услед дискриминације након 23. марта 1989. године", док су подносиоци захтева "Ц" били лица српске и неалбанских националности, прогнана са Косова и Метохије након престанка агресије НАТО на СРЈ.

Одређивање надлежности "Комисије" учињено не на основу чињенице која се може утврдити *prima facie*: да је су Косову и Метохији од увођења међународне управе угрожена својинска и уопште имовинска права прогнаног (српског и другог неалбанског) становништва и да је те правне проблеме ваљало приоритетно решавати, већ на основу претпостављене дискриминације косовскометохијских Албанаца, који су, према тој неоснованој претпоставци, масовно (из)губили "имовинска права на непокретностима намењеним становању", због "дискриминације у примени или намери", власти СРЈ односно Србије након 23. марта 1989. године. УНМИК је претпостављену, непостојећу и недоказану дискриминацију, покушао да санира другом, више него очигледном дискриминацијом. Уосталом, готово петогодишња пракса постојања и делања "Дирекције" и "Комисије", указује да се убедљиво највећи број тужбених захтева упућених "Дирекцији" односио на тзв. захтеве "Ц". Од укупног броја поднетих захтева (29160), на захтеве "Ц" односило се 27182

⁴⁶ "Службени гласник РС, бр. 50/92, 76/92, 84/92, 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 47/94, 48/94,

44/95, 49/95, 16/97, 46/98, 26/2001, 101/2005 и 99/2011.

⁴⁷ В. чл. 4. ст. 1. и чл. 4. ст. 1. т. 4. "УНМИК/УРЕД/2000/60".

⁴⁸ В. чл. 1. ст. 2. т. (ц) (ц) "УНМИК/УРЕД/1999/23".

⁴⁹ В. чл. 1. ст. 2. т. (а) (а) "УНМИК/УРЕД/1999/23".

⁵⁰ М. Cordial, К. Rosandhaug, *Post-Conflict Property Restitution, The Approach in Kosovo and Lessons Learned for Future International Practice*, Volume II, Lienden, Boston, 2009.

или 93,217%, на захтеве "категорије Б" 766 или 2,627% и на захтеве "садржине А" 1212 или 4,156%.⁵¹

III ДИСКРИМИНАЦИОНА ЈУДИКАТУРА "КОМИСИЈЕ"

Анализом појединих конкретних случајева у којима је поступала "комисија", дошли смо такође до поражавајућих чињеница које се тичу фактичких и "правних" последица одлука "комисије" у области стварних права на непокретностима намењених становању на Косову и Метохији. Тако, у предмету под бројем "DS 002193", "комисија" је страни (тужиоцу са захтевом типа "А"), која је коначном другостепеном одлуком изгубила спор – манљивом држаоцу, допустила, противно правилима поступка која је "нормирао" Специјални представник, да по други пут уложи захтев за поновно преиспитивање коначне одлуке. Новом одлуком "Комисија" је о истој ствари донела битно другачију одлуку у меритуму, тако да је тужилацу (са захтевом типа "Ц"), који је услед насиља насталог након 10. јуна на Косову и Метохији, изгубио државину на стану чији је законити власник, одбијен захтев за враћање државине; поменутом одлуком "Комисија" је државинску заштиту пружила вициозном држаоцу (косовскометохијском Албанцу, који је након 10. јуна 1999. године, применом силе прибавило државину на предметном стану), "реституисала његово станарско право" а у погледу права својине на предметном стану, упутила стране у спору на надлежни "суд" у Приштини. Прекршивши елементарно процесно правило *non bis in idem*, "Комисија је ову (трећу) одлуку о истој ствари, прогласила коначном. На поменуто одлуку захтев за ванредно преиспитивање поднео је тужилац – лице силом лишено државине на предметном стану чији је законити власник (лице српске националности прогнано са Косова и Метохије након 10. јуна 1999. године). "Дирекција" је овај захтев одбила наводећи да је "против ове одлуке већ једном био поднет захтев за ванредно преиспитивање одлуке и да додатни захтеви неће бити обрађивани".⁵² Кршећи сопствена "правила" процедуре⁵³, "Комисија их је дискриминационо применила: у случају тужиоца (српске националности) није допустила улагање истог оног "правног" средства које је два пута допустило туженоме (албанске националности)!?! Осим тога, у овом спору, "Комисија" је допустила

⁵¹ Подаци преузети са електронске странице "Дирекције": http://www.hpdkosovo.org/english/statistics_m.asp од 20. 8. 2008.

⁵² Одлука "Комисије" број "DS 002193".

⁵³ У чл.14. ст. 1. " УНМИК/УРЕД/2000/60" одређено је да "свака странка у поступку по захтеву може поднети Комисији захтев за преиспитивање (првостепене) одлуке комисије...", а у чл. 2. ст.7. "УНМИК/УРЕД/1999/23" да су "коначне одлуке Комисије обавезујуће и одмах ступају на снагу и не могу се поново размотрити (пред) ниједном инстанцом судске или административне власти на Косову (и Метохији, прим. Аут.)."

учешће правног лица у поступку као подносиоца жалбе против коначне другостепене одлуке, такође противно "правилима" које је Специјални представник донео а која прописују да подносиоци захтева, односно странке у поступку, могу бити само физичка лица.!?⁵⁴

Поменути предмет је типичан пример "пресуђивања" овог квазисудског тела у случајевима када, поводом истог стана постоје два захтева – захтев "Ц" и захтев "А". Лица којима је овим одлукама "комисије", престало право својине, имала су право на "накнаду штете" од "дирекције", која језа ту сврху, требало да оснује "гарантни фонд", од средстава која би на име откупа, уплатили "имаоци станарских права – подносиоци захтева Ц".⁵⁵ Из анализе "јудикатуре" овог тела, закључујемо да су тужбени захтеви типа "А", били готово по аутоматизму прихватани, уколико су тужиоци уз захтев подносили одлуку о додели стана на коришћење и одлуку о престанку радног односа". "Комисија" је у свим таквим случајевима "ex lege" узимала да је радни однос престао услед "дискриминаторског закона у својој примени и намери", при чему је терет доказивања био не на оној страни која то тврди, већ на супротној страни - подносиоцу захтева "Ц", који је поводом истог стана стекао станарско право и на основу њега, путем откупа, стекао право својине. "Комисија" чак није утврђивала ни да ли је тужилац – подносилац захтева "А" уопште стекао станарско према прописима који су, према мерилима УНМИК-а, важили до 22. марта 1989. године⁵⁶!?! Наиме, према Закону о стамбеним односима САП Косово,⁵⁷ станарско право могло се стећи "даном законитог усељења у стан".⁵⁸ Обим и природа овог рада не дозвољавају нам упуштање у оцену правне природе станарског права (које може бити од значаја за његово стицање), о чему иначе у нашој правној књижевности

⁵⁴ Иако је процесна позиција поменутог правног лица је нејасна, (оно што се из увида у читав предмет може закључити то је да је оно иступило "као жалилац" у корист туженог – узурпатора), без цваке сумње је да је страначку легитимацију у поступцима пред "комисијом" могло имати само физичко лице (в. чл. 9.2. "УНМИК/УРЕД/2000/60" и чл. 1.2. УНМИК/УРЕД/1999/23"). Иако су поменуте одредбе ових "уредби" потпуно јасне и не захтевају тумачење у том погледу, Специјални представник је у вези овог питања издао "акт опојашњењу" - "UNMIK/REG/2000/60-Clarification", од 12. 4. 2001. године, (непубликовано). У тачци 4. а) овог "појашњења", потврђено је да су у поступцима пред "дирекцијом и "комисијом" активно легитимисана "физичка лица (а не правна лица, установе и сл.) – "These claims must be brought by natural persons (not by legal persons, institutions, etc.)".

⁵⁵ В. чл. 4. ст. 2. т. ц) "УНМИК/УРЕД/2000/60".

⁵⁶ В. основни текст уз напомену бр. 12.

⁵⁷ "Службени лист САПК", бр. 11/83, 29/86 и 42/86.

⁵⁸ В. чл. 11. Закона о стамбеним односима САП Косово.

није било јединственог става,⁵⁹ но, без обзира да ли је реч о праву стварноправне, облигационе, личноправне или какве друге природе (радноправне, управноправне, социјалноправне, "самоуправноправне"⁶⁰ итд.), супротставивост станарског права свим другим правима, па дакле и праву својине, могуће је само уколико је реч о стеченом праву. Да би се станарско право стекло, било је потребно испунити следеће правне претпоставке: 1.) доношење акта о додели стана на коришћење од овлашћеног даваоца стана на коришћење; 2.) закључење уговора о коришћењу стана између лица које је добило стан на коришћење и самоуправне интересне заједнице становања, на основу акта даваоца стана на коришћење⁶¹ и 3.) законито усељење у стан, што значи да лице које се уселило у стан, има право на то усељење. Закон о стамбеним односима САП Косово није одредио појам законитог усељења, но на основу његовог систематског тумачења, може се закључити да се законитим усељењем у стан сматра усељење на основу уговора о коришћењу стана закљученог на основу одлуке о коришћењу стана.⁶² Усељење у стан мора да уследи у законом одређеном року, рок је преклузивне природе и за последицу има престанак могућности стицања станарског права, односно, *ex lege* престанак уговора о коришћењу стана.⁶³ Дакле, за стицање станарског права, ниједна од трију наведених чињеница, сама за себе, није довољна. Да би се станарско право стекло, неопходан је скуп наведених правно релевантних чињеница.⁶⁴ Ако би смо станарско право схватили као специфичну врсту стварног права,⁶⁵ доношење појединачног акта даваоца

⁵⁹ О различитим схватањима природе станарског права, в. М. Орлић, Правна природа станарског права, Станарско право, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, ур. С. Ристић, том II, Београд, 1978, стр. 148-151.

⁶⁰ Више о сложеној природи станарског права в. Б. Мораит, Стамбено право, Бања Лука, 2000, стр. 124 – 144.

⁶¹ В. чл. 37. Закона о стамбеним односима САП Косово.

⁶² Појам законитог усељења у стан дао је само ондашњи Закон о стамбеним односима БиХ ("Сл. лист СР БиХ", бр.14/85), у чл. 11. ст. 2: "Законитим усељењем у стан сматра се усељење извршено на основу уговора о коришћењу стана закљученог на основу одговарајућег акта или другог акта утврђеног овим законом који представља пуноважан основ за усељење у стан".

⁶³ В. чл. 42. Закона о стамбеним односима САП Косово.

⁶⁴ О правним претпоставкама за стицање станарског права, в. Т. Тумбри, Станарско право у законодавству, пракси и теорији, Загреб, стр. 79 – 114.

⁶⁵ В. Соколовић, Правна природа и промет права давања станова на коришћење и станарског права, Правни живот, бр. 4/1970, V. Šuklje, Pripombek Uredbi o upravljanju stanovanjskih hiš, Југословенска Адвокатура, бр. 1/54, стр. 24, М Орлић, Закуп и станарско право, О. Станковић, Миодраг Орлић, Стварно право, Београд, 1990, стр. 449.

стана на коришћење и закључење уговора о коришћењу стана, представљали би правни основ а законито уселење у стан, односно, стицање непосредне законите државине на стану, представљало би начин стицања станарског права. Да ли је неко лице уселило у стан или није, односно, да ли је стекло непосредну државину стана, фактичко је питање које, у случају спора утврђује суд у сваком конкретном случају. "Комисија за стамбена и имовинска питања", као специфичан квази-суд, у предмету 'DS 002193', као ни у свим другим предметима у којима су у тужби и противтужби били сучењени захтеви типа "А" са захтевима типа "Ц", није утврђивала да ли постоји чињенични скуп који доводи до стицања станарског права⁶⁶ !?! Од свих чињеница које је утврђивала "комисија", прва се односила на питање да ли тужилац – подносилац захтева "А", има појединачан акт даваоца стана на коришћење" а друга на чињеницу да ли је подносиоцу захтева престао радни однос након 22. марта 1989. године, без обзира на основ престанка радног односа, јер се његов "дискриминациони" основ претпоставља о и није доказивао !?! Шта више, у предмету 'DS 002193', ноторна је чињеница да тужилац није стекао непосредну државину на предметном стану, ни закониту ни незакониту, с обзиром да у време доношења појединачног акта о давању стана на коришћење и акта о престанку радног односа, стан није био изграђен. До својеврсног "правног мишљења" које је "комисија" ревносно примењивала у предметима у којима је тужбеном захтеву "Ц" супротстављен противтужбени захтев "А", у којима је по аутоматизму "реституисано" непостојеће станарско право на штету законито стеченог права својине, с лаконским образложењем да је прво престало а друго стечено услед "дискриминације", налазимо у Завршном извештају "комисије за стамбена питања".⁶⁷ Слично квазиправно или правно-политичко мишљење, садржано је, и у документу Организације за европску безбедност и

⁶⁶ М. Cordial, К. Rosandhaug,, op, cit.

⁶⁷ 23 марта 1989 године уставне промене које су омогућиле Београду да контролише унутрашња питања Косова и Метохије, на крају су довеле до губитка аутономије која је постојала у уставу Југославије и по којима је оно враћено у састав Републике Србије. Албанци са Косова и Метохије организовали су демонстрације због губитка аутономије и масовне штрајкове. Социјалистичка Република Србија реаговала је 22 марта 1990 године, увођењем низа закона и административних мера познатих под називом "посебне мере", што је резултирало тиме да су многи Албанци отпуштени с посла из јавних предузећа а касније и губитком имовинских права на становима у друштвеној својини, који су додељивани косовским Србима. Као резултат ових догађања, једино су косовски Срби могли своје станарско право да пренесу у право својине, откупом стана од носиоца права располагања у процесу приватизације омогућеним Законом о становању из 1992 године. (Final report of the Housing and property claims commission, Pristina, 2007, стр. 12, превео са енглеског: Д. Ч.).

сарадњу, насталом седам година раније.⁶⁸ Поменуто правно-политичко мишљење ОЕБС-а не може бити обавезујуће за тело које мериторно одлучује о имовинском праву поводом непокретности, ипак, како се из поменуте и других одлука "комисије" може закључити, политичка претпоставка о "дискриминаторским законима Србије" који су довели до губитка станарског права Албанаца", узета је као општа необорива правна претпоставка (sic !).

"Правно наслеђе" УНМИК-а (односно "комисије за стамбена имовинска питања" цкоју је УНМИК основао) у вези са групом предмета у којима су у виду тужбе и противтужбе сучељени захтеви типа "А" са захтевима типа "Ц", изгледа статистички овако:

1.) усвојено је 258 захтева "А", (досуђена је натурална реституција – враћање станарског права с правом откупа;⁶⁹ подносицима захтева "Ц", чији су захтеви одбијени, престало је право својине а досуђена накнада штете у висини откупне цене станова са припадајућом каматом, коју до дана предаје овог рада у штампу, није остварило ни једно лице, због непостојања механизма обештећења, односно, одговарајућег фонда, тако да је ово право остало нека врста *nudum ius obligationis*⁷⁰);

2.) одбијено је 709 захтева "А" (подносиоци захтева "Ц" успели су да одбране право својине у односу на наводно раније стечено станарско право "изгубљено услед дискриминације");

⁶⁸ "The property system began to collapse as of 1989, when the Belgrade regime instituted increasingly discriminatory property laws on the majority Albanian population. As a result, significant numbers of Albanians lost their occupancy rights to socially owned properties which were reallocated to Kosovo Serbs or Croatian Serb refugees." (OSCE Mission in Kosovo, The impending Property crisis in Kosovo, Background report, Pristina 2000, стр. 8, <http://www.osce.org/kosovo/13065?download=true>, 15. 4. 2015.).

⁶⁹ Овим лицима *de facto* власти на Косову и метохији омогућиле су стицање права својине путем откупа, на основу "Zakona br. 04/ L-061 О prodaji stanova за које постоји станарско право", од 21. 12. 2011. год. Интересантно је, између осталог, да "законодавац" није предвидео могућност да се из средства остварених продајом станова у друштвеној својини, обештете физичка лица чије је право својине на истим становима престало одлуком "комисије", иако су она, на основу чл.4. ст. 1. т. ц) УНМИК/УРЕД/2000/60/, као и на основу сваке конкретне одлуке "комисије", имали право на накнаду штете, у висини откупне цене стана са припадајућом каматом, као и свим трошковима учињеним на име улагања у предметни стан. Поменути "закон", предвиђа да се средства оствареноготкупом станова у друштвеној својини, "користе за финансирање посебних програма за становање" (в. чл. 28. ст. 3. "Zakona br. 04/ L-061 О prodaji stanova за које постоји станарско право").

⁷⁰ OSCE Mission in Kosovo, Challenges in the Resolution of Conflict-related property claims in Kosovo, Pristina, 2011, стр. 11.

3.) у 263 предмета, подносилац захтева "А", чији је захтев одбијен. упућен је да покрене поступак пред "редовним судовима" на Косову и Метохији.⁷¹ "Комисија" је у овим случајевима, уместо да као једини надлежни (квасисудски) орган, донесе коначну одлуку о томе да ли је у конкретним случајевима постојала дискриминација и да ли је она разлог губитка стамбеног права, подносиоце захтева типа "А" чији су захтеви одбијени, упутила да о истом питању покрене поступак пред локалним судовима !! "Комисија" је у свим овим случајевима, поново поступила дискриминишући према подносиоцима захтева "Ц". омогућујући доношење контрадикторних одлука два различита органа у истим правним стварима, остављајући странке без одговарајућег правног лека у таквим ситуацијама, што је противно начелима *ne bis in idem*, правичног суђења и уопште, начелу владавине права.⁷² Поред тога, уочени су случајеви у којима су редовни судови покретали поступке у предметима који су очигледно били у надлежности "комисије", што је додатно допринело правној несигурности најрањивије групе – лица избеглих са Косова и Метохије након 10. јуна 1999. године.⁷³ Поред тога, подносиоцима захтева типа "Ц", који имају статус прогнаних лица, није омогућен равноправан положај у коришћењу процесних средстава "прописаних" правилима поступка пред "комисијом". Поступци су вођени у седишту "комисије" у Приштини без позивања подносиоца захтева (тужиоца) на усмену расправу нити било какве процесне могућности да се тужиоци изјасне о доказима друге (тужене) стране. Непостојање равноправности страна у поступку, фаворизовање тужене стране – узурпатора предметних непокретности у материјалноправном односу, указује на очигледно кршење тзв. једнакости (процесних) оружја, што је такође очигледан вид кршења права на правично суђење.

IV ЗАКЉУЧАК

Анализом "правног оквира" и "јудикатуре" "комисије за стамбена и имовинска питања", може се констатовати да постоје озбиљни разлози који указују да је ово квасисудско тело, у предметима у којима су сучељене тужбе типа Ц" са контратужбама типа "А", полазећи од претпоставене дискриминације подносилаца противтужби, поступала дискриминативно у односу на тужиоце . лица прогнана са Косова и Метохије након 10. јуна

⁷¹ Извор: Писмо Директора "Косовске агенције за имовину", следбеника "комисије за стамбена имовинска питања", од 13. априла 20011. године, упућено Мисији ОСЦЕ на Косову и Метохији.

⁷² OSCE Mission in Kosovo, Challenges in the Resolution of Conflict-related property claims in Kosovo, Pristina, 2011, стр. 9 - 10.

⁷³ Више детаља о овоме, в. OSCE Mission in Kosovo, Report Conflicting Jurisdiction in Property Dispute, Monthly Report – April 2009.

1999. године. Вођена политичким а не правним мотивима као и (пред)убеђењима и претпоставкама о стању људских права на Косову и Метохији, како затеченом тако и оном које је њему предходило, УНМИК је "нормирао" дискриминативан "правни оквир" за решавање спорова у области својинских права на непокретностима намењених становању. Чак и тако мањкав "правни оквир", "дирекција" и "комисија" нису поштовале. Тако, подносиоцима захтева типа "Ц", који имају статус прогнаних лица, није омогућен равноправан положај у коришћењу процесних средстава "прописаних" правилима поступка пред "комисијом", они нису позивани на усмену расправу нити су имали процесне могућности да се изјасне о доказима друге (тужене) стране. Такође, омогућено је да, након доношења коначне и извршне одлуке, у корист подносилаца захтева типа "А" у поступцима у својству умешача, учествују правна лица, и поред тога што према "правном оквиру" својство странке у поступку може имати само физичко лице. Чак и када, одлуком "комисије" захтев типа "А" буде одбијен, у великом броју случајева, подносилац захтева би истом одлуком био упућен да по истом тужбеном захтеву одлучи "редован" суд на Косову и Метохији !?! Општи је закључак да у поступању ових "независних тела" квазисудског карактера, постоје елементи пристрасног и дискриминаторског и то по правилу према подносиоцима захтева типа "Ц" – прогнаним лицима који су услед масовног насиља које је уследило по увођењу Привремене управе Уједињених нација на Косову и Метохији, изгубила државину на непокретностима чији су законити власници били. Одлуке "комисије" у поменутих предметима имале су за последицу, не само губитак права на васпостављање насилно одузете државине, већ и престанак законито стеченог права својине и њихово "конвертовање" у право на симболичну накнаду штете које није остварио ни један тужилац. Како одлуке које је "комисија" донела не подлежу судској контроли, повреде људских права, пре свега права на правично суђење и права на мирно уживање имовине, имају трајан карактер.⁷⁴ Иако су права расељених и прогнаних лица на повратак и враћање својине и државине на непокретностима намењеним становању међународно признати стандарди људских права а УН их промовише у свим областима у којима је било

⁷⁴ Могућност да се против ових одлука поднесе "жалба за кршење људских права од стране УНМИК-а", коју је Специјални представник предвидео "УНМИК/УР/2006/12 О оснивању саветодавног већа за људска права", од 21. марта 2006. год, не испуњава општеприхваћене услове да би се могла сматрати делотворним правним средством, с обзиром да се тим правним средством не може остварити право на поништај акта којим је повређено неко право јер је одлука "саветодавног већа" (закључак односно препорука), необавезујућа за Специјалног представника, (в. чл. 17. ст. 3. "УНМИК/УР/2006/12").

сукоба⁷⁵, пракса УНМИК-а у овој области показује велику разлику између прокламованог и стварног.

Duško Čelić, LL.M
Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Priština
Kosovska Mitrovica

**DISCRIMINATION AGAINST "DISCRIMINATION" –
DISCRIMINATIVE DECISIONS OF UNMIK ("THE HOUSING AND
PROPERTY CLAIMS COMMISSION")**

Summary

The paper analyzes the "legal framework" and "judicature" "Housing and Property claims commission", quasi-judicial body established by UNMIK with the exclusive authority to decide on applications (complaints) to restore possession, property rights and the right of residence on the real property intended for housing.

The author thinks that "legal framework" of UNMIK in this area is the result of political and legal conditions that are in Kosovo and Metohija in the area of property rights to real property intended for housing, after 23 March 1989, applied a discriminatory laws, which resulted in the termination of tenancy rights of Albanians, on the one hand, and the acquisition of these rights (and their conversion to property rights, through the purchase) in the same real estate, Serbs and non-Albanians. Only the number of claims, shows that this assumption was incorrect. "Commission" is not in any particular case determine whether an occupancy right is actually acquired, and if so, whether it is stopped due to discrimination and what is specific discrimination involved. Correcting the presumed "discrimination", UNMIK has done discriminating other party in the proceedings - refugees from Kosovo and Metohija, due to mass violence which occurred after 10 June 1999. Such UNMIK's "legal inheritance" has led to violations of the right to a fair trial and the property right.

⁷⁵ В. Резолуцију СБ ОУН бр. 820 (1993) о Босни и Херцеговини, Резолуцију СБ ОУН бр. 1244 (1999) о Косову и Метохији, Резолуцију СБ ОУН бр. 1287 (2000) о Абхазији и Грузији, Види Принципе за повраћај стамбене и остале имовине избеглицама и расељеним лицима, које је Поткомисија УН-а за унапређење и заштиту људских права званично је усвојила 11. 8. 2005, познате као "Pinheiro Principe".

Новак Крстић

Асистент Правног факултет Универзитета у Нишу

НАСЛЕДНОПРАВНА ДЕЈСТВА POST MORTEM РЕПРОДУКЦИЈЕ¹

Апстракт: *Постхумна оплодња специфичан је поступак зачећа детета уз помоћ биомедицине, којим се замрзнуте оплодне ћелије преминуле особе користе у сврху прокреације. У праву Републике Србије овај поступак биомедицински потпомогнутог оплођења узгред је и недовољно прецизно регулисан, те ћемо у раду најпре покушати да укажемо на неопходност измене ових правила и правце даље регулативе у погледу услова под којима постхумна оплодња треба бити допуштена. Аспект наслеђивања у случају рођења детета зачетог у поступку биомедицински потпомогнуте оплодње, на тако и у случају оплодње post mortem, изузетно је значајан, те је овај рад првенствено посвећен анализи наследноправних реперкусија рођења детета зачетог након смрти једног, или оба биолошка родитеља. У раду ћемо указати на поједина решења из упоредноправне легислативе и судске праксе, и анализирати важећа законска решења у законодавству Републике Србије, која се тичу могућности остваривања права наслеђа постхумно зачете деце. Како постојеће регуле не пружају гаранције постхумно заченој деци за остваривање права на наслеђивање генетских родитеља и њихових сродника, указаћемо на неопходност захвата нашег законодавца у постојећа законска решења, у циљу гарантовања права деци заченој овим путем да, у појединим оправданим случајевима, наследе своје генетске родитеље, и правце у којима би се те измене требале кретати.*

Кључне речи: *наслеђивање, постхумна оплодња, pondus conceptus, биомедицина.*

Увод

Може ли мртав човек зачети дете и постати родитељ – питање је на које је медицина још пре више деценија дала афирмативан одговор.²

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. пројекта 179046), који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу.

² У теорији се за дете које је и зачето и рођено након смрти свога родитеља користи термин „постхумно дете“. С. Р. Kindregan, Jr, Dead Dads: Thawing an Heir from the Freezer, William Mitchell Law Review, Vol. 35, Issue 2, 2009, стр. 434.

Комбинацијом метода криопрезервације³ репродуктивних ћелија и ембриона,⁴ и других метода асистираних репродукције, може се дете зачети и након смрти једног, у изузетним случајевима (када је замрзнут ембрион) и оба родитеља.⁵ Која права треба да ужива постхумно зачето дете, може ли се оно у потпуности изједначити у правима са децом која су била рођена, или макар зачета, у тренутку смрти биолошког родитеља – питање је на које правна наука и легислатива треба да дају одговор.

Постхумна оплодња представља један од најконтроверзнијих поступака биомедицински потпомогнутог оплођења (БМПО), око чијег регулисања се последњих година у науци ломе копла. Предмет је бројних дебата експерата из различитих научних области (права, медицине, психологије, социологије). Многа питања у вези са овим видом асистираних прокреација су спорна, па је у овом тренутку допуштен у малом броју земаља у свету, са ипак уочљивом тенденцијом његовог регулисања у упоредном праву последњих година.

Право Републике Србије, премда се сврстава у ред релативно малобројних законодавстава која допуштају овај вид вештачке оплодње, не може се баш похвалити јасним и квалитетним решењима. Регулe садржане у Закону о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења из 2009. године,⁶ остављају бројне дилеме, како у вези услова за допуштеност постхумног зачећа детета замрзнутим оплодним ћелијама преминулог лица, тако и у погледу правних последица које проистичу из рођења детета зачетог овим методом БМПО. Сагледавајући важећа решења, настојаћемо да изнесемо идеје око

³ Криопрезервација је репродуктивна техника под којом се подразумева замрзавање семених ћелија, јајних ћелија или ембриона, и њихово чување у течном азоту на температури -196°C , за дужи период времена. Детаљно о поступку криопрезервације: М. Simon, „Honey, I Froze the Kids“: Davis v. Davis and the Legal Status of Early Embryos, *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 23, Issue 1, 1991, стр. 131–132, фуснота 7; G. J. Banks, Traditional Concepts and Nontraditional Conceptions: Social Security Survivor's Benefits for Posthumously Conceived Children, *32 Loyola of Los Angeles Law Review*, 1999, стр. 256–257, фуснота 23.

⁴ Приликом замрзавања, сматра се да се проценат ћелија које преживе креће од 48% до чак 79%. Замрнуте оплодне ћелије и ембриони могу се чувати, како се у литератури наводи, и стотинама година. Познат је случај у пракси да је дете зачето коришћењем сперме која је била замрзнута 21 годину. Наведено према: J. Greenfield, Dad Was Born A Thousand Years Ago? An Examination of Post-Mortem Conception and Inheritance, with a Focus on the Rule Against Perpetuities, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 8, Issue 1, 2007, стр. 281.

⁵ Ј. Видић, Постхумна оплодња и њена наследноправна дејства, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2011, стр. 554.

⁶ „Сл. гласник РС“, бр. 72/2009. У даљем тексту: ЗБМПО.

нормирања појединих значајних питања која се тичу круга субјеката и услова под којима се репродукција *post mortem* може дозволити.

Пажњу ћемо у раду нарочито фокусирати на наследноправне консеквенце рођења постхумно зачетог детета. Могућност детета зачетог неком од метода БМПО да наследи своје биолошке родитеље и остале сроднике, у највећој мери условљено је решењима из породичноправних прописа, којима се регулише материнство и очинство деце зачете уз помоћ биомедицине, с том разликом што је код постхумне оплодње ово право ограничено и правилима садржаним у наследноправним прописима. Креирање нормативних решења којима би се рођеном детету гарантовало остваривање права на наслеђивање родитеља који је преминуо пре дететовог зачећа (и сродника родитеља), представља посебан изазов за легислатора. У раду ћемо указати у ком правцу би се, по нашем мишљењу, требале кретати измене у нашем материјалном и процесном законодавству, у циљу заштите права наслеђа деце зачете након смрти генетског родитеља, будући да важеће норме не пружају готово никакву гаранцију за остваривање овога права.

1. Постхумна оплодња као контроверзан поступак биомедицински потпомогнуте оплодње

Постхумна оплодња специфичан је поступак БМПО којим се замрзнути репродуктивни материјал преминуле особе користи у сврху прокреације.⁷ Јавља се у више различитих облика. Пре свега, овај вид оплодње могућ је коришћењем замрзнутих семених ћелија преминулог мушког донора,⁸ односно јајних ћелија преминулог женског донора, који је за тако нешто дао своју сагласност. Донирање репродуктивног материјала врши се из алтруистичких или лукративних побуда, а не у циљу добијања потомства, јер донор и не може сазнати да ли је његов генетски материјал употребљен и да ли је до зачећа и каснијег рођења детета дошло.

Постмортална оплодња може се вршити и замрзнутим репродуктивним ћелијама једног односно оба партнера који су били укључени у поступак биомедицински потпомогнуте оплодње, када је дат пристанак за коришћење оплодних ћелија након смрти. У овом случају, криопрезервација се врши са искључивим циљем да се оплодне ћелије

⁷ R. Collins, Posthumous Reproduction and the Presumption Against Consent in Cases of Death Caused by Sudden Trauma, *Journal of Medicine and Philosophy*, 2005, Vol. 30, Issue 4, стр. 431.

⁸ Под донором се сматра лице које из свог тела даје оплодне ћелије, односно „*in vitro*“ ембрион (чл. 3, ст. 1, тач. 16 ЗБМПО).

употребе за добијање потомства са супружником или ванбрачним партнером, односно у намери да се лице, макар и постхумно, оствари као родитељ. Познати су и случајеви када је оплодња извршена после смрти супружника чије су оплодне ћелије замрзнуте, на захтев супруге, иако претходно није дата писмена сагласност за коришћење репродуктивног материјала *post mortem*.⁹ Овај вид БМПО могућ је и када не постоји раније замрзнути репродуктивни материјал, већ се у кратком року након смрти оплодне ћелије узимају од умрлог, најчешће на захтев партнера или његових сродника.¹⁰

Најчешћи видови постхумне оплодње су они код којих се користе семене ћелије преминулог мушкарца за оплодњу жене, али је могуће да се и замрзнуте јајне ћелије жене употребе након њене смрти. У том случају, у поступку постхумне оплодње учествује и сурогат мајка, у чије тело се уносе оплодне ћелије преминуле жене или рани ембрион. Присуство сурогат мајке неопходно је и када супруга, односно ванбрачна партнерка преминулог мушкарца, не може да зачне или не може да изнесе трудноћу.¹¹ Комбинација ова два поступка БМПО битно усложњава правне последице које наступају рођењем детета, пре свега у сфери

⁹ Видети случај из француске судске праксе *Parpalaix v. CECOS* из 1981. године, где је Tribunal de Grande Instance de Creteil одлучио да допусти оплодњу супруге преминулог господина Parpalaix, упркос одсуству његове сагласности за употребом семених ћелија након његове смрти, али до зачећа ипак није дошло. Детаљно о овом случају: С. Самарџић, Породичноправни аспекти постхумне оплодње, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4/2013, стр. 391–393. У сличном случају, *Mme Claire G. v. CECOS* из 1991. године, Tribunal de Grande Instance de Toulouse одбио је захтев госпође Claire да јој семене ћелије њеног мужа буду предате након његове смрти, узроковане, као и у претходном случају, канцером тестиса. Ипак, овај случај битно се разликује од горе поменутог, будући да се господин Claire претходно сагласио да се његове оплодне ћелије могу употребити само у његовом присуству.

¹⁰ Такве примере познаје страна јуриспруденција. Видети случај: *Stephen v. Comm'r of Soc. Sec.* из 2005. године, где је супруга 24 часа након смрти мужа електроејакулацијом добила његову сперму, којом је, после неколико неуспешних покушаја, зачала дете и родила га четири године након мужевљеве смрти. Детаљније о овом случају: J. Dorogazi, Gillet-Netting v. Barnhart and Unanswered Questions About Social Security Benefits for Posthumously Conceived Children, Washington University Law Review, Vol. 83, Issue 5, 2005, стр. 1598, фуснота 6.

¹¹ У литератури се наводи да оваква могућност постоји и када преминули мушкарац није имао супругу или ванбрачну партнерку, па нпр. његови родитељи ангажују сурогат мајку да им роди унука. О различитим видовима оплодње *post mortem* и њиховим последицама: R. Zafran, Dying to be a Father: Legal Paternity in Cases of Posthumous Conception, Houston Journal of Health Law & Policy, Vol. 8, No. 1, 2008, стр. 51 - 55.

породичних односа и наслеђивања.¹² Преднацртом Грађанског законика Републике Србије, као алтернатива, понуђено је решење да се у случају смрти једног од намераваних родитеља његове/њене оплодне ћелије могу искористити за оплодњу сурогат мајке, у року од годину дана од смрти намераваног родитеља од кога генетски материјал потиче, под условом да је за постхумно коришћење репродуктивног материјала дата писмена сагласност.¹³ Уколико ова солуција буде усвојена, и сурогат материнство као метод БМПО буде допуштен, правним родитељима детета сматрали би се намеравани родитељи, а не сурогат мајка.¹⁴

Мотиви за замрзавање оплодних ћелија и давање сагласности да буду употребљене након смрти лица од кога су узете, могу бити различити.¹⁵ Најчешћи случајеви су они где лице болује од неке тешке болести (по правилу, реч је о канцеру), те се оплодни материјал узима јер услед хемиотерапије, зрачења или неког другог медицинског метода лечења пацијент може изгубити репродуктивну способност, те након излечења неће моћи да се оствари као родитељ природним путем. За случај да лечење, у том случају, не буде успешно, и да дође до смртног исхода, оболело лице често даје сагласност за постхумну употребу свог генетског материјала, услед велике жеље да добије потомство са својим партнером/партнерком, макар и након смрти. Осим тога, у појединим случајевима замрзавају се и оплодне ћелија војника, астронаута,¹⁶ и других људи који се баве ризичним професијама, за случај њихове насилне смрти. Било је и случајева замрзавања оплодног материјала у циљу добијања потомка од раније преминулог детета.¹⁷ Криопрезервација

¹² Због тога је у нашој доктрини и изнет став који се супротстаља допуштености постхумне оплодне у комбинацији са сурогат материнством. Г. Ковачек-Станић, Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: сурогат материнство у упоредном европском праву и Србији, Становништво, бр. 1/2013, стр. 15.

¹³ Видети алтернативно решење уз чл. 63 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, Породични односи, трећа књига, Београд, 2011, стр. 29.

¹⁴ Видети чл. 60 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, Породични односи, трећа књига, Београд, 2011, стр. 27 – 28.

¹⁵ Детаљније: С. Р. Kindregan, Jr, *op. cit.*, стр. 436 – 437.

¹⁶ J. Greenfield, *op. cit.*, стр. 281–282.

¹⁷ Нарочито је познат случај преминулог Јерему Рено-а из Неваде (САД), из 1998. године, чија је мајка Рам планирала да семене ћелије умрлог сина употреби за добијање унука уз помоћ сурогат мајке. Детаљније: J. Dorogazi, *op. cit.*, стр. 1598. Сличан случај догодио се и у Израелу 2009. године, када су родитељи од канцера преминулог Ohad Ben-Yaakov-а добили од суда дозволу да искористе његове замрзнуте семене ћелије за оплодњу неке жене коју би пронашли. Њихова жеља није била да чувају своје унуче, већ само да испоштују синовљеву вољу да добије потомство и да се настави породична лоза. Јавни правобранилац Израела, упркос до

генетског материјала и сагласност за његово коришћење након смрти могу дати и парови који, у време похрањивања оплодних ћелија у овлашћену медицинску установу, још увек не желе потомство, и тиме настоје да се заштите од ризика од стерилности која може уследити због старости или евентуалне болести.¹⁸

Све наведене могућности за вршење постхумне оплодње, као и побуде које могу довести до замрзавања оплодних ћелија, неминовно изазивају полемике о оправданости допуштања овог метода биомедицински потпомогнуте оплодње. Бројне дилеме (етичке, правне, социолошке, психолошке, па и религиозне природе) стоје пред легислатором, будући да постхумна инсеминација може произвести далекосежне психолошке, правне и економске последице не само по дете зачето овим путем,¹⁹ већ и по чланове породице. Из угла права, постхумна оплодња отвара читав низ питања која у извесној мери рedefинишу уобичајене погледе на брак, родитељство, наслеђивање.²⁰ Стога је велико питање да ли и које видове постморталне инсеминације дозволити, где поставити правне баријере овој методи БМПО и на који начин регулисати њена правна дејства.

Против постхумне оплодње могу се изнети бројни разлози који указују на одсуство њене друштвене оправданости, нарочито посматрано кроз призму интереса детета. Пре свега, указује се да се зачећем након смрти родитеља детету ускраћује право да има оба родитеља, и самим тим се лишава могућности да живи са оба родитеља и права да се они о њему старају, њихове љубави и пажње. Сазнање да је постхумно зачето може, како се наводи, изазвати емотивни шок код детета, а чланови породице преминулог родитеља на дете могу гледати као на својеврсну замену за њега, што може утицати на његов психолошки развој. Осим тога, поставља се и питање да ли је ово начин да се победи смрт, односно да се кроз потомство зачето овим поступком испуни идеал бесмртности.²¹

тада другачијој пракси, није се успротивио оваквом захтеву, сматрајући да је намера за испуњењем последње жеље преминулог израз реализације његових најдубљих и најелементарнијих потреба и осећања. Видети: D. Cohen, AG Approves Parents' Use of Dead Son's Sperm, New Family, 2013 (<http://www.newfamily.org.il/en/4989/ag-approves-parents-use-of-dead-sons-sperm-3>. Посета сајту: 15. 04. 2015. године).

¹⁸ Д. Мицковић, Постхумната репродукција и наследното право, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, бр. 61 (2), 2011, стр. 523–524.

¹⁹ Ibidem, стр. 526.

²⁰ B. Simpson, The Kinship Consequences of Posthumous Conception, *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 2001, Vol. 7, No. 1, стр. 1.

²¹ Више: Д. Живојиновић, Наследна права постхумно зачете деце, *Правни живот*, бр. 10/2005, стр. 709 – 710.

Уважавајући став да је интерес сваког детета да има оба родитеља са којима ће живети, који ће га волети, старати се о њему, васпитавати, школовати, не можемо а да се не запитамо да ли је заправо у најбољем интересу детета да оно буде рођено? Допуштањем постхумне оплодње омогућава се рађање новог живота. Пред тим аргументом, сви остали разлози којима се наглашавају негативне последице до којих доводи примена овог вида БМПО, делују неубедљиво. Када већ постоје технолошке могућности, и када постоји воља лица да, макар и након смрти, добије потомство, тако што треба и правно уобличити. Уверени смо да је овакав став доминантно и у интересу дететове шире породице, као и друштвене заједнице, посматрано како утилитаристички, тако и демографски, премда, свакако, демографски значај постхумне оплодње није посебно велики. Сматрамо, стога, да предност увек треба дати животу! Наш став нарочито добија на значају ако ово питање посматрамо у широј перспективи, јер овде није реч о само једном животу, мада и он сам по себи представља највећу вредност: захваљујући рођењу постхумно зачеог детета могу у будућности настати генерације људи које од њега потичу, чији је он предак, а којих не би било у случају забране постхумне репродукције! Ипак, иако смо мишљења да постморталну оплодњу треба дозволити и посебно омогућити да надживели супружник/ванбрачни партнер искористи замрзнуте оплодне ћелије преминулог партнера за зачеће заједничког детета, законодавац у томе мора пронаћи меру, и медицинским законом стриктно регулисати услове под којима би се овај поступак могао спровести.²² Дати дискреционо овлашћење медицинском раднику да да о томе одлучује, у овим случајевима није пожељно, а принцип репродуктивне слободе не може бити схваћен у апсолутном смислу. Стога, прописивање услова за допуштеност постхумне оплодње „*мора бити ствар опште одговорности друштва за добробит човечанства*“.²³ Чини нам се да овај поступак БМПО треба ограничити само на медицински индиковане случајеве који оправдавају криопрезервацију оплодних ћелија и њихово постмортално коришћење, уколико лечење лица, чији је репродуктивни материјал узет, није било успешно, те је наступила смрт.

²² У македонском праву, оплодни материјал мужа и жене, намењен за „сопствено коришћење“, може се замрзнути и чувати само из медицинских разлога. Видети: чл. 33, ст. 1 Закона за биомедицински потпомогнато оплодување („Сл. весник на РМ“, бр. 37/2008 и 149/2014).

²³ Д. Живојиновић, *op. cit.*, стр. 710.

2. Постхумна оплодња у праву Србије *de lege lata*, са претходним кратким освртом на допуштене методе БМПО

2009. године у Србији је донет Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења, којим су регулисани допуштени методи асистираних репродукције. Овим медицинским законом уређују се, између осталог, услови, начин и поступак лечења неплодности код жена и мушкараца,²⁴ у сврху зачећа детета, поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње (БМПО).²⁵

По правилу, за поступке биомедицински потпомогнуте оплодње користе се семене ћелије мушкараца, односно јајне ћелије жене који су супружници или ванбрачни партнери, премда Закон допушта и употребу донираних репродуктивних ћелија мушкараца или жене, када не постоји могућност да до зачећа дође генетским материјалом супружника или ванбрачног партнера.²⁶ У сврху лечења неплодности, Законом су прописани поступци унутар телесног оплођења (уношењем оплодних ћелија мушкараца у полне органе жене и уношењем јајних и семених ћелија заједно у полне органе жене), и вантелесног оплођења (спајањем јајних и семених ћелија ван тела жене и преношење раног ембриона у тело жене).²⁷ Оваквом нормативом, у нашем праву допуштена је примена свих медицински доступних поступака лечења мушке неплодности, како путем хомологне, тако и хетерологне инсеминације. Када је реч о лечењу женске неплодности, Закон изричито забрањује сурогат материнство, док за оплодњу жене која живи сама (без партнера) прописује битна ограничења.²⁸

²⁴ Неплодним се сматрају супружници и ванбрачни партнери за које се према савременим стандардима медицинске науке и праксе не може очекивати да ће доћи до зачећа и рађања детета полним односом, те им није могуће помоћи другим методама лечења неплодности, осим поступцима БМПО. Видети: чл. 27, ст. 1 ЗБМПО.

²⁵ Круг субјеката права на поступак БМПО, и услови под којима могу остварити право на лечење неплодности методама вештачке оплодње, прописани су чл. 26 ЗБМПО.

²⁶ Видети: чл. 40 ЗБМПО.

²⁷ Видети: чл. 23 ЗБМПО.

²⁸ Видети: чл. 50, ст. 1, тач. 25 и чл. 26, ст. 3 ЗБМПО. Оваква регулатива, а нарочито када је реч о забрани сурогат материнства, изложена је жестокој критици у домаћој правној књижевности, уз указивање на њен дискриминаторски карактер према полу, јер је она једини метод који се може искористити за лечење неплодности жене која због одређених медицинских индикација не може да изнесе трудноћу. О. Цвејић-Јанчић, Актуелни изазови биомедицински потпомогнуте оплодње, Правни живот, бр. 10/2010, стр. 11.

Када је у питању постхумна оплодња, ЗБМПО овај метод зачећа регулише сасвим узгред и прилично непрецизно. Из стилизације одредби није довољно јасно да ли за постхумну оплодњу могу бити употребљене само оплодне ћелије преминулог донора, или је допуштена и оплодња супруге или ванбрачне партнерке замрзнутим семеним ћелијама њеног преминулог партнера, када за то постоји његова сагласност.²⁹ Наиме, као одступање од правила да се за оплодњу могу употребити само полне ћелије донора који је жив, ЗБМПО прописује да се репродуктивне ћелије донора могу употребити и након његове смрти, уколико је за то дао писмени пристанак.³⁰

Када је о *post mortem* оплодњи генетским материјалом супруга, односно ванбрачног партнера, реч, Закон ћути, премда је чл. 26, ст. 2 ЗБМПО предвиђено да заједница живота између партнера мора постојати у тренутку уношења полних ћелија, односно ембриона у тело жене. Из овога се, на први поглед, да закључити да је постхумна инсеминација у овом случају забрањена, јер је смрћу једног од партнера заједница живота престала.³¹ Ипак, у делу Закона којим се регулише време чувања неупотребљених оплодних ћелија и раних ембриона супружника и ванбрачних партнера, прописано је да се генетски материјал може чувати и по протеклу законом предвиђеног рока, уколико је лице од кога потичу репродуктивне ћелије или рани ембрион умрло пре истека рока, а дало је писмени пристанак да се оплодне ћелије могу користити и након његове смрти, или је то учинило у завештању.³² Иако Закон не каже ништа ко може бити оплођен овим ћелијама, у теорији се ова одредба тумачи у прилог допуштености постхумне оплодње семеним ћелијама умрлог супружника, односно ванбрачног партнера.³³ Ипак, остаје непознаница да ли се мушкарац, чије се репродуктивне ћелије користе за постхумну

²⁹ Члан 58, ст. 4 ЗБМПО прописује могућност употребе замрзнутих семених ћелија, јајних ћелија или раних ембриона супружника или ванбрачних партнера и по протеклу рока чувања, ако је лице од кога потичу репродуктивне ћелије или рани ембрион умрло пре истека рока, а дало писмени пристанак да се оплодне ћелије могу користити и након његове смрти, или је то учинило у завештању. Закон, међутим, не каже ништа ко може бити оплођен овим ћелијама.

³⁰ Видети: чл. 53, ст. 3 ЗБМПО. Мишљења смо да би писмени пристанак требало да буде дат у форми јавнобележнички оверене изјаве.

³¹ Тако: Г. Ковачек-Станић, *Породично-правни аспект биомедицински потпомогнутог оплођења у праву Србије и европским правима*, Зборник Матице српске за друштвене науке, бр. 131/2010, стр. 427.

³² Видети: чл. 58, ст. 4 ЗБМПО.

³³ О. Цвејић-Јанчић, *op. cit.*, стр. 15–16; Ј. Видић Трнинић, Н. Крстић, *Наследноправне последице рођења детета зачетог биомедицински потпомогнутог оплодњом*, *Правни живот*, бр. 10/2014, стр. 537.

оплодњу, може сматрати оцем детета, с обзиром да у тренутку зачећа брак, односно ванбрачна заједница, више не постоји, јер је престанак наступио смрћу партнера. Од регулисања овог питања у будућности, зависиће и наследноправне последице рођења детета зачетог након смрти родитеља.

3. Постхумна оплодња у праву Србије *de lege ferenda* и њена наследноправна дејства

Конфузна регулатива овог значајног вида БМПО у нашем праву, нарочито када је реч о употреби репродуктивних ћелија надживелог партнера у циљу добијања заједничког потомства са преминулим супружником, односно ванбрачним партнером, заслужује сваку критику. Како би се избегла различита тумачења у пракси, сматрамо да овај поступак БМПО треба прецизно правно уобличити, а услове за допуштено коришћење репродуктивних ћелија преминулог партнера, јасно и недвосмислено формулисати. Да ли ће зачеће оплодним ћелијама преминулог супружника, односно ванбрачног партнера, бити допуштено само када постоје медицинске индикације, што нам се чини нарочито оправданим (нпр. када је криопрезервација извршена јер је лице подвргнуто неком медицинском третману у циљу излечења тешке болести), или овај вид оплодње допустити и у неким другим случајевима – одговор треба да дâ законодавац. Посебну пажњу, при томе, треба посветити регулисању правних последица овакве оплодње, које се битно разликују од случаја када до зачећа детета долази оплодним ћелијама преминулог донора, нарочито када је реч о породичном статусу детета и опредељењу да ли ће се лице чији је генетски материјал употребљен након смрти, сматрати дететовим родитељем.

Да би до постхумне оплодње уопште дошло, мишљења смо да би неопходан услов морао бити да преминули супружник/ванбрачни партнер, у изјави оверенеој од стране јавног бележника или у завештању, на јасан и недвосмислен начин исказе сагласност да се његове замрзнуте репродуктивне ћелије искористе ради добијања заједничког потомства са надживелим партнером. Употреба оплодних ћелија након смрти, без писмено засведочене сагласности преминулог,³⁴ водила би нарушавању његове репродуктивне аутономије, а доказивање постојања његове жеље и

³⁴ Чини нам се да би изузетак требало направити у случају да је у аутентичном видео или аудио запису, па чак и на други начин коришћењем савремених технологија, преминули недвосмислено изјавио да је сагласан да његове оплодне ћелије буду употребљене за оплодњу и након његове смрти.

намере у том правцу путем сведока могло би бити подложно разним злоупотребама,³⁵ нарочито јер би се сведоци у свом исказу руководили и личним мотивима и интересима.³⁶ Сагласност лица од кога потичу оплодне ћелије представљао би само потребан, али не и довољан услов да до оплодње дође. Да ли ће репродуктивни материјал бити искоришћен за оплодњу након смрти или не, увек је у диспозицији надживелог супружника/ванбрачног партнера, који у том смислу не може имати никакву обавезу.

Питање коме би законодавац, по нашем мишљењу, морао посветити пажњу је одређивање временских граница у оквиру којих се може извршити оплодња супруге или ванбрачне партнерке након смрти њеног супруга/ванбрачног партнера.³⁷ Одређивање горње временске границе значајно је, пре свега, због очувања правне сигурности. Рок мора бити разумно одређен, а приликом његовог одређивања мора се узети у обзир и наследноправни аспект, и водити рачуна о сигурности и извесности у правном промету у вези са расподелом заоставштине и остваривањем наследних права осталих наследника преминулог. Стога нам се чини да постхумну оплодњу не треба дозволити након 18 месеци од смрти лица чије репродуктивне ћелије имају бити употребљене за оплодњу.³⁸ Исто тако, мишљења смо да би требало дефинисати и доњу

³⁵ A. R. Schiff, Posthumous Conception and the Need for Consent, *Medical Journal of Australia*, 170(2), 1999, стр. 53–54; B. Bennett, Posthumous Reproduction and the Meanings of Autonomy, *Melbourne University Law Review*, Vol. 23, No. 2, 1999, стр. 305. У теорији се може срести и супротно мишљење, по коме ако је преминули био изричито против употребе његових оплодних ћелија након смрти, постморталну оплодњу не треба допустити, без обзира на жељу надживелог партнера. Међутим, ако тако јасно израженог става нема, а нарочито у случају изненадне смрти, не треба полазити од горње претпоставке, већ треба узети да би се умрли сагласио са постхумним зачећем, да је било прилике да се изјасни. Видети: R. Collins, *op. cit.*, стр. 440.

³⁶ Сматрамо и да се из чињенице да се преминули није противио постхумном зачећу не може извести закључак да је он, таквим својим држањем, манифестовао вољу да његов замрзнути генетски материјал буде искоришћен након његове смрти.

³⁷ У домаћој доктрини наилазимо на став да би законодавац, са мером потребног опреза, требало да размотри опцију о одређивању временског ограничења у погледу зачећа детета. Н. Стојановић, Преднацрт Грађанског законика Републике Србије и наслеђивање, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, тематски број: Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, бр. 62/2012, стр. 192–193.

³⁸ Дефинисање крајњег рока у оквиру кога се оплодња може извршити, отвара и питање да ли тај временски лимит треба да важи само за први покушај оплодње, што би значило да у случају да буде неуспешан, оплодња може бити покушана и након протека рока, или би одређивањем крајњег временског лимита био одређен и

временску границу, и забранити оплодњу пре истека одређеног временског периода од смрти лица чије се семене ћелије имају употребити. Разлог томе лежи у потреби да се заштите интереси надживеле партнерке, како не би, због специфичног емотивног стања услед бола изазваног смрћу партнера, пренаглила са одлуком да његовим оплодним ћелијама зачне, и касније роди дете.³⁹ Из наведеног разлога сматрамо да оплодњу генетским материјалом преминулог партнера не треба допустити пре протека рока од 6 месеци од његове смрти.⁴⁰

Какве су наследноправне реперкусије рођења постхумно зачетог детета? Наведено питање поставља се независно од забране или ћутања законодавца о допуштености овог поступка БМПО.⁴¹ Наиме, могуће је да лице које врши оплодњу жене семеним ћелијама њеног супружника или ванбрачног партнера, пропусти да утврди да ли је у време медицинског захвата партнер жив, те оплодњу изврши генетским материјалом преминулог лица. У том случају, потребно је утврдити да ли дете може да наследи свог природног оца или не. Наследноправне последице битно су различите у зависности од тога да ли је дете зачето репродуктивним материјалом донора, или је до зачећа дошло спајањем оплодног материјала супружника, односно ванбрачних партнера.

последњи временски тренутак у коме се може покушати зачеће. Овом питању би законодавац, такође, морао да посвети пажњу.

³⁹ Упоредно право познаје различита решења: у праву Белгије, оплодња не може бити извршена пре истека рока од 6 месеци нити по протеку 2 године од смрти лица чије оплодне ћелије треба да буду употребљене (видети: чл. 16 и чл. 44-45 PROJET DE LOI relatif à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gametes, <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/2567/51K2567005.pdf>). У Македонији и Шпанији одређена је само горња временска граница у оквиру које оплодни материјал може бити употребљен, и тај рок износи 12 месеци од смрти лица чији је генетски материјал замрзнут. Видети: чл. 33, ст. 2 Закона за биомедицински потпомогнато оплодување и чл. 9 LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, <http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf>. У македонској доктрини наведени рок се критикује као прекратак, и заузме се став да треба да буде две или три године, нарочито ако се има у виду да оплодња не мора бити успешна из првог покушаја. Видети: Д. Мицковиќ, *op. cit.*, стр. 539.

⁴⁰ У домаћој правној књижевности предложен је значајно дужи рок – рок од 10 година од оставиочеве смрти у оквиру кога би дете требало да се роди, како би му се признало право да наследи умрлог биолошког родитеља. Д. Живојиновић, *op. cit.*, стр. 711.

⁴¹ Тако и Н. Lange, К. Kuchinke, *Erbrecht – ein Lehrbuch*, München, 2001, стр. 81. Наведено према: Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд, 2010, стр. 61, фуснота 216.

Када је до постхумног зачећа дошло семеним ћелијама преминулог донора, наследноправне последице у нашем праву идентичне су последицама хетерологне инсеминације репродуктивним материјалом живог донора. Лице које је даровало семене ћелије нема ни права ни обавезе према детету зачетом и рођеном у поступку БМПО,⁴² нити се његово очинство може утврђивати.⁴³ Мајком детета сматра се жена која га је родила,⁴⁴ а оцем њен супружник или ванбрачни партнер, уколико је дао писмени пристанак за спровођење поступка биомедицински потпомогнутог оплођења, у ком случају се његово очинство не може оспоравати.⁴⁵ Дете своја наследна права остварује према родитељима, као и према њиховим сродницима које може наследити сходно правилима ЗОН-а, без обзира што са некима од њих (крвним сродницима свога оца) није у крвном сродству. Наравно, важи и обрнуто, те и сва ова лица могу наследити дете у случају његове смрти. Дете нема никаквих наследних права према преминулом лицу чије гене носи, нити његовим сродницима.⁴⁶

Значајно су другачије импликације када се оплодне ћелије преминулог супружника или ванбрачног партнера користе за зачеће детета које ће имати генетске карактеристике оба партнера. Према коме ће дете моћи да остварује своја наследна права, зависиће првенствено од тога ко ће се сматрати његовим родитељем. Разликују се два случаја: када се за оплодњу користе семене ћелије мужа/ванбрачног партнера, односно када је извршена криопрезервација јајних ћелија жене/ванбрачне партнерке, те

⁴² Видети: чл. 51 ЗБМПО.

⁴³ Видети: чл. 58, ст. 5 Породичног закона („Сл. гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015). Даље: ПЗ.

⁴⁴ Видети: чл. 57 ПЗ.

⁴⁵ Видети: чл. 58, ст. 1–3 ПЗ.

⁴⁶ Дете зачето донираним семеним ћелијама донора, у неком од поступака БМПО, нема право да сазна податке о личности донора. Једино из медицинских разлога, дете које је напунило 18 година, односно 16 година живота, уз услов да је стекло пословну способност, може тражити податке о донору који су од значаја за њега, његовог будућег супружника, односно ванбрачног партнера, и од значаја за његово потомство (чл. 64, ст. 1 и 2 ЗБМПО). Оваква законска одредба, којом се ускраћује детету право да сазна своје порекло, изложена је аргументованој критици у нашој правној књижевности, са указивањем на њену потенцијалну неуставност, будући да је чл. 64, ст. 2 Устава Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 98/2006) прописано, између осталог, и да дете има право да сазна своје порекло, што произлази и из чл. 7 Конвенције о правима детета. Више о овом питању: О. Цвејић-Јанчић, *op. cit.*, стр. 18–19; М. Драшкић, Биомедицински потпомогнуто оплођење, Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ, прилози пројекту 2012, Београд, 2013, стр. 233–234.

се након њене смрти врши спајање са оплодним ћелијама супруга/ванбрачног партнера. Битно другачија ситуација која овде постоји у поређењу са оном када се за оплодњу користе дониране ћелије, опредељује наш став да код овог вида постхумне оплодне предност треба дати генетском критеријуму приликом дефинисања ко је мајка, односно отац детета. У случају постхумног зачећа партнерке оплодним ћелијама преминулог супружника/ванбрачног партнера, оцем детета се има сматрати мушкарац чије су семене ћелије искоришћене за оплодњу, и који је и биолошки отац детета, под условом да је дао пристанак да се његове замрзнуте семене ћелије искористе након његове смрти за оплодњу супруге/ванбрачне партнерке. Ово би важило и у случају да је жена пре рођења детета склопила нови брак (односно, први брак, ако је са преминулим партнером живела у ванбрачној заједници) – њен супружник не би се могао сматрати оцем детета.^{47,48}

Када се замрзнуте оплодне ћелије жене, након њене смрти, спајају са репродуктивним материјалом супруга/ванбрачног партнера, неопходно је да дете роди сурогат мајка. Уколико сурогат материнство буде регулисано у нашем праву, на начин предвиђен Преднацртом ГЗ, приликом употребе репродуктивног материјала преминуле жене, родитељима постхумно зачетог детета сматраће се намераваани родитељи, који су, по правилу, и његови генетски родитељи.

У случају постхумног зачећа детета које има генетске карактеристике оба партнера, по његовом рођењу, требало би му признати право да наследи своје генетске родитеље – оца, односно мајку (код комбинације постхумне оплодне са сурогат материнством), чијим је оплодним ћелијама и зачето. Закон о наслеђивању Републике Србије,⁴⁹ међутим, не препознаје постхумно зачету децу као наследнике својих преминулих биолошких родитеља. Наиме, овим прописом је стипулисано да оставиоца може наследити дете, које је живо рођено, само под условом

⁴⁷ Једино у хипотетичкој, у пракси тешко остварљивој, ситуацији да жена пре зачећа детета ступи у нови брак (односно први брак), а њен супружник да пристанак да буде оплођена генетским материјалом преминулог супружника (тј. ванбрачног партнера), могло би се поставити питање да ли треба оцем детета сматрати супружника мајке са којим је била у браку када је до зачећа дошло. Нама се, ипак, чини да би генетски критеријум и у овом случају требао да буде пресудан.

⁴⁸ У литератури наилазимо и на становиште да се у оваквој ситуацији оцем детета има сматрати супружник мајке. Аргументи за овакво мишљење налазе се у тзв. теорији односа, будући да ће супружник мајке у стварном животу и имати улогу родитеља детета, бринути о њему, васпитавати га, издржавати, те да не би требало родитељем сматрати неко лице само зато што је дало свој генетски материјал. Видети: R. Zafran, *op. cit.*, стр. 76 и даље.

⁴⁹ „Сл. гласник РС“, бр. 46/1995, 101/2003 и 6/2015. Даље: ЗОН.

да је било зачето у тренутку његове смрти.⁵⁰ Уколико је зачеће детета претходило отварању наслеђа оставиоца, ствара се фикција као да је зачетак био жив у тренутку оставиоачеве смрти. Треба имати у виду да *nasciturus* може да наследи не само свог родитеља, већ и било ког другог сродника, према правилима редовног законског наслеђивања, уз услов да је био зачет у време његове делације.

Међу посленицима домаће правне мисли наилазимо на став да циљним тумачењем наведене фикције о *nasciturus*-у треба извести закључак да дете има право да наследи свога оца ако се роди живо, без обзира на тренутак зачећа.^{51, 52} Насупрот овом, износи се мишљење да разлози правне сигурности опонирају ставу о проширењу постојеће фикције о зачетку.⁵³ Мишљења смо да је велико питање да ли би домаћи судови наследником огласили *nondus conceptus*-а ако се жив роди, и изражавамо озбиљну резерву према могућности да се фикција о *nasciturus*-у шире тумачи, будући да су важеће законске норме јасне.

⁵⁰ Видети: чл. 3, ст. 2 ЗОН. Идентично решење предвиђа чл. 122 Закона за наследувањето („Сл. весник на РМ“, бр. 47/96), те ни у Македонији постхумно зачета деца не могу наследити родитеље преминуле пре њиховог зачећа. Оваква неусклађеност наследноправних прописа са правилима о постхумној оплодњи критикована је у теорији (видети: Љ. Спиновиќ Трпеновска, Д. Мицковиќ, А. Ристов, Наследното право во Република Македонија, Скопје, 2010, стр. 61). Управо из тог разлога, Комисија за израду Грађанског законика Македоније израдила је предлог по коме би и постхумно зачетој деци требало признати право законског наслеђивања (видети: А. Ристов, Реформите во наследното и семејното право во Република Македонија, Нотаријус, бр. 25/2013, стр. 32).

⁵¹ О. Антић, Наследно право, Београд, 2009, стр. 72.

⁵² У овом правцу резоновале су највише судске инстанце америчких савезних држава Њу Џерси (случај *In re Estate of Kolacy* из 2000. године) и Масачусетс (случај *Woodward v. Commissioner of Social Security* из 2002. године). Врховни судови Њу Џерсија и Масачусетса, шире тумачећи вољу законодавца, признали су у овим случајевима право наслеђа постхумно зачетој деци оставиоца, и поред тога што је у обе државе законом било предвиђено да се као наследници могу појавити само деца која су зачета за живота оставиоца и која су се родила најкасније у року од 300 дана од његове смрти. Судови су своју одлуку засновали и на чињеници да законодавац није експлицитно искључио могућност да постхумно зачетој деци буде признато право законског наслеђивања. Врховни суд Масачусетса заузео је став да би за признање права наслеђа постхумно зачетом детету неопходно било да се испуне три услова: да се докаже да је оно генетско дете оставиоца, да се умрли сагласио са постхумном оплодњом и са тиме да дете мора да буде издржавано након његове смрти. Више о овим случајевима: J. Dorogazi, *op. cit.*, стр. 1604–1605; J. Greenfield, *op. cit.*, стр. 285.

⁵³ Детаљније о разлозима који оправдавају овакво становиште: Д. Ђурђевић, *op. cit.*, стр. 61 - 62.

Залажући се за став да детету треба признати право да наследи своје биолошке родитеље, сматрамо да је неопходно проширење актуелне фикције о зачетом, а нерођеном детету. У Преднацрту ГЗ учињен је покушај у том правцу: „*Наследити може и оставиочево дете које није рођено у тренутку његове смрти, ако се роди живо*“.⁵⁴ Иако намера кодификатора да гарантује право наслеђивања *posthumus*-и заслужује похвалу, чини се да предложено решење није најсрећније формулисано, те да се може преуско протумачити. Спорно је што употребљена формулација имплицира да постхумно зачето дете, ако се живо роди, може наследити само свога родитеља-оставиоца. Питање је да ли се овакав одредба може екстензивно протумачити, на начин да постхумно зачето дете може да наследи и друге сроднике свог преминулог родитеља и под којим условима – да ли их може наследити само уколико је већ било рођено у тренутку смрти сродника, да ли је довољно да је било зачето у тренутку отварања наслеђа, или може наследити и уколико не буде ни зачето, нити рођено у тренутку оставиоцеве смрти, а доцније се роди живо.

За законодавца полазна премиса мора бити да се не сме дозволити дискриминација међу децом у погледу њихових наследних права, према начину и тренутку њиховог зачећа. И код постхумне оплодне требало би признати право детету не само да наследи свог преминулог родитеља, ако се роди живо, већ и остале своје сроднике, преминуле пре његовог рођења, које би применом права представљања наследило уместо умрлог родитеља (када је сродник преминуо након смрти дететовог родитеља, без обзира да ли је до зачећа дошло пре делације сродника).⁵⁵ Тиме се отвара могућност да дете наследи било ког оставиоца, уколико би по правилима редовног законског наслеђивања, изузетно и на основу завештања, било позвано да наследи.⁵⁶ Због тога нам се чини да би регула којом се и постхумно зачетој деци признаје право наслеђа требала да гласи: „*Наследити може и дете које није рођено у тренутку смрти оставиоца, ако се роди живо*“.

У случају признавања права законског наслеђивања постхумно зачетој деци, неопходно је сагледати и процесни аспект остваривања права наслеђа тога детета, те би и процесне норме, којима се регулише

⁵⁴ Видети: чл. 3, ст. 2 Преднацрта ГЗ, четврта књига, О наслеђивању, Београд, јун 2011, стр. 5.

⁵⁵ У домаћој доктрини заузето је становиште да би „проширен“ случај фикције о *nasciturus*-и требало ограничити само на децу оставиоца, тј. да би постхумно зачетом детету требало признати право да наследи само свог преминулог родитеља. Д. Живојиновић, *op. cit.*, стр. 711.

⁵⁶ Ј. Видић Трнинић, Н. Крстић, *op. cit.*, стр. 539.

поступање оставинског суда, морале да претрпе измене, и да се прилагоде ситуацији када се *nondus conceptus* јавља као потенцијални наследник оставиоца. Важећа правила прописују да када суд сазна за постојање зачетка, о томе обавештава орган старатељства, а о правима нерођеног детета стара се један од његових родитеља, ако орган старатељства не одреди другачије.⁵⁷ Суд надлежан за расправљање заоставштине дужан је, у том случају, да застане са поступком док се дете не роди,⁵⁸ или док не дође до прекида трудноће, у ком случају се поступак наставља.

Сматрамо да се ова правила сходно могу применити и у случају постхумне оплодње, уколико је до зачећа дошло пре почетка или у току трајања поступка за расправљање заоставштине.⁵⁹ Међутим, како суд да поступи ако током вођења поступка још увек није дошло до зачећа, а писмени пристанак за коришћење оплодних ћелија *post mortem* постоји? Да ли суд треба поступак да настави док не буде обавештен да је до зачећа дошло, па да тек у том случају донесе решење о застоју поступка до рођења детета,⁶⁰ или да застане са поступком до обавештења да је надживели супружник/ванбрачни партнер одустао од оплодње, или да оплодња није била успешна, односно да је протекао рок у коме се оплодња може извршити, па да потом поступак настави? Више је солуција за које се легислатор може определити. При регулисању овог питања треба водити рачуна да интереси детета буду заштићени, али и да буду уважени интереси осталих наследника, који би дуго могли да чекају на доношење решења о наслеђивању, услед чега би њихова правна позиција била неповољна.⁶¹ У литератури се, као евентуални начин помирења ових интереса, наводи могућност да се део заоставштине, који би му по закону припао, резервише за дете док не буде рођено, а да се преостали део заоставштине расподели осталим наследницима и пре рођења детета. Ако се дете не роди живо, или до зачећа у законском року уопште не дође,

⁵⁷ Видети: чл. 112 Закона о ванпарничном поступку („Сл. гласник СРС“, бр. 25/82 и 48/88 и „Сл. гласник РС“, бр. 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012, 45/2013 - др. закон, 55/2014 и 6/2015). Даље; ЗВП.

⁵⁸ Н. Стојановић, Наследно право, Ниш, 2011, стр. 54.

⁵⁹ Чини нам се да се формулација из чл. 112, ст. 1 ЗВП: „Ако се очекује рођење детета које би било позвано на наслеђе...“ може екстензивније протумачити, и да се може применити и на случајеве постморталног зачећа, а не само на случај када је дете било зачето у тренутку оставиоцеве смрти.

⁶⁰ Сматрамо да основ да застане за поступком не би могла бити изјава супружника/ванбрачног партнера лица чије замрзнуте оплодне ћелије треба искористити за оплодњу након смрти, већ да би суд могао застати са поступком тек уколико добије доказ да је до зачећа *post mortem* заиста и дошло.

⁶¹ Ј. Видић Трнинић, Н. Крстић, *op. cit.*, стр. 540.

резервисани део заоставштине расподелио би се осталим наследницима.⁶² Кома год се од могућих решења законодавац приклонио, оно мора бити прецизно нормирано, а циљ од кога се првенствено мора поћи јесте да интереси свих учесника у поступку буду најпотпуније заштићени.

Уколико је оставински поступак правноснажно окончан пре зачећа детета, оно ће, у случају да се живо роди, имати третман наследника који се накнадно појавио. Будући да се оставински поступак не може понављати, оставински суд би у том случају упутио наследника који полаже право на заоставштину, да своја наследноправна овлашћења оствари у парничном поступку.⁶³

Закључна разматрања

Коришћење достигнућа биомедицине у сврху прокреације поприма све шире размере у свету, изазивајући тектонске промене у праву, пре свега у сфери породичноправних односа, са снажном рефлексijом и на област наслеђивања. Биомедицински потпомогнута оплодња репродуктивним материјалом преминулог лица, нарочито у случају када су оплодне ћелије искоришћење за добијање детета са надживелим супружником или ванбрачним партнером, руши вековни концепт наслеђивања, према коме је услов за остваривање права наслеђа постојање зачетка најкасније у тренутку смрти оставиоца. У упоредном праву јасан је тренд допуштања постхумне оплодње под одређеним условима, и признавања наследних права постхумно зачетој деци, а у појединим правима (претежно Common Law система) судови екстензивним тумачењем постојећих наследноправних регула признају наследна права деци зачетој коришћењем овог метода асистирани прокреације, према преминулом биолошком родитељу/родитељима.

Правном уобличењу зачећа детета *post mortem* у нашем праву законодавац није посветио довољно пажње, ни по питању прецизног дефинисања субјеката постхумне оплодње, ни када је реч о условима за допуштеноост овог вида БМПО, те су законска решења подложна разним тумачењима. У том смислу неопходно би било на јасан начин нормирати могућност употребе оплодних ћелија лица, замрзнутих искључиво из медицинских разлога, од стране његовог супружника/ванбрачног партнера, у циљу добијања заједничког детета. Оплодне ћелије могле би се употребити само уз претходну писмену сагласност преминулог лица, а у случају коришћења семених ћелија мушкарца требало би прописати

⁶² Д. Мицковић, *op. cit.*, стр. 541.

⁶³ Видети: чл. 130, ст. 1 ЗВП.

временске лимите у оквиру којих би се оплодња могла извршити. Прописивање рокова требало би, с једне стране, бити мотивисано потребом да се заштити жена од преурађене одлуке да зачне дете семеним ћелијама преминулог партнера, а с друге стране, да се заштите интереси наследника преминулог лица и очува правна сигурност.

Наследноправне консеквенце биомедицински потпомогнуте оплодње наступају само уколико дете зачето неком од метода БМПО буде рођено живо, и различите су у зависности од тога да ли је за оплодњу коришћен генетски материјал донора, или супружника/ванбрачног партнера. Дете зачето оплодним ћелијама умрлог донора нема никаква наследна права према њему, нити према његовим крвним сродницима. Када је дете зачето репродуктивним ћелијама преминулог партнера, предност би, приликом утврђивања очинства, односно материнства, требало дати генетском критеријуму, те би требало признати право детету да наследи своје биолошке родитеље. У том смислу, неопходно би било проширење постојеће фикције о *nasciturus-u* на начин да се *nondus conceptus-u* призна право наслеђа родитеља након чије је смрти зачет, као и право да наследи остале крвне сроднике, без обзира да ли је био зачет или рођен у тренутку њихове смрти, применом права представљања. Промене у материјалноправним прописима неминовно би морало да прати и новелирање процесних прописа, како би се регулисало поступање оставинског суда у случају постојања *nondus conceptus-a*, у циљу заштите његових, али и наследноправних интереса осталих наследника.

Novak Krstić

Assistant

Faculty of Law, University of Niš

HERRITAGE – LEGAL EFFECT OF POST MORTEM REPRODUCTION

Summary

Posthumous reproduction is probably the most controversial method of biomedical supported procreation. It's legal effects, especially in family relations and inheritance law, are significant. In this paper author deals with an issue whether posthumous child should inherit its dead parent (most often its dad). To answer this question, author has analyzed some solutions in contemporary comparative law, as well as in comparative jurisprudence, and also considered solutions in applicable Serbian law. First of all, we think that

our legislator should allow, in a much more precise way, conception of a child by reproductive cells of a deceased spouse or a cohabitant, if there is a consent in written form from the deceased. The conception should be allowed in strict time intervals, in order to protect the interests of the woman who should bear the child, and other heirs of the decedent. Born child should inherit, as a legal, as well as the successor by will, its genetic parents, even though it wasn't born, nor conceived in the time of the death of one or both biological parents. In that sense, legislation needs to be changed. Also, procedural provisions should be changed, in order to ensure the effective protection of the child's hereditary rights before the probate court.

Анђелија Тасић
Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

СУДСКА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ГРУПЕ ЛИЦА¹

Апстракт: *Регулисање колективне заштите права представља изазов са којим се боре многа савремена законодавства. Након што је пропао покушај законодавца да у Закону о парничном поступку регулише поступак за заштиту колективних права и интереса, антидискриминационо законодавство остаје ретка област у којој је судској заштити групе лица поклоњена извесна пажња. Анализа позитивноправних прописа изложена у овом раду показује у којој мери је законодавац успео да правила поступка прилагоди специфичностима колективне заштите од дискриминације; на који начин је уредио најзначајнија питања – круг активно процесно легитимисаних субјеката, видове заштите која се може пружити и учешће трећих лица у парници; да ли је постојала потреба да се уреди још нека питања и на који би начин, у будућности, законодавац могао да побољша постојећа законска решења.*

Кључне речи: *антидискриминационе парнице, поступак за заштиту колективних права и интереса, умешачи, супарничари.*

Уводне напомене

„Потребна девојка за рад у кафићу“, „Потребан радник (мушкарац, 20-35 г) за поподневну смену 13-21 у продавници лампи“, „Ромима забрањен улаз на базен“, само су неки од огласа/новинских наслова који одређеном кругу лица забрањују, ограничавају или пак дају већа права у односу на нека друга лица. Закон о забрани дискриминације, „кровни“ антидискриминациони закон у Србији, под дискриминацијом подразумева свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе (прим. А. Т) као и на чланове њихових породица, или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива

¹ Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (евиденциони број 179046).

на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварним, односно претпостављеним личним својствима.² Уз овај закон, у Србији су усвојена још два посебна антидискриминациона закона која садрже (и) процесне одредбе по којима се поступа приликом пружања грађанскоправне заштите од дискриминације. Док се на Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом³ примењују процесна правила ЗЗД⁴ па стога неће бити предмет посебне анализе, дотле је Закон о равноправности полова⁵ „независан“ у погледу судске заштите јер се, уколико нису предвиђена посебна правила, сходно примењују само правила Закона о парничном поступку.⁶ ЗРП под дискриминацијом подразумева свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства) које има за циљ или последицу да лицу или *групи* (*прим. А.Т*) отежа, угрози, онемогући или негира признање, уживање или остваривање људских права и слобода у политичкој, економској, друштвеној, културној, грађанској, породичној и другој области.⁷

Антидискриминациони закони, дакле, већ у основним одредбама стварају простор за колективну заштиту од дискриминације.⁸ Анализа позитивноправних прописа даће одговоре на питања шта је колективна заштита (од дискриминације), ко су њени титулари, које захтеве они могу истаћи у парници, да ли су, и до ког нивоа, процесне одредбе антидискриминационих закона прилагођене специфичностима колективне заштите од дискриминације и у којој мери прате европске трендове у овој

² Закон о забрани дискриминације, „Сл. гласник РС“, бр. 22/2009, чл. 2. ст. 1. т. 1, у даљем тексту и ЗЗД.

³ Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, „Сл. гласник РС“, бр. 33/2006, у даљем тексту и ЗДИ.

⁴ Чл. 26. ст. 3. ЗЗД: У погледу судске заштите особа са инвалидитетом примењују се и чл. 41, 42, 43, 44, 45. и 46. овог закона.

⁵ Закон о равноправности полова, „Сл. гласник РС“, бр. 104/2009, у даљем тексту и ЗРП.

⁶ Закон о парничном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014, у даљем тексту и ЗПП.

⁷ Чл. 4. ст. 1. ЗРП.

⁸ О развоју колективне судске заштите опширније у: Babović B, *Kolektivizacija sudske zaštite protiv diskriminacije*, Pravni život, 11/2012, str. 1011 - 1014.

области. Рад ће се фокусирати на решења садржана у домаћим правним прописима.

Колективна заштита од дискриминације – појам

Колективна заштита права представља механизам правне заштите који омогућава да се већи број захтева заснован на истом или сличном чињеничном и правном основу решава у једној парници.⁹ Најзначајнији инструмент за заштиту колективних права на подручју Европске уније јесте Препорука о заједничким принципима за механизме колективне заштите у погледу остваривања захтева за пропуштање и захтева за обештећење у државама чланицама које се тичу повреде права гарантованих прописима Уније¹⁰. Без обзира што Србија није чланица

⁹ ЗПП из 2011. године регулисао је посебан парнични поступак за заштиту колективних права и интереса (Поступак у парницама за заштиту колективних права и интереса, чл. 494-505. ЗПП). Одлуком Уставног суда IУз-51/2012 ове одредбе проглашене су неуставним уз образложење да, између осталог, Законом није уређено када један грађанскоправни спор има карактер спора о колективним правима који би се решавао по правилима посебног поступка. Будући да захтев за одређеношћу и прецизношћу правне норме представља саставни део начела владавине права како би грађани из садржине норме могли да стварно и конкретно знају своја права и обавезе и како би им прилагодили своје понашање, Уставни суд констатује да захтев за одређеношћу и прецизношћу правне норме није испуњен ако грађани као савесне особе нагађају о њеном смислу и садржају. Уставни суд, такође, налази да законске одредбе нису довољно јасне, доступне и приступачне већини грађана, те да нису на уставно прихватљив начин прилагођене грађанима, па су стога уставноправно спорне с аспекта њихове јасноће, доступности и прихватљивости, а тиме и несагласне с Уставом и потврђеним међународним уговором (цитирано из наведене одлуке УСС). Критички осврт на овај поступак у: Rakić - Vodinelić V, *Zakon o parničnom postupku Srbije 2011*, у: *Pravni zapisi*, 2/2011, str. 557-565. Критички осврт на одлуку Уставног суда у: Bodiroga N, *Komentar odluke Ustavnog suda IUZ-51/2012 o neustavnosti glave 36. Zakona o parničnom postupku*, *Stručni komentar - Pravni instruktor*.

¹⁰ Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law, у даљем тексту и Препорука. Европска комисија је, пре доношења Препоруке, истакла важност колективне заштите на нивоу Уније. Истакнуто је да би колективна заштита представљала ефикасан инструмент за остваривање права на приступ правди. Иако није предвиђена антидискриминационим директивама (Директива 2000/78/ЕЦ и Директива 2000/43/ЕЦ) колективна заштита се, пре доношења Препоруке, остваривала кроз класне или групне тужбе и *actio popularis* (*Developing Anti-discrimination law in Europe (The 27 EU Member States, Croatia, The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Iceland, Liechtenstein, Norway and Turkey compared)*, October 2012, p. 87). Опширније о раду на припреми Препоруке:

Европке уније, она је потписала Споразум о стабилизацији и придруживању, а затим постала и придружена чланица ЕУ, што ствара обавезу хармонизације домаћег права са правом Уније.

„Ситуација масовне повреде права“ дефинисана је као „ситуација у којој два или више физичких или правних лица претендује да су претрпели повреду незаконитим деловањем једног или више физичких или правних лица“.¹¹

Под групом лица подразумева се већи број лица које везује исто лично својство, или већи број лица које повезује чињеница да не поседују одређено лично својство (које имају друга лица која се налазе у истој ситуацији као они и због тог личног својства њима је признато одређено право).

Да се по правилима ЗЗД пружа заштита и групи (већем броју) лица, а не само појединцу, на имплицитан начин каже се одредбом чл. 46. ст. 2: Ако се дискриминаторско поступање односи искључиво на одређено лице, тужиоци из ст. 1 (Повереник за заштиту равноправности и организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лица, прим. А.Т) могу поднети тужбу само уз његов пристанак у писменом облику.¹² Дакле, дискриминаторско понашање се

Петрушић Н, *Колективна правна заштита: европски приступ*, у: Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, 2014, стр. 306-310).

¹¹ Одељак II, тач. 3 б) Препоруке.

¹² Закон о забрани дискриминације не користи термине „колективна заштита“ или „колективна тужба“. Међутим, упоређивањем домаћих антидискриминационих прописа са прописима земаља у региону долази се до закључка да је по среди исти вид заштите. Навешћу само неколико примера. У Босни и Херцеговини колективну тужбу овлашћена су да подигну удружења, тела, установе или друге организације које су регистроване у складу са прописима који регулишу удруживање грађана у Босни и Херцеговини, а имају оправдани интерес за заштиту интереса одређене групе или се у оквиру своје делатности баве заштитом од дискриминације одређене групе лица, ако учине вероватним да је поступањем туженог повређено право на једнако поступање већег броја лица која углавном припадају групи чија права тужилац штити (čl. 17. Zakona o zabrani diskriminacije, „Sl. glasnik BiH“, br. 59/09). У Хрватској, колективном тужбом за заштиту од дискриминације удружења, тела, установе или друге организације које су основане у складу са законом, а имају оправдани интерес за заштиту колективних интереса одређене групе или се у склопу своје делатности баве заштитом права на једнако поступање могу покренути поступак против особе која је повредила право на једнако поступање већег броја особа које претежно припадају групи чија права тужилац штити (čl. 24. Zakona o suzbijanju diskriminacije, „Narodne novine“, br. 85/08, 112/12). За разлику од босанског, хрватски законодавац је изричито нагласио да се све процесне одредбе овог закона које се односе на индивидуалне тужбе односе и на колективну тужбу за заштиту од дискриминације. О колективној заштити од дискриминације у Босни и Херцеговини опширније: Торић В,

може односити на једно или више лица, а наведени субјекти могу поднети тужбу у оба случаја. ЗРП је у чл. 43. ст. 3. прописао да у случају дискриминације којом су повређена права већег броја лица, субјекти из става 2. овог члана (синдикат или удружења чији су циљеви везани за унапређење равноправности полова, прим. А.Т) могу покренути поступак у своје име.

Да би се разграничила повреда права на заштиту од дискриминације појединца и групе лица, треба дати одговор на питање који је минимални број лица чија права треба да буду оспорена, угрожена или повређена да би се сматрала групом лица и какав квалитет везе између њих треба да постоји (исто лично својство). На ово питање одговор је дао Врховни касациони суд одлучујући по ревизији на решење другостепеног суда.¹³ Подносилац ревизије (Повереник за заштиту равноправности) подигао је тужбу пред првостепеним судом којом је тражио заштиту од дискриминације групе лица (троје) које повезује исто лично својство - припадност одређеној националној мањини. Имајући у виду да тужилац није прибавио сагласност дискриминисаних лица, која је према чл. 46. ст. 2. потребна када се дискриминација односи искључиво на одређено лице, нижестепени судови су закључили да тужилац „нема активну легитимицију за подношење тужбе, због чега су овако поднету тужбу одбацили“. Сагледавајући правила чл. 41, 43. и 46. ЗЗД, Врховни касациони суд нашао је да конкретном тужиоцу, уколико се тужба за утврђење дискриминације односи на групу лица, није потребно овлашћење за покретање парнице. „С обзиром да тужба није усмерена на утврђење дискриминације против одређеног лица у ком случају би тужиоцу било неопходно писмено пуномоћје за подношење тужбе у овој правној ствари, већ за дискриминацију која је извршена према одређеној групи: неодређеном броју лица, деци припадницима националне мањине, тужиоцу, по оцени Врховног касационог суда није било неопходно писмено пуномоћје за подношење тужбе у овој правној ствари, нити је подношење тужбе од стране тужиоца условљено подношењем притужбе ни окончањем поступка Повереника по уложеној притужби“.

Kolektivna tužba u sistemu zaštite od diskriminacije u BiH: ključni nedostaci pravnog okvira i prijedlozi rešenja, u: Policy Brief 14, Novembar 2014, p. 1-8. О колективној заштити од дискриминације у Хрватској и тзв. удружној тужби опширније: Dika M, *Postupak za zaštitu kolektivnih interesa i prava*, u: Novela zakona o parničnom postupku iz 2011. Novi informator, Zagreb, str. 57-70.

¹³ Рев 853/2014.

Активно процесно легитимисани субјекти за покретање антидискриминационих парница

Активно процесно легитимисани субјекти за покретање антидискриминационих парница на основу правила ЗЗД су: свако ко је повређен дискриминаторским поступањем, Повереник за заштиту равноправности, организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лица и лице које се свесно изложило дискриминаторском поступању, у намери да непосредно провери примену правила о забрани дискриминације у конкретном случају.¹⁴

Према ЗРП, антидискриминациону парницу могу покренути свако лице коме је повређено право или слобода због припадности одређеном полу и синдикат или удружење чији су циљеви везани за унапређење равноправности полова.

Законодавац није навео на који начин организације и удружења за заштиту људских права доказују своју активну легитимацију, али је претпоставка да би то могао бити оснивачки акт организације.¹⁵

Поступак у парници за заштиту од дискриминације могу покренути и више или сва она лица која су непосредно погођена дискриминаторским поступањем. Уколико заједно покрену поступак они ће бити активни супарничари, о чему ће бити више речи на одговарајућем месту у раду. Они се могу определити и да појединачно покрену поступак, имајући у виду да је супарничарство установа која зависи само од воље странака, али се сматра да је правна заштита која се остварује у поступку заштите колективних права и интреса правичнија него она која би се остварила подизањем појединачних тужби.¹⁶

¹⁴ Чл. 41. и чл. 46. ст. 1 - 3. ЗЗД.

¹⁵ Док је Поверенику за заштиту равноправности *ius standi in iudicio* признато самим законом (чл. 46. ст. 1. ЗЗД, а у складу са чл. 74. ст. 2. ЗПП), дотле организације, удружења и синдикати страначку способност стичу тренутком уписа у регистар. Може се поставити питање и да ли се страначка способност, на основу чл. 74. ст. 2. може бити призната и облицима удруживања и организовања који испуњавају услове прописане законом (допуштен циљ деловања, средства на којима се може спровести извршење и поседовање органа управљања (Станковић Г, *Грађанско процесно право – прва свеска (парнично процесно право)*, Ниш, 2010, стр. 137). Како се страначка способност у том случају признаје одлуком суда само за конкретну парницу, чини се да не постоји разлог да суд групи лица која нису испунила законом прописане услове да постану правно лице, призна страначку способност, на изванредан начин их „поистовети“ са организацијама из чл. 46. ст. 1. и на тај начин им пружи активну процесну легитимацију за покретање поступка.

¹⁶ Bodiroga N, *op. cit.*

Видови грађанскоправне заштите од дискриминације

Правилима ЗЗД предвиђени су следећи видови грађанскоправне заштите од дискриминације: забрана извршења радње од које прети дискриминација, забрана даљег вршења радње дискриминације, односно забрана понављања радње дискриминације; утврђење да је тужени дискриминаторски поступао према тужиоцу или другоме; извршење радње ради уклањања последица дискриминаторског поступања; накнада материјалне и нематеријалне штете и објављивање пресуде донете поводом неке од наведених тужби.¹⁷ Само дискриминисано лице може у парници истаћи захтев за накнаду материјалне и нематеријалне штете.

У поступцима у парницама које се покрећу на основу правила ЗРП могу се истаћи следећи правозаштитни захтеви: утврђивање повреде извршене дискриминаторским поступањем; забрана вршења радње од које прети повреда; забрана даљег предузимања, односно понављања радњи које су изазвале повреду; стављање ван промета средстава, односно предмета којима је извршена повреда (уџбеници који дискриминаторски или стереотипно представљају пол, штампана гласила, рекламни, пропагандни материјал и др); отклањање повреде и успостављање положаја односно стања пре извршене повреде и накнада материјалне и нематеријалне штете¹⁸. Остаје нејасно да ли је омогућавање свим активно процесно легитимисаним субјектима да истакну и захтев за накнаду штете намера или превид аутора законског текста.

Услови за допуштеност пружања правне заштите

Законодавац изричито наводи да оном ко покреће поступак колективне заштите од дискриминације није потребна сагласност самог дискриминисаног лица (члана групе). Ова одредба је неспорна када се дискриминаторско понашање односи на недефинисану групу лица које везује исто лично својство (објављен оглас у коме су жене фаворизоване за одређено радно место или обавештење на коме стоји да Ромима није дозвољен улазак у биоскоп). У том случају, немогуће је питати сваког члана групе да ли је сагласан са покретањем поступка. Уколико се, међутим, дискриминација односи на јасно дефинисану групу лица, чији су чланови индивидуе које су познате (четири трудне жене које су добиле отказ у фабрици мотора), нејасно је да ли је би изричито противљење вођењу поступка једног или већине (просте или апсолутне)

¹⁷ Чл. 43. ЗЗД.

¹⁸ Чл. 43. ст. 1. ЗРП.

дискриминисаних лица могло да спречи покретање антидискриминационе парнице. Док сагласност за вођење поступка не представља процесну претпоставку, дотле би изричито противљење могло представљати процесну сметњу за пуноважно заснивање, развијање или окончање једног процесног односа. Како ово питање није дефинисано правилима домаћег антидискриминационог законодавства, предложила бих један од два модалитета који познаје и наведена Препорука. То су *opt in* и *opt out* модели, где први подразумева да се појединцима оставља могућност да се придруже колективним тужбама, а други да су оштећена лица аутоматски укључена у поступак осим ако изричито не изјаве другачије.¹⁹

Законодавац није прописао ниједан квалитет који организација за заштиту људских права треба да поседује да би била овлашћена на покретање антидискриминационих парница.²⁰ Иако такав став са једне стране јесте оправдан јер спречава монополизацију и пружа простор мањим или мање афирмисаним организацијама да учествују у поступку правне заштите, он има и својих негативних страна.²¹ Најпре, организација треба да располаже материјалним средствима, макар у мери која је потребна да се надокнаде трошкови поступка уколико не успе у парници. Даље, организација мора да поседује капацитете да компетентно и аргументовано заступа интересе дискриминисаних лица. Ова дужност је посебно важна имајући у виду да ће донета одлука, снагом проширене

¹⁹ Шире о овим моделима видети: Петрушић Н, *op. cit.*, стр. 315.

²⁰ Одређивање параметара по којима би се организације или удружења могла да учествују у антидискриминационим парницама у складу је и са чл. 4. наведене Препоруке.

²¹ Поједина упоредна законодавства прописала су извесне критеријуме које организације треба да испуне да би учествовале у процесу пружања правне заштите. Немачки Закон о равноправности (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, BGBl. I S. 1897, са каснијим изменама) уређује подршку организација које се баве заштитом од дискриминације. „Организација која се бави заштитом од дискриминације“ јесте она група лица које се бави заступањем интереса лица или групе лица које карактерише неко од наведених личних својстава. Ове организације морају пословати на непрофитној и трајној основи. Овлашћења из овог закона имају оне организације које имају најмање 75 чланова и она удружења којима је повезано бар седам организација. Ове организације овлашћене су, под условима наведеним у њиховим статутима, да поступају као правни саветници дискриминисаних лица током расправе. Аустријски Закон о равноправности полова (Gleichbehandlungsgesetz, BGBl. I Nr. 66/2004, са каснијим изменама) допушта учешће само једне конкретне организације, Асоцијације невладиних организација против дискриминације која учествује у парници. Све невладине организације позване су да се придруже овој асоцијацији и тако обезбеде своје учешће у парници. Уколико, пак, желе да делују самостално, и даље остаје могућност учешћа у парници, али у складу са правилима општег парничног поступка која подразумевају доказивање правног интереса.

правноснажности, погодити широк круг лица. Наш законодавац, наиме, није предвидео специфично проширење субјективних граница правноснажности које би значило да пресуда има дејство на лица која нису учествовала у парници само ако се усвоје захтеви којима се потврђује повреда њихових колективних права и интереса²². Напоследку, питање је и да ли организација треба да буде на неки начин већ етаблирана у својој области, да поседује неки континуитет у раду који ће јој дати првенство у односу на друге организације које се баве заштитом исте групе људских права, или ће право на покретање парнице, у складу са правилом *prior tempore potior iure*, имати она организација која прва подигне тужбу. Остале организације би се, у складу са наведеним чланом ЗРП јавиле у улози супарничара или умешача.

У цитираном решењу Врховног касационог суда, нехатно или не, пружа се одговор на још једно спорно питање у погледу покретање тзв. стратешких парница од стране Повереника за заштиту равноправности²³. Ово питање се односи на могућност да Повереник сам, без поднете притужбе, покрене поступак у парници за заштиту од дискриминације. Из реченице „тужиоцу, по оцени Врховног касационог суда није било неопходно писмено пуномоћје за подношење тужбе у овој правној ствари, нити је подношење тужбе од стране тужиоца условљено подношењем притужбе ни окончањем поступка Повереника по уложеној притужби“ даје се импулс за покретање поступка у јавном интересу. Покретање поступка од стране државних органа није непознато у домаћем законодавству па тако јавни тужилац има право, на основу изричите одредбе чл. 212. Породичног закона²⁴ да покрене парницу за поништај брака. Постоје аргументи који иду и у прилог како мишљењу да не може,

²² Хрватски Закон о парничном поступку (*Zakon о parničnom postupku*, “*Narodne novine*“, бр. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14) у чл. 502. ц. (тужба за заштиту колективних интереса и права) прописује да се физичка и правна лица могу у посебним парницама за накнаду штете позвати на правно утврђење из пресуде којом ће бити прихваћени захтеви из тужбе за заштиту колективних интереса и права да су одређеним поступањем, укључујући и пропуштањем туженог, повређени или угрожени законом заштићени колективни интереси и права особа које је тужилац овлашћен штитити. У том ће случају суд бити везан за та утврђења у парници у којој ће се та особа на њих позвати.

²³ Стратешке парнице су оне парнице које Повереник за заштиту равноправности покрене у општем интересу, у намери да допринесе правилној примени прописа и унапређењу правне праксе, да охрабри и оснажи рањиве друштвене групе, едукује и сензибилише јавност за проблем дискриминације (О стратешким парницама које покрене Повереник за заштиту равноправности опширније у: Петрушић Н, Крстић И, Маринковић И, *Коментар Закона о забрани дискриминације*, Београд, 2014, стр. 316).

²⁴ Породични закон, „Сл. гласник РС“, 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015).

тако и оном да може самостално да покреће поступак.²⁵ У основи тврђења да Повереник не може да покрене судски поступак уколико претходно није поднета притужба, лежи тумачење чл. 35. ЗЗД и чл. 15. Пословника о раду Повереника.²⁶ Чланом 15. Пословника дефинисан је круг лица овлашћених да поднесу притужбу, а чл. 35. ЗЗД само подношење притужбе. Наглашава се, ипак, да и када нема притужбе, а Повереник сазна за учињени акт дискриминације, он може да реагује издавањем саопштења и упозорења јавности, упућивањем препорука органима јавне власти и другим лицима за предузимање одговарајућих мера.²⁷ Аргументи који иду у прилог другом тврђењу базирају се на тумачењу чл. 46. ст. 2. ЗЗД и одсуству експлицитних одредби које би забрањивале покретање поступка без претходно поднете притужбе. Свакако, било би добро да законодавац, *de lege ferenda*, на недвосмислен начин уреди ово питање, отклони све недоумице и евентуално прошири надлежност Повереника за заштиту равноправности.

Учешће трећих лица у парници и кумулација субјеката у светлу антидискриминационих парница

Како ЗЗД не прописује никаква посебна правила о учешћу умешача и супарничара у антидискриминационим парницама, брижљивом анализом општих правила парничног поступка и посебних правила ЗЗД и ЗРП могу се извести закључци о могућности заснивања ових процесних установа.

За разлику од ЗЗД, ЗРП је у чл. 43. ст. 3. и 4. прописао услове под којима може доћи до заснивања супарничарства и мешања у туђу парницу. Тако, уколико поступак покрену синдикат или удружење које се бави заштитом људских права, њима се, у својству умешача, може придружити лице чије је право угрожено. Полазећи од прихваћене поделе умешача на обичног умешача, умешача са положајем јединственог супарничара и умешача *sui generis*, у овом случају бих треће лице које у парници жели да заштити неки свој интерес означила као умешача са

²⁵ О овој дилеми и: Палачковић Д, *Антидискриминационе парнице*, у: Међународна научна конференција „Правни систем и друштвена криза“ (Зборник радова – прва свеска), 2011, стр. 74. Предложено је да се међу надлежности Повереника изричито уведе и покретање поступка по тзв. *Relator action*, тужба овлашћеног државног органа за заштиту колективних интереса.

²⁶ Пословник о раду („Сл. гласник РС“, бр. 34/2011) (мишљење наведено према Petrušić N, *Procesni položaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti u antidiskriminacionim parnicama*, *op. cit.*, стр. 911).

²⁷ Петрушић Н, Крстић И, Маринковић И, *op. cit.*, стр. 242.

положајем јединственог супарничара. Имајући у виду да је ово лице могло и само да покрене поступак у парницама за заштиту од дискриминације, али и да ће се правно дејство пресуде односити и на њега, на овај случај примениће се и чл. 210 и 219. ЗПП. У чињеници да ће се донета одлука снагом проширене правноснажности односити и на њега лежи *ratio* одлуке дискриминисаног лица да учествује у овој парници. Својим активним деловањем у парници, предлагањем процесног материјала и понудом доказа оно може спречити доношење неповољне одлуке. Положај умешача стиче се тренутком давања изјаве о мешању.²⁸ Ипак, како у парницама у којима се јавља као умешач дискриминисано лице не може истаћи свој самостални правозащитни захтев, оно ће, уколико жели да истакне захтев за накнаду штете, у парницу ступити као накнадни активни супарничар. Штавише, и да не жели да истакне самосталан захтев за накнаду штете, већ управо оне исте захтеве које је истакло и тело или организација која је парницу већ покренула, судија је, имајући у виду Уставом загарантовано право на правну заштиту, дужан да му омогући да ово право и оствари.

Са друге стране, уколико поступак у парници за заштиту од дискриминације покрене група лица које везује исто лично својство, поставља се питање допуштености али и целисходности учешћа Повереника за заштиту равноправности и организације за заштиту људских права у конкретној парници. Имајући у виду општа правила парничног поступка и услове за допуштеност мешања – страначку и парничну способност, уредно заступање, постојање парнице и наведен интервенциони разлог, суд нема основа да одбаци истакнути захтев за мешање у туђу парницу. Иако је чињеница да мноштво субјеката у једној парници може довести до њеног одуговлачења, имајући у виду компетентност субјеката који су у питању, чини се да они, својим знањем, искуством али и ауторитетом могу само допринети квалитету парнице.

Слична ситуација се јавља и у погледу заснивања супарничарства у антидискриминационим парницама. Уколико је парницу покренуло више лица чија су права угрожена истим дискриминишућим догађајем, њима се у парници, према општим правилима парничног поступка, у виду накнадног супарничара може придружити и свако друго лице које је претрпело штетну последицу. Како постоји могућност да нису захтеви свих тужених основани јер је неки од њих погрешно антиципирао понашање туженог као дискриминацију (имао је мању зараду због мање

²⁸ О учешћу умешача у антидискриминационим парницама опширније: Тасић А, *Процесни положај умешача у антидискриминационим парницама*, у: Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68/2014, стр. 425 - 440.

часова обуке или краћег радног стажа, а не због тога што је припадник влашке националне мањине) они би у овом случају били обични супарничари. Природа супарничарства ће, ипак, варирати од парнице до парнице, у зависности од околности конкретног случаја, па ће се, посебно у случајевима непосредне дискриминације (оглас за посао којим се траже искључиво раднице), сви супарничари наћи у положају јединственог супарничара.

У случају да је парницу покренуо Повереник или организација која се бави заштитом људских права, дискриминисана лица могу се као супарничари јавити у овим парницама, са истим или додатним (одштетним) захтевима у односу на наведене субјекте.

ЗРП предвиђа још у чл. 43. ст. 4. да после ступања у поступак, односно после покретања поступка синдикат или удружења могу преко средстава јавног информисања или на други погодан начин обавестити друга оштећена лица, синдикате и удружења о покренутој парници и позвати их да се, као умешачи или супарничари, придруже тужиоцу. Без обзира на добру намеру да сва заинтересована лица буду обавештена о покретању парнице, чини се да није постигнут одговарајући баланс који би у обзир узео право на очување репутације и стеченог угледа (наводног) дискриминатора, а које публикувањем података о покренутој парници може бити угрожено.²⁹

Колективна заштита од дискриминације – друга важна питања

Законодавац није предвидео никаква друга посебна правила која би се односила само на заштиту групе лица од дискриминације. Како и у погледу индивидуалне заштите, и на ове парнице би се примењивала правила о посебној месној надлежности. То би, конкретно, значило да се месна надлежност може одредити, осим према месту пребивалишта, боравишта или седишта туженог (правила општег парничног поступка) и према месту пребивалишта или боравишта (ЗРП) односно пребивалишта или седишта тужиоца (ЗЗД). Она организација која покрене поступак према правилима општег ЗЗД имаће предност у односу на остале у том смислу што ће се према њеном седишту одредити месна надлежност првостепеног суда. Правилима ЗРП није предвиђена могућност да се месна надлежност одреди према седишту тужиоца. Док је намера

²⁹ Препоруком (чл. 11) је саветовано да државе узму у обзир околности масовне повреде права, слободу изражавања, право на информисаност и право на заштиту компанијских вредности туженог пре него што његова одговорност буде утврђена правноснажном судском одлуком.

законодавца да олакша, па и охрабри на вођење парнице дискриминисано лице условила постојање правила о посебној месној надлежности, дотле је питање да ли су она нужна и у погледу организације која се бави заштитом људских права и Повереника за заштиту равноправности. Чињеница је да у делокруг њихових послова спада и заштита од дискриминације и промовисање антидискриминационе борбе, те их нема потребе посебно стимулисати на то. Уз то, уколико би парнице биле покретане пред различитим судовима, ширила би се свест о дискриминацији и у мањим местима а судије би добиле прилику да решавају и ову врсту спорова.

Законодавац није предвидео никакве специфичности ни у погледу прерасподеле терета доказивања, вероватно најзначајнијег института ових парница. Дакле, ако је у поступку тужилац учинио вероватним да је извршен акт дискриминације, терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно начела једнаких права и обавеза сноси тужени.³⁰

Закључне напомене

Приликом креирања посебних парничних поступака за заштиту од дискриминације законодавац није уочио потребу да се детаљаније бави судском заштитом од дискриминације групе лица. Он је само површно, кроз правила о писаној сагласности за покретање парница која се тиче конкретног лица (ЗЗД), односно кроз пар одредаба о супарничарима и умешачима, указао и на могућност колективне заштите од дискриминације. Како не постоји други поступак који се односи на заштиту колективних права и интереса, било је важно уочити све специфичности ових парница и предвидети извесна одступања у односу на индивидуалну заштиту од дискриминације. Тако би, *de lege ferenda*, требало јасно дефинисати која су то удружења и организације која су активно процесно легитимисана за покретање овог поступка; да ли Повереник за заштиту равноправности има право да без притужбе покрене антидискриминациону парницу; да ли се пресуда односи и на она дискриминисана лица која нису учествовала у конкретној парници; ко се, коме и под којим условима може јавити као супарничар или умешач. Поједина решења из Препоруке о заједничким принципима за механизме колективне заштите у погледу остваривања захтева за пропуштање и захтева за обештећење у државама чланицама које се тичу повреде права

³⁰ Чл. 45. ЗРП и чл. 49. ЗЗД.

гарантованих прописима Уније могу законодавцу послужити као смерница приликом дефинисања будућих законских решења.

Andelija Tasić

Assistant

Faculty of Law, University of Niš

ANTIDISCRIMINATION LAW – COLLECTIVE LEGAL PROTECTION

Summary

The subject of this paper is the collective legal protection from discrimination in the light of Serbian antidiscrimination acts. The author discusses about provisions that entitle the group, the organization for human rights protection and the Commissioner for equality to protect the right to equality of the group in front of the court. The aim of this paper was 1) to determine whether the existing antidiscrimination frame is in compliance with latest EU directives, 2) to challenge some of the provisions; 3) to propose possible adequate alteration of the acts *de lege ferenda*.

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Соња Лучић
Доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ДИСКРИМИНАЦИЈА ПРОИЗВОЂАЧА ИЗ ОДРЕЂЕНЕ ГЕОГРАФСKE ОБЛАСТИ КАО ПОСЛЕДИЦА РЕГИСТРАЦИЈЕ ГЕОГРАФСKE ОЗНАКЕ КАО ЖИГ

Апстракт: У настојању да пронађу што прикладније форме за обележавање својих производа, произвођачи, између осталог, користе и географске ознаке. Регистрација географске ознаке као жиг има за последицу дискриминацију произвођача из географске области на коју ознака указује. Имајући то у виду, као и економски значај географских ознака, аутор у раду указује на законске сметње за регистрацију географске ознаке као жиг. У закључним разматрањима, аутор указује на предност колективних жигова у односу на индивидуалне жигове који за предмет имају географски назив.

Кључне речи: жиг; географска ознака; дискриминација.

І Увод

Најшире гледано, географске ознаке су све речи, знаци и симболи који се по свом садржају односе на неку државу, регион или место без обзира да ли указују на географско порекло робе која је њиме обележена. Ове ознаке се могу односити на све врсте производа, мада доминирају ознаке вина (нпр. Метохија, Bordeaux, Риоја, Mosel, Toscana), алкохолних пића (Tequila, Cognac, Armagnac), пољопривредних (ртањски чај, футошки купус) и прехрамбених производа (сремски кулен, ужичка пршута, ваљевски дуван чварци). Ознаке за занатске производе (нпр. пиротски ћилим, швајцарски или "Solingen" ножеви, стакло из Јене, порцелан из Мајснера) ипак нису мање познате. Изузетно географска ознака може бити и ознака која не представља назив одређеног локалитета, али која је дугом употребом у промету постала општепозната као назив производа који потиче са одређеног локалитета (нпр. Feta - име порекла за врсту белог сира који се по посебним методама производи у континенталној Грчкој).

Географске ознаке су важно средство обележавања. Оне су подобне да у промету служе за разликовање робе или услуга по географском пореклу. Код потрошача оне побуђују још и одређене

представе о квалитету робе. Потрошачи верују да производи означени географским ознакама имају посебан квалитет, који се редовно проверава.

Још од давнина географске ознаке су се користиле за обележавање робе. Вино са Самоса, мермер из Караре или са Пароса, статуе из Танагре били су цењени производи и гарантовали су одређени квалитет. Другачији систем обележавања у односу на обележавање према географском пореклу у ово време није био познат. Изузетна вредност ових ознака утицала је да оне одувек буду изложене разним злоупотребама. Исто важи и данас. Изузетан значај и вредност географских ознака био је основни разлог због којег се рано поставило питање права на њихово коришћење за означавање робе или услуга. Данас се у Србији географске ознаке штите на основу Закона о ознакама географског порекла из 2010. године.¹ Појмом ознаке географског порекла обухваћене су две врсте ознака: имена порекла и географске ознаке. Именом порекла штити се географски назив земље, региона или локалитета који служи да означи производ који оданде потиче, чији су квалитет и посебна својства искључиво или битно условљена географском средином, која обухвата природне и људске факторе и чија се производња, прерада и припрема у целини одвијају на одређеном ограниченом подручју. Географска ознака је ознака која идентификује одређену робу као робу пореклом са територије одређене земље, региона или локалитета са те територије, где се одређени квалитет, репутација или друге карактеристике суштински могу приписати њеном географском пореклу.

Ознаком географског порекла може се сматрати само она ознака која, као име порекла или географска ознака, испуњава законом прописане услове и која је према том закону и заштићена. Субјективно право на ознаку географског порекла припада сваком субјекту који је испунио формалне и материјалне услове. Другим речима, право на ознаку географског порекла је колективно право множине субјеката који су овлашћени да користе исту ознаку географског порекла за исту врсту робе или услуга.

У настојању да пронађу што прикладније форме за обележавање својих производа, произвођачи, дакле, користе и географске ознаке. Национални и наднационални прописи о жиговима омогућавају регистрацију великог броја знакова. Међутим, поједине категорије знакова се не могу заштитити жигом. Законодавац је слободан да одреди који су то знаци. У том смислу, према домаћем Закону о жиговима велика група знакова који се не могу регистровати као жигови јесу дескриптивни

¹ Закон о ознакама географског порекла („Сл. гласник РС“, бр. 18/2010).

значи.² Реч је о знацима који потрошачима пружају информацију о својствима производа, о његовим стварним вредностима и могућностима. Жигом се такође не може заштитити знак који, између осталог, означава географско порекло робе, односно који својим изгледом или садржајем може да створи забуну у промету у погледу порекла.

II Разлика између жигова и географских ознака

Географске ознаке и жигови су конкурентни и различити знакови. Жиг указује на порекло робе из одређеног привредног субјекта. Функцију означавања порекла садрже и колективни жигови. Ови жигови омогућавају разликовање робе или услуга чланова једног удружења од робе или услуга привредних субјеката који не припадају односном удружењу. Географске ознаке, пак, указују на географско порекло робе.

Жиг је искључиво имовинско право које овлашћује свог титулара да у привредном промету користи своју заштићену ознаку. Географске ознаке немају свог титулара, већ круг овлашћених лица. Другим речима, исту географску ознаку за исту врсту робе или услуга може да користи сваки субјект који испуњава законске формалне и материјалне услове.

Титулар жига може уговором пренети жиг, односно уступати овлашћења која чине садржину његовог права. Географска ознака не може бити предмет уговора о цесији, лиценци, залози, франшизи и слично.

Титулар жига је дужан да користи жиг. Некоришћење жига из неоправданих разлога дуже од пет година од дана уписа жига у Регистар жигова, односно од дана када је последњи пут коришћен је специфичан разлог престанка жига. Овлашћени корисник географске ознаке није дужан да је користи.

Титулар жига може робу или услуге које нуди под својим жигом у свако време да промени или да под истим жигом понуди другачије производе. Код географских ознака таква могућност не постоји.

Између географских ознака и жигова стоје колективни жигови. Они не указују на порекло робе или услуга из одређеног привредног субјекта, већ на порекло робе из одређеног облика удружења произвођача односно давалаца услуга. Географске ознаке могу бити предмет колективног жига. Међутим, овлашћени корисници географске ознаке могу исту користити чак и када нису чланови удружења корисника колективног жига.

По својој природи географска ознака је, дакле, колективни знак који припада свим лицима са тог географског подручја. Из тог разлога

² Закон о жиговима („Сл. Гласник РС“, бр. 104/2009 и 10/2013).

није подесна за коришћење као индивидуални знак. Она је подесна за разликовање робе лица која послују на дотичном подручју од робе лица која послују на неком другом подручју. Ипак, прописи о жиговима који поједине ознаке искључују из регистрације отварају низ специјалних проблема. Наиме, и поред разлика које постоје између жигова и географских ознака, у пракси нису ретки случајеви да се географска ознака појави као предмет пријављеног или регистрованог жига. Пракса регистрације географске ознаке као индивидуални жиг данас је врло рестриктивна и дозвољава се само под посебним условима. Заправо, регистрација географских ознака као жигова ускраћује се по три основа: одсуство снаге разликовања, изазивање забуне у вези са пореклом производа и потреба да ознака остане слободна у промету, пре свега у слободном коришћењу произвођача који послују на дотичној територији. Другим речима, географске ознаке се по правилу не могу регистровати као жигови. Међутим, ово правило није апсолутно. Под одређеним условима оне се могу регистровати као индивидуални или колективни жиг, како у корист лица која послују на том географском подручју, тако и у корист лица која нису ни у каквој вези са дотичним географским подручјем.

III Географска ознака као сметња за регистрацију жига

Пред судску праксу рано се поставило питање регистрације географских ознака као жигова, укључујући и специфичне проблеме који су изазвани на овај начин. За ускраћивање регистрације географских ознака као жигова, пракса се позива на неколико општих основа који су предвиђени законима, односно наднационалним прописима. На тај начин ови општи основи су ближе расветљени и конкретизовани у вези са специфичним проблемима који се јављају у контексту регистрације географских ознака као жигова.

Географске ознаке не могу да се региструју као индивидуални жигови по три основа: недистинктивност ознаке, односно одсуство снаге разликовања, потреба да ознака остане слободна у промету и изазивање заблуде у погледу географског порекла производа. При том, питање регистрације географских ознака као жигова може се посматрати у две различите ситуације. У првој ситуацији реч је о регистрацији географских ознака као жигова за производе који не потичу из дотичног географског подручја, док је у другој реч о регистрацији географских ознака за производе који баш потичу из дотичног географског подручја.

У односу на одсуство снаге разликовања као сметње за регистрацију, уобичајено не могу да се региструју позната географска

имена. Промет њих у начелу не сматра као упућивање на порекло производа из неког привредног субјекта, него у њима једино види навод о месном пореклу робе. Са друге стране, по правилу, могу се регистровати само ознаке које садрже име места, ако их промет не схвата као навод о пореклу робе, него као фантастични знак. То је најчешће случај онда када ознака места, као таква, није препознатљива у промету или када ознака места, која је по себи позната, за промет не указује ни на какву везу са производњом или продајом робе, било због особености места или робе која је обележена на тај начин.

Снага разликовања пријављеног знака се не може оспорити ако релативно мали број учесника у промету препознаје географску ознаку као такву а велика већина сматра да је у питању фантастична ознака.³ Генерално, не може се унапред и процентуално прецизирати део промета који је потребан за ускраћивање регистрације у напред наведеном смислу. Наиме, и када највећи део промета знак сматра дистинктивним, тј. подобним да укаже на порекло производа из неког извора, регистрација се може ускратити ако се установи потреба да знак остане у слободном коришћењу учесника у промету.

Регистрација географских ознака као жигова нарочито је била развијена у немачкој пракси, и као таква имала је различите развојне фазе. Најпре је важила начелна претпоставка потребе за слободном употребом на географским ознакама. За то је био довољан „могући, не ван сваке вероватноће будући развој привредних веза“. Овај став нарочито је дошао до изражаја у пресудама „Nola“ и „Samos“ немачког Савезног суда. Осамдесетих година прошлог века, почев од „Capri-Sonne“ одлуке Савезног суда, пракса регистрације географских ознака као жигова постаје далеко либералнија. Наиме, чиста могућност будућег развоја није се више сматрала довољном за одређивање потребе за слободном употребом географске ознаке. Напротив, неопходно је било да у тренутку одлучивања постоје сигурни показатељи потребе за слободном употребом на конкретном географском знаку који је пријављен за регистрацију као жиг. За ускраћивање регистрације географске ознаке као жиг неопходно је било да односно место неспорно, тј. озбиљно долази у обзир као географски податак за пријављене производе или нарочито због његове величине, односно привредног значаја би могло доћи у обзир у будућности. Пракса је на тај начин поставила строге захтеве за утврђивање потребе за слободном употребом на географским ознакама. Тачније речено, у пракси се није правила разлика између актуелне и

³ Божин Влашковић, Појам географских навода и њихова регистрација као жигова, Правни живот, 11/1996, стр. 783.

будуће потребе за слободном употребом. То је имало за последицу регистрацију као жиг имена и релативно већих и значајнијих места. Довољна је била потврда или чиста тврдња странке да у односној географској области не постоји погон за производњу пријављене робе, нити да се у најближој будућности очекује његово отварање.

Либералну праксу регистрације географских ознака као жигова немачка пракса је напустила и вратила се на своју ранију рестриктивну праксу после „Chiemsee“ пресуде Суда Европске уније.⁴ У овој пресуди јасно је истакнуто да се приликом испитивања подесности за заштиту географске ознаке као жиг морају узети у обзир не само актуелне прилике. Напротив, неопходно је расправити могућност, тј. утврдити да ли се у будућности очекује примена пријављене географске ознаке, тако да пријављена ознака може да послужи за обележавање географског порекла робе. Начелна претпоставка негирања постојања потребе за слободном употребом, карактеристична за ранију немачку праксу, која је само изузетно побијана у случају постојања сигурних садашњих показатеља, промењена је у корист не само садашњих околности. Напротив, мора се узети у обзир и могући, не ван сваке вероватноће будући привредни развој, на основу којег се вероватно може очекивати описна примена пријављеног знака.

Садашња подесност пријављеног знака, да послужи као податак о месту, образлаже, дакле, актуелну потребу за слободном употребом, чак и када описна примена још увек није уследила. У том случају се будућа потреба за слободном употребом, тачније потреба која се односи на будући развој, расправља само у изузетним случајевима, у којима се подесност за описивање може претпоставити тек у будућности. У том смислу важећи немачки Закон о жиговима у чл. 8, ст. 2 (2) прописује да се као жиг не може заштитити знак који се искључиво састоји из ознаке или податка који у промету може да послужи за обележавање врсте, особина, количине, вредности, географског порекла, времена производње или пружања услуга или за обележавање других обележја робе или услуга. Дакле, у поступку регистрације се не испитује да ли се пријављени знак већ користи као описна ознака, него да ли је за такву примену подесан. Овај закључак управо произилази из „Chiemsee“ Суда Европске уније.

Жигом се не може заштитити и знак који својим изгледом или садржајем може да створи забуну у промету и да доведе у заблуду учеснике у промету у погледу географског порекла робе, односно услуга. Жиг је подесан да изазове забуну у промету у вези са географским

⁴ Текст пресуде доступан је на адреси: <http://www.markenmagazin.de/eugh-chiemsee-2>.

пореклом робе ако су кумулативно испуњена два услова.⁵ Први услов је садржинска неисправност жига, која постоји када роба означена географском ознаком не потиче из дотичног географског подручја, при чему промет познаје географску ознаку и разуме као такву, тј. у вези са робом која је њоме означена схвата је као указивање на порекло. Други услов је да садржинска нетачност жига узрокује опасност забуне промета о географском пореклу робе.⁶ За забуну о којој је реч није неопходно да потрошачки кругови са местом на које ознака указује везују посебне појмове о квалитету и вредности тамошњих производа. Опасност забуне постоји онда када су нетачне представе, које су у промету изазване у погледу географског порекла робе, на било који начин подесне да утичу на купца да се определи баш за куповину тако означених производа.

IV Економски значај географских ознака

Географске ознаке порекла представљају значајан фактор за развој многих привредних грана. Њихов економски значај долази до изражаја пре свега на домаћем тржишту. Ипак, ове ознаке данас значајно утичу и на пораст извоза једне земље. Побољшани услови транспорта и дистрибуције допринели су да се производи са географским пореклом пробију на тржишта многих земаља. Производи са географским пореклом имају на тај начин потенцијал да подстакну привредни развој једне земље, нарочито у области пољопривредног сектора. Већина ових производа спада у категорију вина, ракија и других пића, минералних вода, пољопривредних и прехранбених производа. Ипак, географске ознаке порекла могу имати нарочити привредни значај и за природне производе (камен, мермер, стакло), занатске (ћилим, опанак), индустријске и производе домаће радиности. Осим тога што обезбеђује вишу цену на тржишту, производ са географским пореклом доприноси руралном и туристичком развоју, спречава миграцију сеоског становништва и генерално афирмише државу у целини.

⁵ Божин Влашковић, Дескриптивни знаци у праву о жиговима, Крагујевац, 1996, стр. 125.

⁶ У Немачкој је, примера ради, због опасности забуне у промету о неком својству робе ускраћена регистрација следећим ознакама: „Columbia“ за немачко брашно; „sanRemo“ за одећу, која се додуше шије у Италији, али не у италијанском месту Санremo; „English Lavender“ за сапуне произведене у Немачкој; „Holländer Ruhm“ за јаја, бутер и маст који не потичу из Холандије; „Campione“ (место у Италији на Луганском језеру) за слаткише произведене у Немачкој; Наведено према: Karl Heinz Fezer, Markenrecht, Kommentar, стр. 548.

Привредни значај географских ознака порекла традиционално нарочито је висок у европским земљама.⁷ Економски учинак ЕУ и њених држава чланица у пољопривредном сектору великим делом се ослања на приходе од производа са географским пореклом. Другим речима, производи са географским пореклом заузимају важно место у европској привреди. Традиционално ови производи посебно су заступљени у медитеранским земљама.⁸ Примера ради, Француска је доста рано почела да штити географске ознаке порекла за производе са посебним квалитетом. У земљама ЕУ географске ознаке порекла се сматрају и делом културе и традиције једног региона. Ипак, примаран је њихов привредни значај. Тако, Француска са близу 600 географских ознака порекла регистрованих у ЕУ остварује годишњи приход у висини од око 19 милијарди евра и тако обезбеђује рад за око 138.000 регионалних предузећа; преко 420 регистрованих географских ознака порекла Италији доноси око 12 милијарди евра годишње и обезбеђује истовремено 300.000 радних места код италијанских произвођача; Шпанија са својих 123 регистрованих географских ознака порекла остварује годишњи приход у износу од око 3,5 милијарди евра.⁹ Географске ознаке порекла имају посебну важност у извозу пољопривредних производа. Тако, од 5,4 милијарде евра прихода ЕУ од извоза алкохолних пића, 3,5 милијарде евра отпада на пића са географским пореклом.¹⁰

Италија је позната по производњи сирева са географским пореклом, од којих су најпознатији: Parmigiano-Reggiano, Grana Padano, Mascarpone, Gorgonzola, Mozzarella. Скоро половина од укупне количине

⁷ Истраживања унутар ЕУ су показала да из године у годину расте број потрошача који се при куповини хране одлучују за производе са географским пореклом, иако је њихова цена виша у односу на истоврсне производе коју ту ознаку немају. Примера ради, у Француској разлика у цени између сирева са и без географског порекла износи око 30%. Полазећи од трговинског значаја производа са заштићеном географском ознаком порекла, у ЕУ је основан и фонд за подршку промоцији пољопривредних производа са заштићеним географским пореклом. Средства овог фонда намењена су како чланицама, тако и земљама које нису чланице ЕУ. Након спровођења пројекта подршке осетно је порастао промет производа са заштићеним европским географским ознакама порекла, као и увоз производа са географским пореклом из земаља ван ЕУ.

⁸ Преко 80% географских ознака порекла које су регистроване у ЕУ у смислу Уредбе 510/2006 припадају Француској, Италији и Шпанији. Наведено према: W. Büscher, „Geographische Herkunftsangaben als Gegenstand des gewerblichen Eigentums oder als Steuerungsinstrument von Wirtschaft und Politik?“, GRUR Int. 2008, стр. 979.

⁹ W. Büscher, исто.

¹⁰ G. Rauffus, Der internationale Schutz geografischer Herkunftsangaben, Jena 2010, стр. 57.

сирева које Италија извози највећим делом у ЕУ, САД и Јапан отпада управо на сиреве са географским пореклом. Осим тога, пармска шунка (Prosciutto di Parma) је такође важан италијански извозни артикал. Само 2011. године приход од извоза пармске шунке износио је близу 185 милиона евра.¹¹ Најважније земље увознице пармске шунке су Француска, Немачка, Велика Британија, САД, Канада, Аустралија и Јапан. Последњих година расте извоз пармске шунке у Кину, Сингапур, Дубаи, Кореју и Тајланд. У Србији која има квалитетне регионалне производе последњих година се доста радило на подизању свести, пре свега међу произвођачима, о потенцијалу и неопходности правне заштите географских ознака порекла. У том смислу, у Србији је до сада регистровано укупно 67 ознака географског порекла, од чега 52 домаће и 15 међународних.¹² Многи од тих производа, чију контролу квалитета и процеса производње редовно врше надлежне акредитоване установе, освајају престижне награде на домаћим и међународним сајмовима који се одржавају у Србији. Пример за то је „Хомољски мед“, који уједно представља први производ из Србије који је међународно заштићен на основу Лисабонског аранжмана, што ће свакако допринети значајном повећању производње меда пореклом из Хомоља.¹³ Такође, пиротски качкавал се у прошлом веку налазио на јеловнику Беле куће, а продаван је и у Дамаску, Багдаду, као и европским земљама.

V Дискриминација произвођача из одређене географске области као последица регистрације географске ознаке као жиг

Досадашња пракса Завода за интелектуалну својину у погледу регистрације географских ознака као жигова, пре свега када је у питању питка вода, је прилично либерална. Таква пракса може да има несагледиве штетне последице за привреду наше земље. Примера ради, према

¹¹ Податак преузет са сајта: <http://www.prosciuttodiparma.com>.

¹² Стање на дан 15.05.2015. године. Податак преузет са сајта Завода за интелектуалну својину (www.zis.gov.rs). Регистрација домаћих географских ознака порекла онемогућава страна правна лица да исте региструју као међународне жигове.

¹³ У ЕУ је заштићено 18 имена порекла и 6 географских ознака везаних за мед. Процедура за заштиту, за разлику од домаће, подразумева шестомесечно јавно објављивање елабората. За разлику од већине пољопривредно – прехрамбених производа, мед је дефицитан производ у ЕУ, тако да се 54,2% меда увози. Мед се највише увози из Аргентине и Мексика и мора да задовољи критеријуме по питању општих захтева квалитета. Србија се налази на списку земаља којима је дозвољен извоз меда у ЕУ и прошле године је извозом остварена зарада већа од 7 милијарди долара.

проценама ОУН-а Србија је међу првих десет земаља у свету са капацитетима и квалитетом пијаће воде, односно изворима термалне и минералне воде. Пијаћа вода спада, пак, у стратешке сировине, производ за који не можемо рећи да је комерцијални, већ јавно добро, односно наслеђе које треба чувати и заштитити. За разлику од нафте, за коју је познато неколико алтернативних решења, вода нема алтернативу. И док је држава дозволила приватизацију предузећа, која „производе“ воду коју купујемо у трговинама, Завод за интелектуалну својину у корист истих предузећа дозвољава регистрацију географских ознака као (индивидуалних) жигова. На пример, „Fruškogorska voda Jazak“ је у власништву компаније НИС, „Vlasinska Rosa“ у власништву компаније „Coca Cola“, „Vlasina“ у власништву компаније „SLIV d.o.o“, „Zlatibor voda“ у власништву компаније „Simex GROUP“, „Odmenjska voda“ (добила је назив по селу Одмење у коме се налази извор воде) у власништву компаније „Ekofarm“ из Ушћа. Према истраживањима која спроводе институти за јавно здравље, квалитет вода које служе за јавно водоснабдевање није задовољавајући, нарочито у Војводини. Са друге стране, потрошња флаширане воде у Србији двоструко је мања него у европским земљама. Примера ради, у Немачкој се у просеку годишње попије 157 литара воде по становнику, а у Италији чак 196 литара.

Трговина водом убраја се данас у један од најбрже растућих сектора глобалне привреде. Отуда постоје огромни притисци да се вода и изворишта приватизују. И док су у развијеним земљама ти притисци резултат унутрашње политике и лобирање моћних компанија, притисак на неразвијене земље долази споља. Према истраживањима домаћих стручњака, у Србији постоји више од три стотине доказаних извора пијаће воде, од чега је мање од 20% у експлоатацији (углавном у поседу приватних компанија). Познато је да процес обнављања водених резерви траје стотинама година, али количина њене експлоатације, могућност прекомерног исцрпљивања регулисана је законима, елаборатима о резервама, технологијом прераде воде, и свакако потребама тржишта. Куповином фабрике за пуњење воде, власник добија право експлоатације извора на тој локацији. Проблем настаје када власник поред регистроване количине воде коју може да флашира, изворску воду почне да користи и у производњи неког (газираног) пића. Осим тога, не треба искључити могућност да власник приватне компаније за прераду и флаширање воде својим немаром оштети или у најгорем случају затвори извориште које је изванредног квалитета. Примера ради, комплекс „Скадарлија“ који је укључивао тржни центар, три пивнице („Велика Скадарлија“, „Александар“ и „Бајлони“), магацине и пунионицу минералне воде, односно три бунара, са високо квалитетним водама за флаширање, продат

је 2006. године године привредном друштву „Star Immobiliare“. Први бунар од 60 метара дубине је 1934. године направио Ђорђе Бајлони. Други од 100 метара саграђен је 1972. године и трећи од 320 метара подигнут је 1996. године. После продаје „Скадарлије“, сва три извора су затворена. Осим што су домаћи потрошачи ускраћени за „БИП“ пиво, некадашњег балканског лидера у пиварској индустрији, на српском тржишту одавно више нису присутни скадарлијска минерална вода (ову воду је својевремено немачки Институт „Fresenius“ оценио као пету воду по квалитету у свету), квас, сокови, сирће, пивски квасац.

Као пример последица регистравања географске ознаке као индивидуални жиг за флаширану воду навели бисмо и воду „Јазак“ коју флашира и продаје компанија „НИС-Нафтагас“. Наиме, пре десет година НИС је у Јаску (село у Срему код Ирига), испод Фрушке горе, пронашао најквалитетнију воду за пиће из бушотине дубоке 128 метара. Прве две бушотине остале су слободне на приватној њиви, пошто НИС-Нафтагас није успео да постигне договор о цени земљишта. Због тога је НИС избушио нову бушотину ближе манастиру Јазак, одакле воду допрема пумпама до модерне фабрике за флаширање воде која се налази на другом крају села. Првенствено због недостатка инвестиција, али и чињенице да је географски појам „Јазак“ регистрован као жиг за флаширану воду у корис компаније „НИС-Нафтагас“, власница њиве исту воду продаје у ринфузи. Ово не би био случај да је Завод за интелектуалну својину одбио да региструје географски појам „Јазак“ као индивидуални жиг, тј. дозволио његову регистрацију као колективни жиг или ознака географског порекла.

Либерарна пракса регистрације географских ознака као жигова има за последицу и дискриминацију произвођача из области на коју ознака указује. Наиме, право на ознаку географског порекла је право колективитета. Њени корисници (субјекти права) нису унапред и тачно одређени. То може бити само једно или више физичких или правних лица, чија се права, за разлику од оних која имају субјекти других права индустријске својине, свде само на одређена имовинскоправна овлашћења. Са друге стране, жиг је искључиво имовинско право које има само једног власника, и који уговором може пренети своје право, односно уступати овлашћења која чине садржину његовог права.

Као својеврсни пример дискриминације о којој је реч може се као пример навести регистрација жига „Златиборац“ за сухомеснате производе. Регистрацијом овог знака као жиг у корист само једног привредног субјекта, спречени су други произвођачи из региона на који знак указује да исти користе за обележавање својих производа. Осим тога, жиг „Златиборац“ потрошаче упућује на закључак да сухомеснати

производи који су њиме обележени потичу из златиборског краја, што у стварности не мора бити случај. Наиме, власник жига „Златиборац“ за производњу сухомеснатих производа може користити месо пореклом не само из других делова Србије, него и из иностранства. То не би био случај да је ова ознака регистрована као колективно право, било да је у питању ознака географског порекла или колективни жиг. Такође, масовна производња сухомеснатих производа под жигом „Златиборац“ потиснула је продају сухомеснатих производа под знаком „Свињска ужичка пршута“, односно „Говеђа ужичка пршута“. Оба знака су регистрована у Заводу за интелектулану својину као ознаке географског порекла, и као такве гарантују квалитет и географско порекло сухомеснатих производа, почев од сировина па до финалне производње, што подлеже контроли надлежних контролних установа. Међутим, одлична маркетиншка стратегија утицала је да се на рафовима супермаркета широм Србије и других суседних земаља нађу производи под жигом „Златиборац“, који је власништво само једног привредног субјекта. Са друге стране, сухомеснати производи под ознакама „Свињска ужичка пршута“ и „Говеђа ужичка пршута“ не могу се наћи у српским маркетинзима, иако је реч о производима чија производња у целини мора да се одвија у златиборском крају, укључујући и месо животиња које се користе за производњу сухомеснатих производа, а које тако морају да се гаје у овом крају.

VI Закључак

Регистрација географске ознаке као има за последицу дискриминацију произвођача из области на коју ознака указује. Са друге стране, упркос до сада малог степена коришћења колективних жигова којима су заштићене географске ознаке, сматра се да ће колективни жигови бити од велике важности за мање развијене земље и земље у развоју. Једна од специфичности овог права је да колективни жиг не може бити предмет преноса права, уговора о лиценци или залогу. На тај начин, све користи настале ефикасним коришћењем колективног жига остају у подручју где је основано удружење које је носилац права, односно где његови чланови раде. Друга специфичност овог права која се односи на поступак регистрације, а чији значај долази до изражаја у функционисању овог права јесте постојање општег акта о колективном жигу.

Општим актом се често прописује да сировине које се користе у производњи неког производа, финални производ или производња морају да буду са одређеног географског подручја, које утиче на квалитет производа. Ово је битан аргумент у прилог заштити географских ознака

колективним жигом, посебно у ситуацији када због неиспуњености законских услова није могуће регистровати ознаку географског порекла. Осим тога, поступак регистрације колективних жигова је једноставнији и економичнији. Колективни жигови који за предмет имају географске ознаке могу, дакле, битно утицати на развој географског подручја и земље у целини.

Sonja Lučić, Ph.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac

DISCRIMINATION OF PRODUCERS FROM A SPECIFIC GEOGRAPHICAL INDICATION REGISTERED AS A TRADEMARK

Summary

Since long time ago, special relation to specific geographical area and high quality demands, especially in both the quality and class of goods have qualified geographical indications as an important intellectual property law. Geographical indications are more than intellectual property law. They express cultural identity of a country or region. Geographical indications are becoming inevitable way of marking products for those consumers who are interested in high quality and valuable products arriving from a certain region and who more and more value traditional production process with the aim of high quality lifestyle. Geographical indications are existential base for those producers with traditional production more expensive than mass one. In the global world which is characterized by omnipresent supermarkets, geographical indications are necessary for distinguishing and subsistence of traditional products of high quality. These aims could not be fulfilled by trademarks in the long term.

Registration of geographical indications as trademarks is restrictive to the Court of the European Union. This has also been accepted by courts in Germany. Starting from economical importance and specific nature of geographical indications, it is both useful and necessary for The Intellectual Property Office of The Republic of Serbia and competent courts to obey this practice. Anyway, strict, restrictive practice of registering geographical indications as trademarks prevents possible conflicts between trademarks and geographical indications in the future.

Др Страхиња Д. Миљковић

Доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици

О НЕКИМ ВРСТАМА ОДГОВОРНОСТИ ДАВАОЦА ФРАНШИЗЕ ИЗ УГОВОРА О ФРАНШИЗИНГУ

Апстракт: Приступањем франшизинг *network*-у потенцијални прималац франшизе најчешће као економски инфериорнија уговорна страна није у могућности да одређује садржину будућег уговора. Давалац франшизе као економски супериорнија уговорна страна одређује садржину будућег уговора нарушавајући фудаментална начела уговорног права, и то начело **аутономије воље и начело равноправности**. Уговорним предвиђањем клаузула егзонерације давалац франшизе се ослобађа од низа уговорних одговорности, дерогирајући их на примаоца франшизе. Аутор је у раду посебну пажњу посветио одређеним врстама одговорности даваоца франшизе које не може уговорно ограничити или искључити. Такође аутор акценат ставља и на одговорност даваоца франшизе према тећим лицима, с посебним освртом на одговорност у *сottom law* правном систему.

Кључне речи: уговор о франшизингу, давалац франшизе, прималац франшизе, одговорност, *сottom law*.

І Појам франшизинга

Франшизинг¹ као метод уговорне кооперације омогућава даваоцу франшизе² да кроз минимална инвестициона улагања уђе на циљано тржиште и на тај начин прошири своје пословање. Користећи се франшизингом као инвестиционим методом ширења пословања на

¹ Појам „*franchise*“ – франшиза први пут је употребљена у средњовековној Француској. У то време франшиза је била назив за уговор закључен између краља и градског савета, на основу кога се градском савету гарантује право управљања у оквиру својих активности, као и у односу између града и државе, а такав франшизни град познат је под именом „*Ville Franche*“ – Mendelsohn, M., *Franchising in Europe*, I Titele, London 1992, стр. 107.

² Аутор заступа став да је „франшиза – *franchise*“ (представља скуп елемената: права, услуга и метода пословања) предмет уговора о франшизингу, а да лице које на основу уговора о франшизингу уступа предмет треба називати „давалац франшизе“.

циљаном тржишту давалац користи ресурсе примаоца франшизе,³ и то у првом реду: а) финансијске; б) персоналне и в) ресурсе познавање тржишних правила (правних норматива) циљаног тржишта. Искоришћавајући ресурсе потенцијалног примаоца франшизе давалац франшизе остварује минимизирање инвестиционих трошкова уз истовремене минималне инвестиционе ризике.

Значај који франшизинг као инвестициони метод за потенцијалног примаоца франшизе има огледа се у томе да у тренутку закључења уговора приступа развијеној франшизинг мрежи (*franchising network*).⁴ Пословање у оквиру франшизинг мреже примаоцу франшизе пружа могућност да послује под познатим брендом, уз могућност остваривања профита и избегавања одређених инвестиционих ризика.⁵ Прималац франшизе наступа, тј. иступа на тржишту под брендом мреже користећи *image* и *goodwill* које је давалац франшизе развио током пословања, а који представљају синониме квалитета производа или услуга. Иако се користи бенефитима пословања у оквиру франшизинг мреже, диспозитив му је знатно ограничен у односу на самостално пословање, тј. мора се повиновати методологији пословања даваоца франшизе. И поред тога што је *de facto* подређен даваоцу франшизе, прималац франшизе ужива правну самосталност.⁶

Разлози који се сигурно могу индетификовати, а који утичу на експанзију франшизинг пословања јесу: а) потреба за растом успешних

³ Аутор се опредељује за термин „прималац франшизе“, а не за термин „корисник франшизе“ из разлога што се као „корисник“ јавља крајњи корисник услуга и потрошач производа чија су права једносмерна. За разлику од „корисника“ „прималац франшизе“ је лице које се налази у правном односу према даваоцу франшизе, с једне стране, тако да се налази и у правном односу према кориснику услуга – крајњем потрошачу, с друге стране. Прималац франшизе има одређена права и обавезе у односу на даваоца франшизе, а такође има и одређена права и обавезе према кориснику услуга.

⁴ Франшизни систем чине давалац франшизе и сви примаоци његове франшизе. На даваоцу франшизе је да осигура рад и раст система те препознатљивост и квалитету марке. Захваљујући заједничкој марци, франшизни систем гради идентитет и репутацију у очима својих купаца. Главни чувар репутације, препознатљивости и вредности је давалац франшизе. Франшизни системи су изграђени на односу који давалац франшизе заснива са примаоцима франшизе. – www.pks.rs/fransizing

⁵ Инвестициони ризици нису искључени они и даље постоје али умногоме су мањи него да прималац франшизе започиње самостално са развојем свог пословања, омогућавајући му релаксираније тржишно позиционирање.

⁶ Прималац франшизе – *franchisee* у односима са трећим лицима наступа самостално и одговара као независан правни субјект.

пословних операција и б) способност постизања таквог раста повезивањем са другима који поседују капитал и радну снагу за тако нешто.⁷

II Одговорност даваоца франшизе за уступљена лиценцна права

Из обавезе даваоца франшизе да примаоцу франшизе уступи лиценцна права интелектуалне својине и *know-how*-а⁸ произлази одговорност за њих. Права интелектуалне својине која давалац франшизе уступа примаоцу франшизе омогућавају му остваривање искључивог права да под давачевим именом и коришћењем уступљеног му *know-how*-а на уговором одређеном подручју продаје робу или пружа услуге.

Лиценцирана права која се уступају уговором о франшизингу представљају есенцију самосталног пословања примаоца франшизе у својој франшизинг јединици на уговором предвиђеном подручју (територији).

Према општим правилима уговорног права, која се аналогно примењују на уговор о франшизингу, давалац франшизе одговара за правне и физичке недостатке предмета уговора. Иако давалац франшизе одговара према општим правилима уговорног права, с обзиром на природу предмета, у наведеном случају немогуће је говорити о одговорности за физичке мане предмета уговора. Предмет уговора о франшизингу пре свега су, а понекад и једино, права интелектуалне својине и *know-how*, па с обзиром на њихову правну природу, давалац франшизе може једино одговорати за правне недостатке уступљених лиценцираних права.

Приликом закључења уговора давалац франшизе обавезује се да прималац франшизе има искључиво право да на уговором предвиђеном подручју продаје робу или врши услуге. Будући да преузима ове обавезе, давалац франшизе је одговоран ако та или слична права уступа и другом лицу на истој територији или он то сам ради. Непоштовање уговорних

⁷ Mendelsohn, M., *Franchising law*, Second edition, Richmond 2004, стр. 1.

⁸ *Know-how* је „...пакет непатентираних практичних информација, насталих из искуства, тестираних од стране добављача, које су тајне, значајне и идентификоване: у овом контексту, тајан (*secret*) значи да *know-how* није општепознат и лако доступан; значајан (*substantial*) значи да је *know-how* значајан и користан купцу за употребу, продају или препродају уговорене робе или услуга; идентификован (*identified*) значи да је *know-how* описан на довољно разумљив начин тако да је могуће проверити да ли се испуњавају критеријуми тајности и важности“ – Art. 1. 1. (g). Commission Regulation (EU) No. 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ No. L102/1, 23. 4. 2010. p. 1–7.

одредаба које се односе на искључиво право, даје примаоцу франшизе право на раскид уговора и накнаду штете.⁹

Давалац франшизе уговором уступа право на жиг примаоцу франшизе. Прималац франшизе под жигом даваоца франшизе послује на тржишту који је као такав препознатљив за одређену робу или вршење одређених услуга. Давалац франшизе одговара примаоцу франшизе за правне недостатке у вези са жигом, који се односе на непостојање правне легитимације жига или у случају опозива (брисања) жига. Ако прималац франшизе утврди да жиг није уступљен на правно дозвољен начин тј. да давалац франшизе нема потребну правну легитимацију за пренос који је у складу са националним законом примаоца франшизе, он може једнострано да раскине уговор. Такође, ако у новонасталим околностима, будући да је регистрација жига временски ограничена, а давалац франшизе не поднесе захтев за продужење регистрације жига, већ дође до брисања регистрације жига, прималац франшизе има право једностраног раскида уговора. У случају када давалац франшизе нема правну легитимацију за пренос жига и у случају опозива регистрације жига, прималац франшизе, поред права на раскид уговора, има и право на накнаду штете.

Поред права интелектуалне својине која лиценцира примаоцу франшизе, давалац франшизе уговором или упутством за рад – *manual operation* на примаоца франшизе преноси *know-how*. *Know-how* као скуп стечених права и знања које је давалац франшизе самостално развио током свог пословања значајна су за успешно пословање примаоца франшизе. Ипак, за разлику од права интелектуалне својине која своју потпору – правну заштиту имају у виду законских аката, не постоји законска заштита *know-how*-а. Он има карактеристике тајности само ако је недоступан широј јавности, иако је познат примаоцу франшизе и његовим запосленицима.¹⁰ Услед непостојања законске регулативе, одговорност даваоца франшизе за правне мане *know-how*-а доста је нижи од степена одговорности за уступљена права интелектуалне својине. Давалац франшизе, у начелу, може одговорати за исправност и употребљивост пренетог *know-how*-а тј. може да одговара само за могућност привредне експлоатације. Што је већи степен апстрактности приликом утврђивања мана *know-how*-а, то је и већи степен

⁹ Прималац франшизе у складу са општим правилима уговорног, може да захтева надокнаду штете.

¹⁰ Давалац франшизе са примаоцем франшизе закључује уговор о тајности, док прималац франшизе са сваким запослеником појединачно, такође, може да закључи уговор о тајности или у уговору о раду предвиђајући обавезу чувања података.

пропорционалног избегавања одговорности даваоца франшизе за његове правне мане.¹¹ У правној теорији и судској пракси преовладава јединствен став да давалац франшизе не одговара за рентабилност коришћења пренетог *know-how*-а, већ само за његову нормалну употребу.¹² Иако уговором давалац франшизе не може искључити или ограничити одговорност за пренети *know-how*, апстрактност утврђивања његових мана представља основ ограничења одговорности, а у неким случајевима и искључења одговорности даваоца франшизе.

III Одговорност даваоца франшизе за пословни успех примаоца франшизе

Поред познатих и уобичајених уговорних одговорности даваоца франшизе, једна од оних специфичних је и одговорност за пословни успех – рентабилност пословања примаоца франшизе.

Давалац франшизе употребом маркетиншких метода рекламира и презентује свој франшизинг систем пословања чинећи га пријемчивим потенцијалним клијентима – потенцијалном примаоцу франшизе. Један од саставних делова маркетинга који давалац франшизе користи приликом презентације франшизинг мреже јесте и пословни успех, профит који би прималац франшизе остварио приступањем мрежи. Профит који би потенцијални прималац франшизе остварио током свог самосталног пословања, тј. водећи самостално франшизинг јединицу, представља један иницијалних фактора приступања франшизинг мрежи.

Питање да ли давалац франшизе одговара за пословни успех и рентабилност пословања примаоца франшизе, тј. да ли је давалац франшизе у обавези да примаоцу франшизе пружи гаранције за пословни успех једно је од питања на које пословна, а самим тим и законодавна пракса није дала потпуне одговоре. Посебан значај овом питању придаје се у правном систему САД где се франшизинг посматра као „веома брз и ефикасан метод постизања успеха“.¹³ Иако се очекује да давалац франшизе одговара по принципима објективне одговорности, одговара по принципима субјективне одговорности (одговорност за кривицу). Управо субјективна одговорност даваоца франшизе неминовно утиче на то да се она и у овом случају креће у границама уговорне одговорности. Давалац франшизе одговара за пословни неуспех и нерентабилност примаоца франшизе само ако није извршио све уговором предвиђене обавезе и

¹¹ Спасић, И., *Франшизинг посао*, Београд, 1996, стр. 97.

¹² *Ibid*, стр. 97.

¹³ Глушица, З., *Франшизинг*, Нови Сад, 1991, стр. 21.

предузео све мере предвиђене уговором или правилима струке.¹⁴ Неиспуњавањем уговором предвиђених обавеза од стране даваоца франшизе прималац франшизе има право на једнострани раскид уговора. Питање да ли је право на раскид које има прималац франшизе примењиво у пословној пракси нешто је сасвим друго.

Да се прималац франшизе не би доводио пред избор да ли да раскине уговор или да то не учини, већ да настави са пословањем под датим околностима, иако није задовољан оствареним пословним резултатима које му је давалац франшизе презентовао. Правилима FTC-а¹⁵ и Јединственим циркуларом за понуду франшизе – Смерницама UFOC-а¹⁶ предвиђена је заштита примаоца франшизе. Према Правилима FTC-а и UFOC-а даваоцу франшизе забрањује се да нуди и продаје франшизинг ако не постоји „разумна вероватноћа да ће се таквим послом остварити одређен профит“. Значај наведених стандарда у пословној пракси од изузетне је важности јер се њима пружа заштита примаоцу франшизе од потенцијално несавесног даваоца франшизе, онемогућавајући потенцијалну злоупотребу, тј. довођење примаоца франшизе у заблуду. Ипак, иако се наведени принципи масовно користе у пословној пракси, у сваком конкретном случају утврђује се колики се профит може очекивати у датим околностима пословања. Давалац франшизе приликом презентације пословања треба да узме у обзир све тржишне параметре циљаног тржишта и на основу њих да одреди висину могућег профита који би потенцијални прималац франшизе могао да оствари. Иако постоји више прималаца франшизе у оквиру једне франшизинг мреже неће сви једнако или приближно остваривати исти профит мада давалац франшизе има исте обавезе према њима. Висина могућег профита зависи од низа тржишних параметара одређеног

¹⁴ Спасић И., *нав. дело*, стр. 99.

¹⁵ Federal Trade Commission Act of 1914 (15 U.S.C §§ 41-58, as amended) (FTC Act) – Section 5 of the Federal Trade Commission Act (FTC Act) (15 USC 45) prohibits „unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce.“, доступно на: <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/supmanual/cch/ftca.pdf>. (датум приступа: април 2015) и 16 CFR Parts 436 and 437 Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunities. Billing Code 6750-01-P, доступно на: <http://www.ftc.gov>. (датум приступа: мај 2015).

¹⁶ Uniform Franchise Offering Circular – UFOC-а Guidelines развила је *North American Securities Administrators Association (NASAA)* – Северноамеричка асоцијација за администрацију хартијама од вредности и *Midwest Securities Commissioners Association (MSCA)* – Асоцијација повереника за хартије од вредности Средњег запада. *UFOC Guidelines* усвојене су од стране MSCA 1974, последњи пут ревидиране 1993. године од стране NASAA.

подручја на којем се спроводи франшизинг пословање. Значајан је критеријум „разумне вероватноће“ који прималац франшизе мора узети у обзир приликом доношења коначне одлуке да ли ће приступити франшизинг мрежи.

Одговорност даваоца франшизе за пословни успех – рентабилност пословања постоји само у оквирима субјективне одговорности. Разлог зашто давалац франшизе одговара у оквирима субјективне одговорности пре свега треба тражити у информацијама које давалац франшизе уступа потенцијалном примаоцу франшизе пре закључења уговора. Предговорне информације, тј. информације о прогнози продаје које давалац франшизе даје потенцијалном примаоцу франшизе пре свега имају циљ да се заинтересовано лице прикључи франшизинг мрежи. Информације о прогнози продаје понекад могу да буду превише оптимистичне у погледу остваривања потенцијалних економских резултата. Информације о очекиваној профитабилности франшизинг пословања представљају такође један у низу одлучујућих фактора убеђивања потенцијалног примаоца франшизе да закључи уговор о франшизингу.¹⁷ Основ за раскид уговора о франшизингу тј. подношења тужбеног захтева за једнострано раскид уговора чине знатна одступања од прогнозе продаје коју је проценио давалац франшизе у достављеним предговорним информацијама у документу објаве и стварног профита којег прималац франшизе остварује након започињања самосталног франшизног пословања. Предговорне информације о прогнози продаје које давалац франшизе уступа потенцијалном примаоцу франшизе морају да буду базиране на озбиљним критеријумима.¹⁸ Прималац франшизе има право на једнострано раскид уговора стога што давалац франшизе студију тржишта није базирао на принципима озбиљних критеријума јер није узео у обзир стварне околности под којима прималац франшизе послује или треба да послује. Ипак, прималац франшизе не може увек и у сваком случају једнострано раскинути уговор ако одступања од процењеног могућег профита на основу информација даваоца франшизе

¹⁷ CA Orleans 26. oktobar 2006, 392, доступно на: <http://www.legifrance.gouv.fr> (датум приступа: април 2015) : „qu'en effet, le franchiseur doit etre d'autant plus attentif a la pertinence des informations prospectives que leur delivrance apparait comme une incitation a contracter et que le caractere realisable du chiffres d'affaires previsionnel est un element substantiel pour le candidat franchise.“

¹⁸ Прималац франшизе није реализовао онолики профит колики је давалац франшизе обећао. Суд је закључио да студија тржишта коју је извршио давалац франшизе, а која је представљала кључни фактор за убеђивање примаоца франшизе да склопи уговор, није била базирана на озбиљним критеријумима и да је стога довела до обмане примаоца франшизе – Cass. com. 4. decembar 1990, JCP 1991.

и реалног стања, онога што он остварује, нису иста или приближно иста. Правна теорија и судска пракса заузимају став да прималац франшизе може једнострано раскинути уговор једино ако је разлика од 30 одсто већа између процента продаје којег је давалац франшизе на основу студије прогнозе продаје утврдио и оствареног профита пословања примаоца франшизе.¹⁹ Предвиђање наведеног критеријума одступања које је веће од 30 одсто од процењеног и оствареног профита штити даваоца франшизе од несавесних примаоца франшизе. Давалац франшизе неће одговарати ако је разлика мања од 30 одсто тј. ако су одступања процењеног и реално оствареног профита мања од наведеног постотка. Ипак, давалац франшизе не може, нема обавезу да гарантује реализацију профита примаоцу франшизе, већ да му на исправан начин припреми и достави информације о могућем профиту који се базира на озбиљним критеријумима.²⁰

Поред могућности да давалац франшизе одговара у оквирима уговорне одговорности по принципима субјективне одговорности, важно је да се управо приликом закључења уговора уноси клаузула којом се искључује одговорност за пословни успех примаоца франшизе. Клаузула о искључењу одговорности која се уноси у уговор најчешће је следеће садржине: „...неке пословне јединице примаоца франшизе оствариле су X приходе. Давалац франшизе не преузима одговорност да ће прималац франшизе остварити приходе исте или веће вредности“.²¹ Уговарањем

¹⁹ Видети одлуке Cass. com. 24. Februar 1998, D. 1998, somm., p. 337, obs. D. Ferrier: „Il ne saurait être reproché à une cour d'appel de rejeter la demande d'un franchiseur... des lors qu'elle retient que le franchiseur... a fourni au futur franchise une étude contenant non seulement des inexactitudes mais encore des résultats prévisionnels fantaisistes supérieurs de près de 40% à ceux qui pouvaient être effectivement réalisés...“; CA Paris 3. februar 1994, D. 1995, somm., p. 76, obs. D. Ferrier: „Commet une faute le franchiseur qui a prévu dans son étude de marché un chiffre d'affaires annuel sur la base duquel ont été faits les investissements et les embauches mais qui s'est révélé en fait inférieur de 30% ...“; CA Versailles 29. jun 1995, D. 1997, somm., p. 55, obs. D. Ferrier: „...les chiffres énoncés se sont révélés trop largement différents de la réalité... l'évaluation des résultats susceptibles d'être obtenus étant anormalement optimiste puisqu'elle dépasse du double les résultats effectivement réalisés.“ CA Paris 14. novembar 1997, D. 1998, somm., p. 337, obs. D. Ferrier: „Le contrat doit donc être annulé pour erreur sur une condition substantielle, des lors que le chiffre d'affaires réalisé a été inférieur de 53% à celui prévu par le franchiseur qui, au lieu de faire procéder à une véritable étude de marché prenant en compte les particularités locales de l'implantation, s'est contenté d'appliquer ses ratios habituels ce qui a abouti à la présentation d'un chiffre d'affaires prévisionnel grossièrement erroné.“

²⁰ Leloup, M. J., *La franchise, droit et pratique*, 4 ed, Delmas, Paris, 2004, стр. 188: „la non-réalisation des prévisions du franchiseur ne suffit pas à justifier l'annulation du contrat, le franchiseur n'étant nullement tenu d'une obligation de résultat.“

²¹ Препорука уговорне клаузуле према FTC Rules.

наведене клаузуле о неодговорности даваоца франшизе, код примаоца франшизе може створити субјективни осећај да је током пословања препуштен сам себи. Наведеном клаузулом давалац франшизе у целости се ослобађа уговорне одговорности за рентабилност пословања примаоца франшизе.

IV Одговорност даваоца франшизе за физичке и правне мане робе

Давалац франшизе као лице које уступа франшизинг пословање потенцијалном примаоцу франшизе у обавези је да приликом закључења одређених појавних облика франшизинга примаоцу франшизе испоручује робу/производ током трајања уговорног односа. Давалац франшизе у обавези је да примаоцу франшизе испоручује робу континуално током целог трајања уговорног односа. Из обавезе испоруке робе произлази и одговорност даваоца франшизе за испоручену робу, одговара за правне и физичке мане испоручене – продате робе.

Без обзира на то да ли се давалац франшизе јавља у улози произвођача или дистрибутера робе, он је не сме ставити на тржиште ако је она оптерећена одређеним стварним правом или ако има одређене физичке мане.²²

Правни институт одговорности за евикцију²³ који постоји у класичном систему *ius civile* и који се примењује на све уговорне односе примењује се без изузетка и на уговор о франшизингу. Без обзира на све специфичности које одликују уговор о франшизингу, институт евикције у потпуности је примењив и примењује се на одговорност даваоца франшизе. Општа правила грађанског и облигационог права у погледу одговорности даваоца франшизе за евикцију примењују се у свом пуном обиму и без икаквих изузетака.

Поред одговорности даваоца франшизе за евикцију и његова одговорност за физичке мане ствари тј. робе значајна је за примаоца франшизе. Облигационаправна правила о одговорности за физичке мане ствари примењују се у пуном обиму на даваоца франшизе без посебних

²² „Код уговора са накнадом сваки уговорач одговара за материјалне недостатке свог испуњења.“ – члан 121. став 1, Закон о облигационим односима „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99 и „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

²³ „...уговорач одговара и за правне недостатке испуњења и дужан је да штити другу страну од права и захтева трећих лица којима би њено право било искључено или сужено.“ – члан 121. ств 2, ЗОО.

изузетака. Давалац франшизе одговоран је примаоцу франшизе за несаобразност ствари у погледу врсте, количине и квалитета.

Иако правила о одговорности даваоца франшизе за евикцију и физичке мане ствари не познају изузетке од примене ових правила и на остале класичне и савремене аутономне уговоре трговинског права, поставља се питање шта се дешава у случају да треће лице захтева одговорност од примаоца франшизе. Одговор треба најпре тражити у томе што постоји привид јединства пословања, тј. ствара се визуелни утисак да је реч о једном привредном субјекту који послује путем филијале. Трећа лица која се појављују у улози крајњих потрошача или корисника често не знају да је реч о лицима која самостално послују, већ сматрају, а на основу њиховог првог визуелног утиска да је реч о једном привредном ентитету.

Произвођач или дистрибутер одговараће ако понуде или се сложе о пласирању или снабдевању опасним производом, или изложе или поседују такав производ за пласирање на тржиште или снабдевање.²⁴ У пословној пракси давалац франшизе веома ретко се појављује у улози произвођача а чешће у улози дистрибутера производа. Правила која се односе на одговорност дистрибутера примењују се и на даваоца франшизе јер се налази у ланцу снабдевања (дистрибутер производа). Дистрибутер је одговоран ако на тржиште пласира, тј. ако врши снабдевање опасним производима.²⁵ Дистрибутер је у обавези да учествује у надгледању сигурности производа, истовремено укључујући и прослеђивање информација о производним ризицима и сарадњи ради избегавања ризика.²⁶ Дистрибутер се може ослободити одговорности само ако докаже да је предузео све неопходне радње уз дужну пажњу како би спречио настанак штете. Када треће лице – потрошач покрене

²⁴ Reg. 13. „No producer or distributor shall

(a) offer or agree to place on the market any dangerous product or expose or possess any such product for placing on the market; or

(b) offer or agree to supply any dangerous product or expose or possess any such product for supply,

and any person who contravenes the requirements of this regulation shall be guilty of an offence.“ – The General Product Safety Regulations 1994 No. 2328.

²⁵ reg. 9(a) „...a distributor shall not supply products to any person which he knows, or should have presumed, on the basis of the information in his possession and as a professional, are dangerous products...” – The General Product Safety Regulations 1994 No. 2328.

²⁶ Reg. 9(b) „...within the limits of his activities, a distributor shall participate in monitoring the safety of products placed on the market, in particular by passing on information on the product risks and cooperating in the action taken to avoid those risks.“ – The General Product Safety Regulations 1994 No. 2328.

поступак против примаоца франшизе, он се може ослободити одговорности ако докаже да је предузео све разумне кораке тј. да је прекршај настао због дела или нечињења даваоца франшизе, или због ослањања на информације примљене од давоца франшизе.²⁷

Поред тога што давалац франшизе може да одговара као дистрибутер он такође може да одговара и као произвођач робе. Произвођач робе одговара за личне повреде и штете начињене имовини узроковане дефектним производима. Произвођач дефектног производа одговара, тј. сматра се одговорним без доказа о немару.²⁸ Према одредбама наведеног законског акта, поред произвођача, одговорним се сматра и свако ко се издаје за произвођача тиме што ставља своје име или марку на производ; свако ко увози производ у Европску унију, као и снабдевач производом ако он није у могућности да идентификује произвођача или увозника, или његовог сопственог добављача.²⁹ Могуће је да се давалац франшизе не појављује улози произвођача, али га може ангажовати да му произведе одређени производ који ће он затим обележити својим именом или ставити своју робну марку. Стога иако се не јавља у улози произвођача, давалац франшизе биће одговоран јер постоји ризик да се идентификује, тј. посматра као „особа која се стављањем свог имена на производ или коришћењем робне марке или других ознака распознавања везаних за производ, изјашњава као произвођач производа“.³⁰ Ипак, могућност да се давалац франшизе не посматра као произвођач робе, тј. да одговара као он, постоји ако докаже „да ни у ком тренутку није вршио снабдевање друге особе тим производом“.³¹

Поред одговорности за правне и физичке мане ствари која представља редовне облике одговорности, могуће је да се уговором предвиди гаранција за исправно функционисање ствари.³² Уговором предвиђена гаранција значи да давалац франшизе одговора и по том основу. Ипак, одговорност за исправно функционисање ствари временски је ограничена и давалац франшизе одговара само у том периоду. Такође, док је одговорност за гаранцију временски ограничена, давалац франшизе одговараће за правилно и исправно функционисање ствари само у уговору тачно назначеним условима. Давалац франшизе као и

²⁷ Mendelsohn, M., *Franchising Law*, Richmond, Second edition, 2004, p. 126.

²⁸ *Ibid*, стр. 126.

²⁹ *Ibid*, стр. 127.

³⁰ Mendelsohn, M., *нав. дело*, стр. 127.

³¹ *Ibid*, стр. 127.

³² Више о одговорности продавца по основу гаранције видети: Капор, В. – Царић, С., *нав. дело*, стр. 139.

продавац робе уговором предвиђа када не одговара за правилно и исправно функционисање ствари. Уговорним предвиђањем рока гаранције и услова када одговара, давалац франшизе може ограничити одговорност по гаранцији, али је не може искључити.

За разлику од одговорности по гаранцији која се може временски ограничити и делимично искључити, одговорност за правне³³ и физичке мане³⁴ ствари не може се уговором ограничити или искључити³⁵, тј. давалац франшизе одговоран је током трајања уговорног односа примаоцу франшизе за правне и физичке мане ствари.

V Одговорност даваоца франшизе према трећим лицима

Једно од специфичнијих питања које изазива одређене недоумице како у пословној пракси, тако и у правној теорији јесте питање одговорности даваоца франшизе према трећим лицима. Питање одговорности даваоца франшизе према трећим лицима треба посматрати као одговорност даваоца франшизе за примаоца франшизе у случају неизвршења или мањкавог извршења уговорних обавеза према трећим лицима. Одговорност даваоца франшизе за примаоца франшизе позната је као и одговорност за другог.

Поставља се питање да ли давалац франшизе одговара за примаоца франшизе трећим лицима или не, што је у супротности са принципима и начелима у систему *ius civile*. Разлог томе је чињеница да се ради о два независна правна субјекта, без обзира на то што један од њих послује под именом и форматом другог (иако однос који постоји између њих настаје на основу уговора) они су самостални у извршавању својих обавеза. Уговор о франшизингу на основу владајућих принципа

³³ „...ако је у време закључења уговора продавцу био познат или му није могао остати непознат неки недостатак у његовом праву, одредба уговора о ограничењу или искључењу одговорности за правне недостатке је ништава.“ – члан 513 став 2, ЗОО.

³⁴ „Одредба уговора о ограничењу или искључењу одговорности за недостатке ствари ништава је ако је недостатак био познат продавцу, а он о њему није обавестио купца, као и кад је продавац наметнуо ту одредбу користећи свој посебан моноплоски положај.“ – члан 486. став 2, ЗОО.

³⁵ Иако се чл. 486 ст. 1. и 513. ст. 1., предвиђа могућност уговорног ограничења или искључења одговорности (материјални и правни недостаци) које се аналогно могу применити на уговор о франшизингу, за примаоца франшизе као уговорно и економски инфериорније стране у интересу је непредвиђање ових одредби у уговор, а из разлога могућих фраудалних радњи од стране даваоца франшизе. У случају предвиђања наведених одредби у уговор давалац франшизе ослобађа се одговорности за материјалне и правне недостатке ствари, доводећи примаоца франшизе у економски неповољан положај пласирањем таквог производа на тржиште.

ius civile не можемо посматрати као уговор за треће лице на основу којег давалац франшизе одговара за уговорно неизвршење уговорних обавеза примаоца франшизе према трећим лицима. Прималац франшизе према трећим лицима иступа самостално и независно од даваоца франшизе, стога и одговара према трећим лицима.

Одговор на питање да ли давалац франшизе може одговарати за обавезе примаоца франшизе трећим лицима пре свега се поставља у систему *common law*. Значајно је и целокупније сагледавање односа унутар односа давалац – прималац франшизе, с тим што посебну пажњу треба посветити и ставовима и решењима из *common law*-а.

5. 1. Одговорност у *common law* правном систему

Питање одговорности даваоца франшизе за примаоца франшизе се најчешће се поставља код франшизинга пословног формата (*business format franchising*)³⁶ у оквиру којег постоје највећи изгледи да давалац франшизе сноси одговорност за дела и неизвршене обавезе примаоца франшизе.³⁷ Због своје структуралне правно-економске сложености франшизинг пословног формата представља полазни основ за утврђивање одговорности даваоца франшизе за другог, док су код других појавних облика франшизинга изгледи да давалац франшизе одговара за примаоца франшизе смањени.

Основна карактеристика франшизинг пословања огледа се у томе што је прималац франшизе као независан привредни субјект способан да води самостално пословање у складу са даваочевим форматом и користећи даваочев бренд.³⁸ Да би прималац франшизе успешно могао спроводити своје самостално пословање, неопходно је да даваоцу франшизе омогући да уговорно спроводи контролу над њим и да се на тржишту појављује под именом и жигом даваоца франшизе. Контрола пословања и утисак јавности о јединствености пословања да се ради о

³⁶ *Business format franchising* или уговор о пословном франшизингу представља такав уговор у коме једна страна – давалац франшизе, на другу страну – примаоца франшизе уговором преноси право да на одређено време и на одређеној територији послује под његовом фирмом тј. заштићеним именом, уз обавезу преноса целокупног франшизног пакета права који се односи на целокупан начин пословања даваоца франшизе, а прималац франшизе се обавезује да пренети франшизни пакет права користи у складу са одредбама уговора и да за то плати уговорену франшизну накнаду (*royalty*).

³⁷ Adams, N. J., Hickey, J., Jones, P. K. V., *Franchising*, Tottel, Fifth edition, 2006, стр. 27.

³⁸ Mendelsohn, M., *нав. дело*, стр. 123.

једној компанији представљају полазне детерминанте за утврђивање да ли давалац франшизе одговара за примаоца франшизе или то није случај.

Традиционалне категорије јуриспуденције које се користе у common law-у, на основу којих се у утврђује основ одговорности на релацији давалац – прималац франшизе, јесу односи који се могу сврстати у: 1) *master – servant* (мајстор – слуга); 2) *principal – agent* (послодавац и агент) и 3) *independent contractors* (независни уговарачи).³⁹ Утврђивањем унутрашњих релација код ова три вида наведених односа, може се доћи до закључка да се ти односи, тачније одговорност која у њима постоји може аналогно применити и на франшизинг пословног формата – одговорност даваоца франшизе.

Однос који влада између мајстора и слуге, а где се мајстору ставља на терет акт његовог потчињеног, тј. да мора одговарати за радње потчињеног, одликује се повећаним степеном контроле коју мајстор има над слугом.⁴⁰ Посматрајући однос мајстора и слуге на први поглед се може закључити да је такав и однос између даваоца и примаоца франшизе. Ипак, иако наизглед постоји сличност између ова два односа, однос давалац – прималац франшизе не може се сагледавати из перспективе мајстор – слуга јер је код франшизинга реч о два правно-економски независна привредна субјекта који, иако имају исте обавезе, истовремено имају и различите обавезе према држави. У односу мајстор – слуга не постоји самосталност друге стране – слуге у доношењу одлука. Ако би се на однос давалац – прималац франшизе применио однос мајстор – слуга, то би значило да је давалац франшизе одговоран према трећим лицима, с тим што би закон регулисао њихов међусобни однос и њихову обавезу да плаћају порез и доприносе за социјално осигурање.⁴¹ Иако у односу даваоца и примаоца франшизе не влада однос мајстор – слуга, не мора да значи да се давалац франшизе не може сматрати одговорним за дела неизвршења обавезе примаоца франшизе.⁴²

Поред дефинисања односа који постоји између мајстора и слуге, на основу кога долазимо до закључка да се не може применити на франшизинг однос поводом одговорности даваоца франшизе према трећим лицима, неопходно је анализирати и однос између „послодавца и агента“ – однос заступништва. Однос заступништва почива на таквом односу где се једна особа може теретити за дела друге особе коју је

³⁹ Adams, N. J., Hickey, J., Jones, P. K. V., *нав. дело*, стр. 27.

⁴⁰ Atiyah, P. S., *Vicarious Liability*, Butterworths, 1967, Chs I and II, London, 1967.

⁴¹ Adams, N. J., Hickey, J., Jones, P. K. V., *нав. дело*, стр. 28.

⁴² *Ibid*, стр. 28.

овластила за извршење одређених радњи.⁴³ У законодавној пракси,⁴⁴ а такође и у судској пракси⁴⁵ одговорност за другога и одговорност која настаје на основу заступничког права често имају тенденцију да буду помешане и да се термилошки преклапају.⁴⁶ Разлог зашто се термини одговорност за другог и одговорност на основу заступничког права често идентификују налази се у томе што се одговорност за другога донекле оправдава истим разлозима који се налазе у заступништву на основу правног спречавања и наводне сагласности – очекивања која се разумно могу пробудити код трећих лица.⁴⁷

Једно од значајнијих питања која се доведе у везу са питањем када једно лице одговара за друго јесте који су то „одлучујући критеријуми“ за судове и да ли критеријум „степен контроле“ има пресудан значај. Степен контроле који давалац франшизе има над пословањем примаоца франшизе за судове може да представља основ да се давалац франшизе сматра одговорним по основима који се не морају дотицати чињенице да се претпоставка о јединству те пословне операције, а са освртом на те надлежности развила у свести трећих лица.⁴⁸ Значајно је и то што давалац франшизе према овом схватању може одговарати за примаоца франшизе на основу уступљених надлежности које се сматрају важним,⁴⁹ а такође одговорност даваоца франшизе засниваће се и на утиску који је настао код треће стране.⁵⁰ Надлежности предвиђене уговором могу представљати основ за успостављање одговорности даваоца франшизе, и то: 1) уређење радног времена примаоца франшизе; 2) утврђивање метода за припрему или снабдевање потрошача робом или услугама стеченим у оквиру франшизе, а који превазилазе границе техничких услова; 3)

⁴³ *Ibid*, стр. 28.

⁴⁴ У Америчкој законодавној пракси постојала је тенденција да Закон о заступништву и Закон о мајстору и слуги буду обједињени.

⁴⁵ У Великој Британији у судским расправама о одговорности према трећим лицима судови су заступали став да је утврђивање одговорности мајстора за слугу и послодавца за заступника „исто“ тј. да ли је слуга или заступник поступао у оквиру овлашћења која је на њега пренео мајстор односно послодавац – Adams, N. J., Hickey, J., Jones, P. K. V., *нав. дело*, стр. 29.

⁴⁶ *Ibid*, стр. 29.

⁴⁷ *Ibid*, стр. 29.

⁴⁸ *Ibid*, стр. 29.

⁴⁹ *O Baner v McDonald s Corpn* 653 N.E. 2d 1267 (1995) – http://www.leagle.com/decision/19951920653NE2d1267_11845 (датум приступа: април 2015).

⁵⁰ *Myszkowski v Penn Stroud Hotel* 634 A 2d 622 (1993) – http://www.leagle.com/decision/1993745430PaSuper315_1714 (датум приступа: април 2015).

расподела удела; 4) детаљна регулација метода пословања; 5) утврђивање инвентара који се преноси; и 6) организирање избора набављача примаоцу франшизе.⁵¹ Поред ових као основ одговорности даваоца франшизе као основ се може узети и контрола над: 1) запошљавањем и отпуштањем; 2) добитком; 3) унапређењима; 4) униформама и обукама запослених код примаоца франшизе; 5) ценама које се наплаћују муштеријама; 6) књиговодственим и рачуноводственим методама; 7) као и право проверавања књига и пословних просторија да би се утврдило да ли прималац франшизе поштује уговор.⁵² Поред ових надлежности које давалац франшизе има над пословањем примаоца франшизе, а које се узимају у обзир приликом утврђивања одговорности даваоца за примаоца франшизе, америчка судска пракса разматра узима и чињенице на основу којих давалац франшизе није одговоран према трећим лицима. Чињенице које судска пракса узима у обзир на основу којих се утврђује правна самосталност примаоца франшизе јесу: 1) да прималац франшизе није примио плату или провизију од даваоца франшизе, већ је платио само ренту израчунату на основу продаје неконкурентног производа; 2) да је сам одредио своје цене; 3) задржао зараду од своје франшизе; 4) да је сам платио своје пословне трошкове и порезе; 5) примао и отпуштао раднике или контролисао њихове плате и услове за рад; 6) није примао извештаје од даваоца франшизе; и 7) најзад да је сам утврдио своје радно место.⁵³

Поред степена тј. природе контроле коју давалац франшизе спроводи над пословањем примаоца франшизе, а аналогно случајевима запосленог или агента, треба да постоји и одговорност даваоца франшизе за прекршаје које је починио прималац франшизе.⁵⁴ Значајно је да у тренутку када давалац франшизе уступа франшизинг примаоцу франшизе, ствара се веза која почива и увек обухвата наметање даваоачевог система пословања и методе рада, заједно са контролом пословања. Давалац франшизе увек је заинтересован да прималац франшизе послује у складу са уступљеним методом пословања па зато и спроводи контролу његовог пословања. Контрола коју давалац франшизе спроводи може да се односи на: 1) регулисање радних сати; 2) одређивање извора снабдевања; 3) метод рада; 4) рекламу; 5) једнозначности и обуке запослених; 6) понекад контрола може да се односи и на запошљавање и отпуштање особља.⁵⁵ Степен контроле коју

⁵¹ Adams, N. J., Hickey, J., Jones, P. K. V., *нав. дело*, стр. 30.

⁵² *Ibid*, стр. 30.

⁵³ *Ibid*, стр. 31.

⁵⁴ Mendelsohn, M., *нав. дело*, стр. 124.

⁵⁵ *Ibid*, стр. 124.

давалац франшизе спроводи над пословањем примаоца франшизе може да буде таква да изазове тврдњу (по аналогiji са везом послодавац – запослени), да давалац франшизе треба да буде одговоран за примаоца према трећим лицима. Ипак, и поред тога што се уговором о франшизингу не предвиђа веза (као између послодаваца и агента или послодавца и запосленог) између даваоца и примаоца франшизе, могуће је да треће лице тврди да је давалац франшизе у вези са примаоцем франшизе и да треба да одговара. Треће лице сматра да постоји веза иако она уговором није предвиђена, а то заснива на тврдњи да је прималац франшизе агент или партнер даваоца франшизе са забраном порицања претходне изјаве. Заступништво или партнерство са забраном порицања претходне изјаве обично настаје ако је некада постојала веза између послодавца и агента или партнерство, али је престало да постоји а трећа страна није обавештена о прекиду.⁵⁶ Треће заинтересовано лице може да тврди да је веза постојала ради коришћења имена и ознака франшизног пословања, те да је на основу тога мислила да послује само са једним ентитетом који располаже филијалама (у овом случају давалац франшизе). Ипак, иако треће заинтересовано лице може да износи захтев и тврдње да давалац франшизе треба да одговара на основу тога што сматра да послује са једним пословним ентитетом, прихватање оваког основа одговорности даваоца франшизе готово је немогуће. Разлог зашто је данас немогуће односно тешко прихватити овај основ настанка одговорности даваоца франшизе управо је у томе што, и поред тога што наступа под заједничким пословним именом, прималац франшизе је независан правни субјект који самостално наступа на тржишту. Такође, на неприхватање овог основа настанка одговорности даваоца франшизе утиче и то што у савременим условима пословања уз свеprisутност медија и информатичких средстава, а самим тим и промоције франшизинга, настаје спознаја да се није реч о једном пословном ентитету, већ о низу пословних субјеката који самостално иступају на тржиште под заједничким пословним именом у оквиру франшизинг мреже. Управо наведени разлози представљају основ одбијања тужбеног захтева трећег заинтересованог лица да давалац франшизе одговора за радње примаоца франшизе.

Ипак, и поред основа који се узимају у обзир, а тичу се надлежности и степена контроле коју давалац франшизе има над примаоцем франшизе, природа контроле коју давалац франшизе има може да прејудицира постојање независне дужности према трећим лицима. Као аргумент када давалац франшизе може да има „независну

⁵⁶ *Ibid*, стр. 124.

одговорност“ према трећим лицима узима се у обзир само онда када „методе рада“ примаоца франшизе нису биле или нису у складу са постављеним захтевима даваоца франшизе према којима је прималац франшизе одговоран трећој страни.⁵⁷ Из наведеног поставља се питање постојања и опсега независне одговорности од даваоца франшизе (да би спречио губитак контроле и надгледања над примаоцем франшизе), с тим што следи и питање да ли постоји дужна пажња и да ли је губитак треће стране био предвидив.⁵⁸

Степен и распон контроле даваоца франшизе над примаоцем франшизе у англосаксонском правном систему може да представља иницијални основ који судска пракса разматра приликом доношења одлуке о одговорности даваоца франшизе за примаоца франшизе према трећим лицима. Поставља се питање шта ће се десити ако се прималац франшизе, тј. његово франшизно пословање налази у потешкоћама? Да ли је давалац франшизе који у овом случају мора свакодневно и континуирано да пружа помоћ примаоцу франшизе одговоран према трећим лицима. У таквим новонасталим околностима где прималац франшизе има потешкоћа са пословањем, давалац франшизе мора да спроводи свакодневну контролу пословних операција. Спровођење контроле свакодневних пословних операција може да предствља правни основ одговорности даваоца франшизе. Давалац франшизе има обавезу да мора или да може да обезбеди свакодневну радну подршку како би се примаоцу франшизе омогућило и помогло да се избори са насталим проблемима. Такав вид свакодневне контроле пословања због насталих проблема у пословању примаоца франшизе не може се узимати као основ одговорности даваоца франшизе. Иако је давалац франшизе заинтересован за остваривање конзистентности, тј. заинтересован је да се прималац франшизе придржава уступљеног пословања, свака заштита *goodwill*-а⁵⁹ насталог из робне марке или трговачког имена даваоца франшизе, као и претерана контрола над примаоцем франшизе, може да доведе до тога да давалац франшизе буде изложенији одговорности за дела или пропусте свог примаоца франшизе.⁶⁰

⁵⁷ Mendelsohn, M., *нав. дело*, стр. 124–125.

⁵⁸ *Ibid*, стр. 125.

⁵⁹ *Goodwill* представља нематеријално добро које је директно повезано са квалитетом производње или пруженим услугама и пословањем. *Goodwill* не може постојати као посебан облик својине изузев ако није саставни део трговине или пословања. *Goodwill* укључује било какво додавање вредности пословању због повећања репутације, имена итд. – Више о томе видети: Adams, N., J., Hickey, J., Jones, P., K., V., *нав. дело*, стр. 206–207.

⁶⁰ Mendelsohn, M., *нав. дело*, стр. 125.

Да би давалац франшизе избегао могућност да одговара за другога, тј. за примаоца франшизе, неопходно је да приликом сачињавања нацрта уговора, а касније и у самом уговору буде децидно назначено да однос између њих није однос партнерства, заступништва, запослења или *joint venture*.⁶¹ Назначење да франшизинг однос није један од наведених односа значајано је и за давоаца франшизе јер само на тај начин он не одговара за примаоца франшизе. И поред тога што је нацртом уговора и уговором предвиђено да франшизинг однос није однос партнерства, заступништва, запослења или *joint venture*, давалац франшизе такође треба у свакодневној пословној комуникацији, и то у сваком средству комуникације да нагласи да је прималац франшизе стварни (правнофактички) власник пословања, наглашавајући да прималац франшизе послује под лиценцом или франшизом давоаца франшизе.

Strahinja Miljković, Ph.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University in Priština
Kosovska Mitrovica

ON CERTAIN TYPES OF FRANCHISOR'S RESPONSABILITIES IN A FRANCHISING AGREEMENT

Summary

By joining the franchising network, a potential franchisee, usually as an economically inferior contractual party, is unable to determine the content of a future agreement. Franchisor as economically superior contractual party determines the content of a future agreement, violating fundamental principles of contract law, the principle of party autonomy and the principle of equality.

⁶¹ Закључењем уговора о *joint venture*-е давалац франшизе заједно са локалним партнером оснива привредни субјект у којем поседује удео над новооснованим привредним субјектом који управља франшизинг пословањем на циљаном тржишту. Давалац франшизе приликом оснивања компаније *joint venture* јавља се у улози оснивача, а на основу позитивноправних аката којима се регулише материја компанијског права има одређена права и обавезе у и према компанији. Компанија *joint venture*-е на циљаном тржишту може се јавити у улози: а) примаоца франшизе или б) давоаца франшизе.

By contracting the clauses of “limiting and exclusion of liability” the franchisor is released of a series of contractual liability, derogating them to the franchisee. In the paper, the author places special attention to certain types of responsibilities of franchisors, which cannot be contractually limited or excluded. Also, the author places an emphasis on the responsibility of the franchiser vis-à-vis third persons, with particular reference to the responsibility in the common law system.

Мр Дамјан Даниловић
Асистент Економског факултета Универзитета у Источном Сарајеву

ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ У СТЕЧАЈНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ И ЗЕМЉАМА РЕГИОНА

Апстракт: *Недискриминација односно остварење принципа равноправности је важно питање свих модерних правних система у његовим различитим аспектима. Рад се бави тематиком дискриминације, тј. привилеговања појединих стечајних повјерилаца, модалитетима, условима и посљедицама за успјешно намирење повјерилаца и остварење принципа једнакости.*

Кључне ријечи: *стечај, правна радња, побијање*

1. Увод

Неријетко се дешава да се различитим правним радњама прије и током стечаја привилегују поједини повјериоци чија се потраживања намирују у цјелости, док се већи број осталих потраживања намирују колективно и сразмјерно усљед смањења имовине дужника. Један од основних стечајних принципа јесте равноправност повјерилаца истих класа. Овај принцип не може постојати без колективног сношења посљедица стања инсолвентности стечајног дужника. Колективно намирење повјерилаца, у ширем смислу, има значај расподјеле ризика између учесника у тржишној економији, што је кључни услов у стварању повјерења у кредитни систем и подстицање економског раста у корист свих учесника.¹ То даље има велики значај због системског дејства стечаја, гдје инсолвентност једног привредног субјекта погађа велики број других субјеката. Већа је вјероватноћа привредног опстанка повјерилаца уколико сваки од њих равномјерно сноси губитак. Немогућност било којег повјериоца да бар дјелимично наплати велика потраживања готово неминовно води и његовој инсолвентности. Побијање правних радњи представља посебан институт који је у стечај уведен да би се омогућило равноправно и колективно намирење повјерилаца на начин да радње којима су привилеговани поједини повјериоци губе дејство. Губитком дејства радње се ствара обавеза враћања примљеног у стечајну масу од

¹ Hagan Sean, *Orderly & Effective Insolvency Procedures*, International Monetary Fund, 1999, стр. 5

стране повјериоца, а његово потраживање оживљава, тако да се он намирајује као и остали стечајни повјериоци.

У раду ће бити обрађен институт побијања са нормативно-дескриптивног, компаративног и историјског становишта. Показаће се да земље региона имају потпуно хармонизоване принципе овог института, да хармонизација иде често и до најситнијих техничких рјешења, стога ће рад бити конципиран на начин да се представе рјешења стечајног права Републике Српске, док ће особености у рјешењима законодавстава региона бити посебно обрађене.

2. Стечајно и ванстечајно право побијања

Правне радње се могу побијати у стечају² и изван стечаја.³ Одредбе о побијању у оквиру стечаја су „*lex specialis*“ у односу на одредбе ванстечајног побијања, што значи да су оне примарно примјењују у стечају.

Циљ оба поступка је заштита интереса повјерилаца. Предмет побијања у оба случаја су правне радње. Сличне су и предпоставке побијања, захтјеви за побијање, начини остварења захтјева. Сличне су последице успјешно побијене радње, а то је одузимање дејства правној радњи која је довела до њиховог оштећења.⁴

Ипак у стечајном побијању радња губи дејство у потпуности и то према свим лицима, а код ванстечајног побијања губи дејство само у оном дијелу колико је потребно за намирање повјериоца и само према повјериоцу који побија радњу.⁵

Међу њима постоје и друге разлике. Код ванстечајног побијања дужник је у пролазној кризи, па не може да извршава своје обавезе, док се код стечајног побијања дужник налази у дубљој финансијској кризи.⁶ У стечају дужник губи пословну способност, ван стечаја не губи. Ванстечајно побијање је индивидуално у стечају је то колективно (у корист свих повјерилаца а и повјериоци могу да траже побијање уколико то не учини стечајни управник). Различити су и рокови. Рок за побијање у

² Видјети Закон о стечајном поступку Републике Српске, „Службени гласник РС“, бр. 67/02, 77/02, 38/03, 96/03, чл. 80.-87. У даљем тексту ЗОСПРС.

³ Видјети закон о облигационим односима, СФРЈ, 1978., бр. 29/1978, чл. 280-285, у даљем тексту ЗОО.

⁴ Видјети Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, Коментар закона о облигационим односима, Правни факултет Крагујевац и Културни центар Г. Милановац, 1980., стр. 802

⁵ Видјети ЗОО, чл. 284.

⁶ Видјети Михаило Велимировић, Стечајно право, Symbol, Нови Сад, 2004., стр. 110

стечају је двије године и тече од отварања стечаја, а код ванстечајног побијања од једне за теретна располагања и три године за бестеретна и рачуна се од дана предузимања радње, односно од дана када је требало предузети пропуштenu радњу.⁷ У ванстечајном побијању услов је доспјелост, па повјерилац поред чињенице инсолвентности дужника, мора да докаже и чињеницу доспјелости⁸, а у стечајном не, јер отварањем стечаја недоспјеле тражбине постају доспјеле.

Стечај се покреће кад суд утврди, кроз предходни поступак,⁹ да постоје разлози за отварање поступка. Отварањем стечаја се ствара право на стечајно побијање правних радњи. Стечај се отвара кад суд утврди чињеницу инсолвентности дужника, па повјерилац то не доказује, док у ванстечајном поступку повјерилац мора да докаже чињеницу инсолвентности дужника.

Установа рушљивости правних послова¹⁰ је слична са установом побијања правних радњи по томе што и поништење рушљивог посла доводи до тога да тај посао губи правно дејство. Разлика је у томе што захтјев за поништење рушљивог уговора подноси једна од уговорних страна и то према другој уговорној страни, а захтјев за побијање правних радњи подноси лице ван правног односа који се побија и то не према свом дужнику, већ према другој уговорној страни свог дужника. Поништење рушљивог правног посла дјелује према свакоме, а побијање правне радње према побијачу. Рок за поништење рушљивог уговора тече од тренутка његовог закључења и износи три године, а субјективни рок је годину дана.

3. Активно легитимисани субјекти побијања

Активно легитимисани субјект је стечајни управник, који је законски заступник стечајног дужника,¹¹ а повјериоци су активно легитимисани, под условом да на њихов позив за покретање поступка побијања, стечајни управик не покрене парницу. Правило се потврђује у судској пракси.¹² То су само они повјериоци који су пријавили своје потраживање, а које је признао стечани управник.¹³ Повјерилац чије је

⁷ Видјети ЗОО, чл. 285.

⁸ Видјети Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, *op. cit.*, стр. 803.

⁹ Видјети ЗОСПРС, чл. 12. а-21.

¹⁰ Видјети Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, *op. cit.*, стр. 804 - 805.

¹¹ Видјети ЗОСПРС, 85.

¹² Видјети Чоловић Владимир, Милијевић Недељко, *Стечајни поступак*, Удружење правника Републике Српске, Бања Лука, 2004. , ВТС РХ Пж-3511/00 од 19. рујна 2000., стр. 334

¹³ Видјети ЗОСПРС, чл. 114.

потраживање спорно се упућује на парницу, у року од тридесет дана и постаје стечајни повјерилац, ако суд утврди основаност тог потраживања.¹⁴ Правноснажношћу те одлуке он накнадно стиче право да побија правне радње у стечају.

Стечајни повјериоци, дакле, не могу самостално водити посупак побијања правних радњи, већ је примарно за то надлежан стечајни управник. Уколико повјериоци врше побијање, они имају положај јединствених супарничара. Било да радњу побија стечајни управник, било стечајни повјериоци, они то раде у име и за рачун стечајног дужника, јер ће сва имовина која је стечена на побојан начин бити враћена у стечајну масу.

Не би могли да буду активно легитимисани за побијање правних радњи дужника ранији заступници дужника, јер је њихово право на заступање престало отварањем стечаја, а правило се потврђује кроз судску праксу.¹⁵

4. Пасивно легитимисани субјект побијања

Пасивно легитимисани субјект је лице, према коме је, или у чију је корист радња предузета.¹⁶ У првом дијелу одредбе се мисли на лица која су из облигационог односа са стечајним дужником стекли имовину од стечајног дужника. У другом дијелу, кад се каже у чију корист је радња предузета, мисли се на дјела „in favorem tertii“.¹⁷ Та лица нису друга уговорна страна са стечајним дужником, али су на основу правне радње дужника и неког лица стекли од дужника имовину.

За разлику од стечајног закона Краљевине Југославије, ЗОСПРС нема одредби о побијању правних радњи против наследника лица према коме је дужник предузео побојну радњу. Ипак се у пракси дозвољава побијње и у тим случајевима, чак и кад имовина пређе на даље наследнике.¹⁸

Закон о облигационим односима је регулисао ово питање и та правила се примјењују у стечајном поступку. Дозвољено је дакле побијање ротив насљедника уколико је ријеч о физичком лицу, или

¹⁴ Видјети ЗОСПРС, чл. 115. и 116.

¹⁵ Видјети Владимир Чоловић, Недељко Милијевић, *op. cit.*, Окружни суд Бања Лука, бр. Пж-187/03 од 2.10.2003., стр. 328

¹⁶ Видјети ЗОСПРС, 85 ст. 4)

¹⁷ Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *Стечајни закон са коментаром, судским рјешидбама и т.д.*, Тисак југословенске штампе д.д. Загреб, Загреб, стр. 133

¹⁸ Видјети Михаило Велимировић, *op. cit.*, стр. 113 и 114.

других правних следбеника, у случају престанка правног лица.¹⁹ Дешава се да правни сукцесори стечајног дужника ту имовину пренесу на трећа лица. Тада се и та трећа лица могу појавити као противници побијања, под истим условима као њихови правни предходници. Ако је пренос био теретан, тада треба да постоји и несавјесност трећих лица, односно да су трећа лица знала да је побојно прибављање њиховог правног предходника, и тада одговарају и за измаклу корист. И код бестеретног стицања савјесност утиче на висину накнаде на исти начин као код теретног стицања имовине.

5. Предмет побијања

Предмет побијања јесу правне радње стечаног дужника, којима се умањила имовина дужника, предузете у одређеном времену прије покретења стечајног поступка и којима се ремети равномјерно намирење повјерилаца.²⁰ Та три елемента представљају објективне предпоставке побијања.

То значи да је побојна свака правна радња стечајног дужника на основу које је имовина из његовог власништва прешла у власништво трећег лица (погодовање повјерилаца), чиме су се отежали услови за формирање стечајне масе и због тога, остали стечајни повјериоци стављени у неравноправан положај (оштећење повјерилаца). Није, дакле, нужно само умањење имовине дужника, већ је неопходно да дође до погодовања појединих повјерилаца.

Сама чињеница погодовања појединих повјерилаца указује да је са друге стране, дошло до оштећења осталих повјерилаца као цјелине, па страна која захтијева побијање не мора посебно да доказује чињеницу оштећења повјерилаца, већ само да су поједини од њих погодовани. Као што се може видјети из реченог, чињеница смањења имовине стечајног дужника у корист појединих повјерилаца, указује на чињеницу стављања осталих повјерилаца у неравноправан положај.

У правном промету се дешава да дужник дјелује као пуномоћник трећих лица, односно у име и за рачун тих лица. Не би се могле побијати те правне радње дужника, јер се не односе на његову, већ на туђу имовину.²¹

Радња која се побија треба да се десила у одређеном року прије отварања стечаја, у зависности од врсте побојне радње. Закон је одредио

¹⁹ Видјети Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, *op. cit.*, стр. 808.

²⁰ Видјети ЗОСПРС, чл. 80. ст. 1).

²¹ Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *op. cit.*, стр. 88 под 3).

да се правна радња сматра предузетом онда када наступе њена правна дејства. Када је ријеч о радњама ограниченим условом, или роком, не узима се у обзир наступање услова, или рока.²² Овакво рјешење има за циљ да се што већи број радњи подведе под категорију побојних.

За правне послове код којих је потребан упис у јавне књиге се сматра да су прадузети онда када су испуњене предпоставке за његову ваљаност и кад је поднесен захтјев за упис у јавну књигу. Правило се потврђује кроз судску праксу.²³ Ти случајеви се односе на уписе непокретности, бродова и авиона. Пропуштање, као и мјере принудног извршења се такође сматрају правном радњом.²⁴ Пропуштање се сматра предузетим онда када се последице пропуштања не могу отклонити неком дужниковом правном радњом. Код радњи предузетих под условом, или роком, правно дејство је везано за предузимање те радње.

Закон није прецизирао случајеве када суд одбије приједлог за отварање стечаја, па се стечај накнадно отвори. Суд може да одбије приједлог због непостојања законских услова, али може и да одложи отварање на приједлог повјерилаца. Не постоји јединствено становиште, али се сматра да тај рок треба рачунти од дана наступања правних последица отварања стечаја.²⁵

Поред објективних претпоставки, треба да се испуне и субјективне, да би једна радња била побојна. То су намјера оштећења повјерилаца од стране стечајног дужника (долозност) и знање за ту намјеру од стране лица према којима је предузета та радња (кулпозност). Закон је за сваки случај побијања одредио који услови треба да се испуне, тако да ће у неким случајевима изостати неки од субјективних услова.

Страна која побија радњу, дужна је да доказује ове чињенице. Због тога што су долозност и кулпозност унутрашњи психички акти, доказују се преко неких објективних чињеница, које су повезане са њима. Обзиром да се побијају радње предузете под различитим околностима, долозност и кулпозност се утврђују у сваком поједином случају. По закону се предпоставља да је дужник имао намјеру да погодује поједине повјериоце ако је знао за своју платежну неспособност. Исто тако се предпоставља кулпозност повјериоца стечајног дужника, ако је знао за његову инсолвентност.²⁶

²² Видјети ЗОСПРС, чл. 80. ст. 2).

²³ Видјети Владимир Чоловић, Недељко Милијевић, *op. cit.*, ВТС РХ Пж-2888/01 од 19. липња 2001., стр. 333.

²⁴ Видјети ЗОСПРС, чл. 80. ст. 3).

²⁵ Видјети Михаило Велимировић, *op. cit.*, стр. 120.

²⁶ Видјети Радмила Петаковић, Збирка прописа о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, АИЗ Пословни биро, Београд, 1994., стр. 36.

Закон је предмет побијања поставио широко, како би обухватио све могуће ситуације, путем којих долази до оштећења повјерилаца. Јасно је да је овдје ријеч о радњама проистеклих из једностраних и двостраних правних послова, међутим, правна радња је шири појам, јер обухвата све изјаве воље, које производе правно дејство, док правни послови представљају изјаве воље, које на основу законских пропса доводе до стварања, промјене, или укидања приватно-правних односа.²⁷ Поред тога и друга понашања могу бити предмет побијања.

Најчешће се у пракси дешава да се побијају правни послови, али закон мора да обухвати и друге случајеве, којима се ремети равномјерно намирење повјерилаца. Због тога се као предмет побијања у закону не неводе правни послови, већ правне радње. Тако под појам правне радње спадају и приватно-правни деликти, а и пропуштање. Закон о облигационим односима је такође изједначио правну радњу са пропуштањем, али је детаљније одредио пропуштање, од закона о стечајном постуку, па се под правном радњом поразумијева и пропуштње због кога је дужник изгубио какво материјално право, или којим је за њега настала каква материјална обавеза.²⁸ Ова одредба се у пуном смислу може примјењивати и за случајеве побијања у стечју.

Да би правна радња била побојна, она треба да је предузета од стране стечајног дужника. Привредни субјекти иступају у правном промету најчешће преко својих заступника. Пошто пуномоћник дјелује у име и за рачун стечајног дужника, радња коју он предузме, на основу овлаштења, сматраће се радњом дужника. У пракси се дешава да пуномоћници закључују уговоре прекорачујући своја овлаштења.²⁹ Уколико се накнадно са тим сагласи налогодавац, нема сумње да уговор остаје на снази.

Закон о облигационим односима изричито утврђује да, ако код уговора закључених са прекорачењем овлаштења, изостане сагласност налогодавца на прекорачење, уговор налогодавца неће ни обавезивати. Ово правило се примјењује у пракси, али и поред тога не постоји јединствен став у правној теорији о томе да ли је тај уговор пуноважан, уколико налогодавац не да сагласност на прекорачење овлаштења. Преовлађује мишљење да би правни посао закључен од стране пуномоћника требао обавезивати лице у чије име пуномоћник ради и кад

²⁷ Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *op. cit.*, стр. 88 под 2).

²⁸ Видјети ЗОО, чл. 80. ст. 3).

²⁹ Видјети ЗОО, чл. 87.

је пуномоћник прекорачио своје овлаштење,³⁰ како би се обезбиједила сигурност у правном промету, тако да би те правне радње могле бити предмет побијања, али под условом да су трећа лица са којима пуномоћник закључује правне послове била савјесна, односно да нису знали за прекорачење овлаштења, нити су то према конкретним околностима могли знати.

Може се десити да неко лице предузме радњу без овлашћења лица у чије име је предузима.³¹ Та радња ће бити пуноважна ако буде дата накнадна сагласност, па у том случају и она може бити предмет побијања. Сматра се да радње које предузме стечајни дужник после отварања стечаја према трећим савјесним лицима, производе правна дејства, иако је дужник изгубио пословну способност. Стога и оне могу бити предмет побијања.

6. Врсте побојних правних радњи

Предмет побијања су активне радње стечајног дужника. То су сва располагања дужника, која се односе на његову имовину, која доводе до ремећења равномјерног намирења повјерилаца.³² Најчешће су то изјаве из облигационо-правног односа којима се располаже имовином, одлуке органа друштва, одустајање од тужбеног захтјева, употреба туђе ствари, и др.³³ Ту спадају и процесне радње, као што су одустајање од тужбеног захтјева, признање тужбеног захтјева, повлачење тужбе и сл.

Поред активних радњи и пропуштање је предмет побијања.³⁴ То је пасивно понашање, услед чега је дошло до смањења имовине дужника. Да би се пасивно понашање могло побијати, оно мора да буде свјесно учињено, односно да је стечајни дужник био свјестан да таквим понашањем умањује своју имовину. Али то не значи да он мора бити свјестан свих посљедица пропуштања. Довољно је да зна да може због тога претрпити имовинску штету. Уколико би дужник био спријечен да чини радњу, или радњу пропусти несвјесно, не би се могло побијати то пропуштање.

Пропуштање се тиче материјално-правних и процесно-правних прописа. У првом случају то би било када би стечајни дужник пропустио

³⁰ Видјети Михаило Велимировић, Привредно право, Правни факултет универзитета у Српском Сарајеву, Српско Сарајево, 2001., стр 321.

³¹ Видјети ЗОО, чл. 88.

³² Видјети Душко Медић, Расправе из грађанског и пословног права, Универзитет Апејрон и Удружење правника РС, Бања Лука, 2007., стр. 197.

³³ Видјети Михаило Велимировић, *op. cit.*, стр. 114.

³⁴ Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *op. cit.*, стр. 88. под 8).

подићи тужбу, чиме би прекинуо застарјелост свог потраживања, или када би пропустио да подигне протест у мјеничном праву, па изгуби право на наплату мјенице и др. Што се тиче пропуштања на пољу процесног права то су најчешће пропуштање стављања приговора, или улгање правног лијека на тужбени захтјев, недолазак на рочше, и др.

Сви предходно наведени случајеви побијања се односе на то да је имовина стечајног дужника умањена усљед пропуштања. Не би се могла побијати радња усљед које би се повећала имовина стечајног дужника, а дужник пропусти да је учини. То је због тога што та имовина никад није била у дужниковом власништву, па не може бити предмет извршења у стечају.

Стечајни закон Краљевине Југославије је омогућавао побијање пропуштања прихватања наслеђства.³⁵ Иако је било схватање да се не могу побијати пропуштања радњи услед којих би се увећала имовина дужника, закон је у том случају дозволио изузетак. Пошло се од становишта да наследник који пропусти да благовремено прихвати наслеђство има право на тужбу, којом захтјева од лица на које је наслеђство прешло да му предају наследни дио. Пошто отварањем стечаја пословна способност дужника прелази на стечајног управника, стечајни управник има право да тражи повраћај наслеђства од неовлаштеных наследника. Ова рјешења у потпуности одговарају правним системима у којима се наслеђство стиче прихватањем.

Данас, у већини европских система, наслеђство се стиче делацијом (смрћу оставиоца). Тако је и у нашем правном систему. У пракси може доћи до ситуације да наследник пропусти прилику да се пријави суду у оставинском поступку и самим тим његов наследни дио пређе на друге наследнике, у случају да суду није било познато да је то лице наследник. Са тим у вези он има право да тужи друге наследнике, да му предају његов дио. Уколико је наследник свјесно пропустио прилику да се пријави суду пред којим тече оставински поступак, или прилику да подигне тужбу за поврат наслеђства, онда се и то пропуштање може побијати. Наследник такође може дати изјаву којом се одриче од наслеђства. Обзиром на чињеницу да се имовина сматра наследниковом у тренутку смрти оставиоца, то би се могла побијати и оваква радња наследника, јер она несумљиво доводи од смањења дужникове имовине.

Предмет побијања су и радње за које постоје извршни наслови. Овде се побијање може одвијати у три правца. То су побијање начина на који се дошло до извршног наслова, право утврђено тим насловом и поступак извршења. У оквиру начина на који се дође до извршног

³⁵ Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *op. cit.*, стр. 88., чл. 27. ст. 3).

наслова, дешава се да стечајни дужник пропусти да улаже средства одбране, или да лажно призна тужбени захтјев. Исте те чињенице доводе до погрешног утврђивања права путем извршног наслова, јер је правно правило примјењено на погрешно чињенично стање. Поступак извршења се може побијати, ако је дужник могао спријечити извршење улагањем тужбе, или приговора, па то пропусти.

У оквиру предмета побијања се поставило питање да ли се могу побијати деликти. Деликти су противправне радње, којима се трећим лицима наноси штета. Обзиром да се код побијања у стечају тражи да се побојном радњом повећала имовина неког лица на рачун имовине стечајног дужника, то би се, сходно том правилу, могли побијати деликти, само ако би чињење деликта створило неким лицима какву имовинску корист. Због тога се не могу побијати противправна умањења имовине која ником не користе. У пракси су побојни деликти најчешће уништења исправа које садрже неко дужничково право,³⁶ као што су мјенице, чекови, теретница, складишница и др. , на основу којих се дужник стечајног дужника обогатио за износ потраживања из те исправе.

7. Радње које не могу бити предмет побијања

Ове радње закон изричито не наводи као непобојне, али се посредно из законских одредби може закључити о напобојности одређених радњи.

То су радње које су предузете ради извршења потврђеног стечајног плана.³⁷ Ово је због тога што су и сами повјериоци стечајног дужника дали сагласност на предложени план, па би било нелогично да побијају радњу коју су одобрили.

Не могу се побијати радње стечајног управника, које он предузме са циљем наставка пословања стечајног дужника, јер то треба да омогући увећање имовине дужника, а законитост рада стечајног управника контролише стечајни судија, одбор и скупштина повјерилаца.

Не могу се побијати исплате по мјеницама и чековима, уколико би друга страна изгубила право на регрес према осталим мјеничним и чековним дужницима. Ово правило не постоји у нашем закону, за разлику од закона о стечају Краљевине Југославије,³⁸ али се примјењује у пракси. По закону о мјеници и закону о чеку ималац доспјеле мјенице и чека треба по року доспјелости да прими исплату. Уколико би то одбио он би

³⁶ Видјети Михаило Велимировић, *op. cit.*, стр. 117.

³⁷ Видјети ЗОСПРС, чл.173.

³⁸ Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *op. cit.*, стр. 117., чл. 33.

изгубио право регресне наплате и могао би своје потраживање остваривати само као стечајни повјерилац. Ријеч је о томе да мјенични дужник може да плати имаоцу и само дио мјеничне своте, а ималац то не може одбити.³⁹ Преостали дио исплате ималац може да наплати од регресних дужника,⁴⁰ а то су остали потписници мјенице, пошто код суда подигне протест.

Дакле, уколико би ималац мјенице одбио да прими мјеничну исплату, тада би изгубио право на регрес. У случају да је стечајни дужник исплатио своју мјеничну обавезу имаоцу мјенице, а ималац мјенице би изгубио право на регрес, да није примио исплату, не би се могла побијати та радња стечајног дужника. Ирелевантна би била чињеница да је ималац мјенице знао за намјеру оштећења повјерилаца. Дакле и да зна за ту намјеру он треба да прими исплату, а та исплата није побојна. У свим осталим случајевима (када не би изгубио прво на регрес) ималац мјенице је дужан да одбије исплату мјенице од стечајног дужника, пошто он жели да нас фаворизује у односу на остале повјериоце,⁴¹ а та исплата би, због тога, била извршена на побојан начин.

Побојни су стога случајеви инконгруентног намирења мјенице и чека, јер се имаоц мјенице и чека не може натјерати да прими исплату прије рока доспјелости, а самим тим не би изгубио право на регрес. Исто је и код сопствене мјенице, јер је једини дужник њен издавалац, па ималац не може изгубити регресно право, јер га у овом случају нема према коме остварити, нити га је када имао. Ако би ималац мјенице примио исплату, а његово регресно право је застарело, нпр. због пропуштања подизања протеста у законском року,⁴² опет би и у том случају могли тражити побијање.

Ништави правни послови не производе правно дејство, па не могу бити предмет побијања.

8. Побојни разлози

У сваком појединачном случају побијања траже се различити услови, али треба водити рачуна да у сваком од њих буде испуњен општи

³⁹ Видјети закон о мјеници РС, 2001., чл. 40. ст. 2) и закон о мјеници Федерације БиХ, 2000., чл. 40. ст. 2).

⁴⁰ Видјети Милош Трифковић, Милић Симић, Вељко Тривун, Пословно право, Економски факултет у Сарајеву, Сарајево, 2004., стр. 353.

⁴¹ Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *op. cit.*, стр. 119.

⁴² Видјети закон о мјеници РС, 2001., Службени гласник РС бр.32/01, чл. 45. и закон о мјеници Федерације БиХ, 2000., Службене новине ФиБХ бр. 32/00., чл. 45.

услов, односно да се ремети равнојерно намирење повјерилаца, те знање за намјеру оштећења на другој страни.

Постојање прадвиђених услова треба да докаже страна која побија радњу, сем кад законске предпоставке налажу супротно. Код свих тих случајева радња треба да се десила у одређеном времену прије подношења приједлога за отварање стечаја. Рокови се рачунају у складу са законом о парничном поступку.⁴³ Исправније је да се тај рок рачуна од дана наступања инсолвентности. То би било и повољније за повјериоце, јер инсолвентност увијек наступи прије подношења приједлога за отварање стечаја.⁴⁴ Ипак законом је формулисано другачије рјешење, иако тиме, у појединим случајевима, не буду обухваћене све радње учињене у стању инсолвентности, обзиром да је тренутак наступања инсолвентности тешко утврдити.

8. 1. Конгруентно намирење или осигурање⁴⁵

То је такво намирење повјериоца, које одговара његовом праву, али се побија јер је учињено у недопуштеном року. Дакле намирење није упитно у погледу садржаја права, али је учињено непосредно прије подношења приједлога за отварање стечаја.

Радња треба да је предузета у року од шест мјесеци прије подношења приједлога за покретање стечаја, те да је дужник био платежно неспособан (објективна предпоставка) и да је повјерилац знао за инсолвентност, или из грубе непажње није знао (субјективна предпоставка). Ако је радња предузета након приједлога, закон као услов захтјева само да је повјерилац знао за инсолвентност, или да из грубе непажње то није знао, јер је отварањем стечаја чињеница инсолвентности несумљиво утврђена.

Закон је установио предпоставку да је повјерилац знао за инсолвентност ако је знао за околности из којих се нужно морало закључити да постоји неспособност за плаћање, или да је поднесен приједлог за отварање стечаја. Закон је такође установио категорију повезаних лица,⁴⁶ за која се предпоставља да су знала за неспособност за плаћање, или за приједлог за отварање стечаја. Ове пресумпције

⁴³ Видјети ЗОСПРС, чл. 6. и закон о парничном поступку РС, 2003., Службени гласник РС бр. 58/03, чл. 234. ст.1) и 2).

⁴⁴ Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *op. cit.*, стр. 108. под 4).

⁴⁵ Видјети ЗОСПРС, чл. 81.ст. 1).

⁴⁶ Видјети ЗОСПРС, чл. 81. ст. 4) и чл. 87.

побијачима конгруентних радњи омогућавају олакшано доказивање. Правила се потврђују кроз судску праксу.⁴⁷

8. 2. Инконгруентно намирење, или осигурање⁴⁸

То је намирење које повјерилац стечајног дужника није могао уопште тражити, није могао тражити на такав начин, или није могао тражити у то вријеме. У првом случају се ради о томе да су испуњена неутужива потраживања, као што је нпр. испуњење застарјеле тражбине.⁴⁹ Други случај је везан за „*datio in solutum*“ (давање умјесто плаћања).⁵⁰ У сваком конкретном случају се одређује да ли је та радња извршена на одговарајући начин, зависно од правних односа уговорних страна, али при том треба водити рачуна и о пословној пракси. На примјер осигуравајуће друштво по основу уговора о осигурању, у случају наступања осигурног ризика, редовно исплаћује осигуранику своту новца која одговара висини штете. Инконгруентно намирење би било кад би умјесто уговорене исплате осигуранику, друштво извршило неко давање. Инконгруентно би било и намирење доспјеле новчане обавезе путем испоруке робе, уколико је то чињено у недопуштеном периоду прије покретања стечаја.⁵¹ Трећи случај је везан за ситуације кад се измирује нека недоспјела тражбина, а да то није законска ни уговорна обавеза.⁵²

Инконгруентна радња се побија под условом да је учињена у посљедњем мјесецу прије отварања стечаја, а радње учињене у другом и трећем мјесецу прије отварања стечаја се могу побијати ако се испуни услов да је стечајни дужник у том периоду био платежно неспособан и да је друга страна знала за ту чињенцу.

8. 3. Побијање правних радњи без накнаде⁵³

Правне радње без накнаде се могу побијати ако су предузете пет година прије подношења приједлога за отварање стечаја.

⁴⁷ Видјети Владимир Чоловић, Недељко Милијевић, *op. cit.*, ВТС РХ Пж-3986/00, од 19. рујна 2000., стр. 330.

⁴⁸ Видјети ЗОСПРС, чл. 81. ст. 2).

⁴⁹ Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *op. cit.*, стр. 108 под 6).

⁵⁰ Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *op. cit.*, стр. 111 под 9).

⁵¹ Видјети Радмила Петаковић, *op. cit.*, стр. 37.

⁵² Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *op. cit.*, стр. 110 под 8).

⁵³ Видјети ЗОСПРС, чл. 82.

У пракси се најчешће побија бесплатан пренос својине са стечајног дужника на трећа лица. Обзиром да је инсолвентност посљедица дужег периода лошег пословања, то закон допушта побијање радњи вршених у дужем периоду прије подношења приједлога за покретање стечаја. “Незнатна накнада“ је правни стандард. Радња предузета са незнатном накнадом се сматра бесплатном радњом. То подразумјева да је стечајни дужник за своје давање добио несразмјерну накнаду. Закон је допустио побијање ових радњи јер се њима несразмјерно умањује имовина дужника.

Закон је изједначио са бесплатном радњом и одустајање стечајног дужника од неке имовинске вриједности, а да није примио одговарајућу накнаду. То су најчешће случајеви када дужник испуни неку обавезу из свог уговорног односа, па одустане да тражи од друге уговорне стране да и она изврши свој дио обавезе. Подразумијева се да се бесплатна давања, која су заснована на закону не могу побијати, као што је нпр. обавеза издржавања дјеце од стране родитеља. Закон је онемогућио побијање уобичајених пригодних поклона незнатне вриједности. И то је правни стандард. Ријеч је о поклонима који се обично поклањају о каквим празницима, као и поклонима учињеним у добротворне сврхе. У свим таквим случајевима, дакле, води се рачуна да њихова вриједност буде примјерена.⁵⁴

Може се оправдано критиковати начин регулисања овог случаја побијања,⁵⁵ јер закон наводи да је противник побијања дужан вратити примљено ако је тиме обогаћен, осим ако је знао или морао знати да се таквом чинидбом оштећују повјериоци. Ако је нешто примљено то значи да је противник побијања обогаћен, а из наведеног произилази да неће вратити примљено само ако је био несавјестан.

8.4. Намјерно оштећење⁵⁶

Ове радње се могу побијати ако су учињене пет година прије подношења приједлога за покретање стечаја, или након тога и ако су предузете са намјером да се оштете повјериоци, под условом да је друга уговорна страна знала за намјеру оштећења повјерилаца. Предпоставка је да друга страна зна за намјеру оштећења повјерилаца, ако је знала да

⁵⁴ Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *op. cit.*, стр. 101.

⁵⁵ Марко Рајчевић, Законска регулатива стечаја и ликвидације у Босни и Херцеговини, Прилози о реформи стечајног права у земљама Јужне Европе, Edition Temmen, Бремен, 2006., стр. 101.

⁵⁶ Видјети ЗОСПРС, чл. 83.

дужнику пријети неспособност за плаћање и да се радњом оштећују повјериоци. Због тога што је тешко утврдити да ли друга страна зна за намјеру оштећења повјерилаца, установљена је необорива предпоставка, која треба да стечајним повјериоцима олакша доказивање. Исто тако се штите савјесна трећа лица, која су улазила у уговорне односе са стечајним дужником. У овом случају је ријеч о долозном понашању стечајног дужника, а да кумулативно постоји и кулпноост друге уговорне стране.

Што се тиче намјере оштећења повјерилаца на страни дужника, није потребна намјера у смислу кривичног права, већ да је он био свјестан посљедица које могу наступити из његовог понашања, односно да ће по редовном току ствари доћи до оштећења повјерилаца.⁵⁷ Али да би се могло побијати дјело учињено са намјером оштећења повјерилаца није довољна намјера оштећења на страни дужника и знање за ту намјеру код уговорне стране дужника. Неопходан услов јесте и да стварно дође до оштећења повјерилаца,⁵⁸ иако то закон изричито не предвиђа.

8. 5. Зајам којим се надомјешта капитал⁵⁹

У предходним случајевима је било ријечи о побојним радњама стечајног дужника, које је он учинио према трећим лицима, а овдје је ријеч о побојној радњи члана друштва, учињене према друштву.

Привредна друштва се формирају уношењем оснивачког капитала од стране чланова осивача, међутим обавеза на уношење додатног капитала се јавља и у случајевима натупања кризе у друштву. Уколико би у таквој ситуацији чланови друштва као добри привредници требали унијети додатни капитал, а они мјесто тога одобре друштву зајам, ријеч је о побојној правној радњи.

Овде је такође ријеч о правном стандарду, па се у сваком појединачном случају утврђује када настаје таква обавеза за чланове друштва. У првом случају таква радња се може побијати ако је учињена пет година прије подношења приједлога, за отварање стечаја или након тога, ако је за потраживање према друштву за враћање зајма којим се надомјешта капитал дато осигурање. Уколико је за потраживање члана друштва на поврат зајма којим надомјешта капитал осигурано намирење, та радња се може побијати, ако је учињена у посљедњој години прије подношења приједлога за отварање стечаја, или након тога.

⁵⁷ Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *op. cit.*, стр., 93 под 5).

⁵⁸ Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *op. cit.*, стр., 94 под 7).

⁵⁹ Видјети ЗОСПРС, чл. 84.

Закон о привредним друштвима је такође регулисао ово питање, са циљем појачања одговорности чланова друштва. Одредио је да у тим ситуацијама члан друштва може остваривати своје потраживање само као необезбјеђени повјерилац.⁶⁰ Ако треће лице да зајам друштву, а члан друштва му пружи обезбјеђење, па зајмодавац не успије да се намири у цјелости из датог обезбјеђења, може да потражује преостали износ у стечају, али као повјерилац са необезбјеђеним потраживањем, али се те одредбе не односе на акционаре и чланове друштва са ограниченом одговорности који имају мање од 1/10 основног капитала, директоре и чланове управног одбора тих друштава.

9. Остваривање побијања

Побијање се остварује подизањем тужбе од стране стечајног управника, или одбора повјерилаца, ако стечајни управник не подигне тужбу у року од тридесет дана од њиховог захтјева. Подноси се против трећег лица према коме је учињена првна радња, пред судом који води стечајни поступак. Рок у ком се подиже је двије године од покретања поступка.

Радња се може побијати и приговором у судском поступку и тад не важи наведени рок. Дешава се да стечајни управник на рочишту за испитивање потраживања оспори неко потраживање, а то може бити и из разлога што је стечено на побојан начин. Повјерилац коме је оспорено потраживање се упућује на парницу. У случају да он подигне тужбу, тада стечајни управник треба да стави приговор и да докаже неоснованост захтјева.⁶¹

10. Дејства побијања

Радња губи правно дејство према стечајној маси уколико побијање правне радње успије, а противна страна је дужна да врати све имовинске користи које је примила на основу побојне радње.⁶² Правило се потврђује кроз судску праксу.⁶³ Сврха побијања није да се поништи правна радња, већ да се дерогира њено дејство.

Поврат се врши у натуралном облику, дакле враћа се ствар која је прешла из имовине стечајног дужника у имовину трећег лица, а уколико

⁶⁰ Видјети ЗОПДРС, чл. 130. и 227.

⁶¹ Видјети Антун Верона-Срећко Цуља, *op. cit.*, стр. 155

⁶² Видјети ЗОСПРС, чл. 85. ст. 5).

⁶³ Видјети Владимир Чоловић, Недељко Милијевић, *op. cit.*, пресуда Основног суда у Бања Луци, 20.6.2003., стр. 448.

то није могуће, или је економски неоправдано, врши се новчана реституција. Увијек се у стечајну масу враћа онолика количина ствари, колико је из ње изашло, мађутим уколико је посједник ствари био несавјесан, односно да је знао да је стекао ствар на побојан начин, одговараће и за измаклу добит. Дакле, принцип одговорности несавјесног лица из грађанског права се примјењује и у стечају.

11. Противзахтјеви противника побијања

Обзиром да радња губи дејство а не оглашава се ништавом, када противник побијања изврши поврат ствари, његово потраживање поново оживљава.⁶⁴ Он може то потраживање да пријави у стечајну масу, како би га остварио и то као непривилеговни стечајни повјерилац.

Дешава се да је ималац ствари вршио улагања у ствар, па она има у тренутку реституције већу вриједност него у тренутку када је стекао. Сматра се да ће он имати право само на нужне и корисне трошкове, под условом да је био савјестан. Протучинидба ће се исплатити противнику побијања из стечајне масе, ако је присутна у маси и може се издвојити из ње, или ако је маса обогаћена за вриједност те чинидбе. Са тим у вези се у стечајној маси формирају средства из којих ће се намиривати противници побијања, у случају да њихово потраживање оживи.

12. Регулатива у земљама региона

Земље региона готово идентично регулишу институт побијања (Стечајни закон Републике Хрватске чл. 127.-144.; Закон за стечај, Службени весник републике Македоније, 2006, бр. 34/2006 чл. 172.-188.; Закон о финансчемо пословању, постопких заради инсолвентности ин присилнем пренехању, Урадни лист републике Словеније, 2007. , бр. 126/07 чл. 269.-278.; Закон о стечајном поступку Републике Србије, 2009., Службени гласник РС бр. 104/09 чл. 119.-130.; Закон о инсолвентности привредних друштава Републике Црне Горе, Службени лист републике Црне Горе, 2002. , бр. 06/02 чл. 60.;). У начелу су побојне исте правне радње као у нашем праву. Побијање се врши до закључења стечаја. Радња губи дејство само према стечајној маси. Побијање врши стечајни управник, или повјериоци, а противник побијања је дужан вратити у стечајну масу оно што је примио побојном радњом, након чега његово потраживање поново оживљава. Ако се његова протучинидба више не налази у стечајној маси, тада може своја права остваривати као

⁶⁴ Видјети ЗОСПРС, чл. 86.

стечајни повјерилац. Да би радња била побојна потребна је намјера фаворизовања појединих повјерилаца од стране дужника и знање за ту намјеру на страни повјериоца. Предпоставља се да је повјерилац знао за намјеру фаворизовања ако је знао за инсолвентност дужника, али ови повјериоци могу доказивати своју савјесност. За повезана лица се предпоставља да су знали за инсолвентност. У законодавствима се разликују рокови прије покретања стечаја у којима су радње предузете да би се исте могле побијати. Није могуће побијати радње предузете у складу са планом реорганизације, уобичајене пригодне поклоне, исплате по мјеницама и чековима ако би усљед одбијања испуњења повјерилац изгубио право на регрес.

У хрватском праву, за разлику од нашег, постоји још један побојни разлог, а то је враћање удјела тајном члану друштва, или ослобађање уплате улога у периоду од годину дана прије отварања стечаја. Друго, против правних слѣдбеника се може побијати радња ако је знао да се тиме оштећују повериоци, или је био блиско лице, или ако је примио наслеђе баз накнаде или уз незнатну накнаду. Побијање врши стечајни управник, али само уз сагласност суда, док повјериоци могу вршити пребој без ове сагласности. И македонски закон на исти начин као хрватски регулише побијање против тајног члана и против правних слѣдбеника. Неке специфичности садржи и словеначки закон. Овдје се уводи посебан стандард који може онемогућити побијање. Привилеговани повјерилац у том случају мора доказати да је стечајни дужник радњу извршио у року који се по пријему испуњења тог повјериоца сматра уобичајеним роком за ту врсту обавеза, у складу са пословном праксом, обичајима и узансама. Рок за побијање је шест мјесеци од покретања стечаја, сем за случај оспоравања излучних и разлучних захтјева, када се побијање може вршити након рока потребног да ови повјериоци докажу своја потраживања, док је то у другим законодавствима могуће све до окончања стечаја. Црногорски закон омогућује побијање поред управника и дужнику, одбору повјерилаца, а ако одбор није формиран и сваком другом повјериоцу. Специфичност је и то што постоје основи који онемогућују побијање повлаштених располагања, а то су случајеви ако је дужник примио сразмјерну противриједност, ако су располагања вршена у уобичајеној пословној активности (куповина робе, плаћање услуга) и ако су то административне обавезе. Ове чињенице доказује противник побијања. Рок за побијање је годину дана од отварања стечаја

13. Закључак

Отварањем стечаја долази до промјене сфере у одлучивању над стечајним дужником у корист повјерилаца. Њихови интереси су претежнији од дужникових због немогућности дужника да подмири доспјела потраживања. Равноправност и колективно намирење повјерилаца јесте основни постулат стечајног права. Институт побојности правних радњи омогућује да оне правне радње којима су се привилеговали поједини повјериоци изгубе дејство, да се примљене чинидбе врате у стечајну масу, како би се и привилеговани повјериоци намиривали сразмјерно и равноправно са осталим повјериоцима. Закон је омогућио довољно широк спектар могућности стечајном управнику и повјериоцима у остваривању приципа равноправности.

Земље региона имају готово унификоване норме којима регулишу овај институт, првенствено из разлога „угледања“ на њемачко и аустријско право. Иако је институт побојности био прлично добро регулисан у нашој правној традицији, још из времена Краљевине Југославије, оно што је данас уочљиво јесте његово непостојање у правној пракси у и изван стечаја. Или је ријеч о његовом недовољном познавању од стране правника, хитности стечајног поступка гдје је овај институт нека врста препреке, несавјесном раду стечајних управника, или сигурном непознавању побијања од стране повјерилаца? Чини се да коначном исходу доприноси од свега по мало.

Damjan Danilović, LL.M
Teaching Assistant
Faculty of Economics , University of Eastern Sarajevo

CONTESTING LEGAL ACTIONS IN INSOLVENCY LAW OF THE REPUBLIC OF SRPSKA AND THE COUNTRIES IN THE REGION

Summary

Non-discrimination, i.e. realisation of the principle of equality is a very important issue of all modern legal systems in its different aspects. This paper deals with discrimination, i.e. privilege of certain insolvency creditors, modalities, conditions and consequences for a successful refund of creditors and realisation of the principle of equality.

Урош Здравковић
Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

ПРИНЦИП НЕДИСКРИМИНАЦИЈЕ У САВРЕМЕНИМ МЕЂУНАРОДНИМ ТРГОВИНСКИМ ОДНОСИМА¹

Апстракт: Аутор у раду анализира појам и дејство начела недискриминације у савременим међународним трговинским односима, који се у данашње време рефлектују кроз призму Светске трговинске организације (СТО) и њеног система права и начела. Правни систем СТО представља, дакле, регулаторни оквир данашњих међународних трговинских односа на глобалном нивоу. Начело недискриминације је темељни принцип у праву СТО који се остварује кроз два начела чија је функција изједначавање третмана за робу и услуге: начела најповлашћеније нације и начела националног третмана. Међутим, право СТО, а и обичајно међународно право, признају и одређене изузетке од начела недискриминације, уважавајући притом различите околности услед којих се може оправдано одступити од тог начела. Правни систем СТО поседује ефикасан механизам за заштиту од дискриминације који се огледа у делотворном, и на праву заснованом, систему за решавање спорова.

Кључне речи: међународни трговински односи, принцип недискриминације, начело најповлашћеније нације, начело националног третмана, Светска трговинска организација, систем решавања спорова.

1. Међународни трговински односи и њихов регулаторни оквир

Савремени међународни трговински односи (МТО) представљају изузетно комплексан систем и чине окосницу модерног глобалног поретка. Због сложене природе коју поседују, настају и тешкоће приликом њиховог дефинисања. Према једној општој дефиницији, МТО „обухватају промет робе, услуга и капитала, односно имовинских права једне државе у односима са другим земљама“.² МТО одликује разноврсност субјеката,

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту: "Усклађивање права Србије са правом Европске уније", који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

² Александар Ћирић, „Међународно трговинско право - Општи део“, Ниш, 2012, стр. 3.

који се, према најосновнијој подели могу разврстати на државе, међународне организације (универзалне и регионалне, међудржавне и невладине) и непосредне приватно-правне учеснике на међународном тржишту (транснационалне компаније, привредна друштва, предузетнике и друге форме привредног организовања). У складу са тим, МТО можемо поделити на односе јавно-правног карактера и односе приватно-правног карактера.

Односи приватно-правног карактера, између непосредних учесника на тржишту, засновани су на аутономији воље, а могу бити уређени конвенцијама, националним законима, изворима права меког нормативитета (е. *soft law*), као и аутономним правом трговаца (*lex mercatoria*)³. Међутим, да би се МТО између приватних лица одвијали несметано, неопходно је постојање оптималног, сигурног и предвидивог мултилатералног трговинско-правног система. Компаније своје пословне одлуке заснивају, пре свега, на очекивању да ће јавно правни субјекти (пре свега државе) поштовати права и обавезе које проистичу из норми и принципа садржаних у регулаторним оквирима међународне трговине. А регулаторни оквир међународне трговине је увек одраз јавно-правних МТО. У складу са тим, МТО јавно-правне природе су значајнији, јер представљају оквир за одвијање МТО приватно-правне природе, а самим тим и основ за развој међународне трговине.

Од друге половине XX, а нарочито од почетка XXI века МТО се непрестано развијају, упоредо са развојем међународне трговине робом и услугама. Након Другог светског рата, појавила се потреба за успостављањем регулаторног оквира МТО који би омогућио бржи и равномернији развој међународне трговине и привреде. Јавила се идеја за успостаљањем „три носећа стуба“ на којима би почивали послератни МТО. Један стуб би се бавио обновом ратом разрушених привреда и развојним кредитирањем, други валутном стабилношћу и стабилношћу платних биланса, а трећи уређивањем правила међународне трговине и њеном постепеном либерализацијом. Након Другог светског рата, са радом су почела прва два „ носећа стуба“ – Међународна банка за обнову и развој (од које је касније настала групација Светска банка) и Међународни монетарни фонд.

Током 1947. и 1948. године, у Хавани је одржана Међународна трговинска конференција, уз учешће 53 државе. Учесници Конференције су потписали завршни акт Хаванске повеље о Међународној трговинској организацији (*International Trade Organization - ИТО*). Оваква

³ Детаљније о овим изворима права: Александар Тирић, „Међународно трговинско право – Општи део“, Ниш, 2010, стр. 73-75.

организација је требало да постане, по времену настајања, трећи, а у функционалном смислу основни, први и носећи стуб, светског трговинског поретка, који би обезбедио либерализацију и поштовање универзалних правила међународне трговине.⁴ Међутим, услед одбијања САД да ратификују Повељу, није дошло до успостављања овакве организације. Ипак, одређени резултати нису изостали. У Женеви су представници 23 државе водили преговоре о либерализацији трговине робом, који су резултирали закључивањем Општег споразума о царинама и трговини (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*), 1947. године. Споразумом су знатно смањене царинске стопе и извршена је либерализација трговине елиминисањем бројних нецаринских баријера. Иако га је одликовало ограничено дејство и привремено карактер, *GATT* је представљао „ембрион“ развоја међународне трговине и МТО. Трговинским преговорима у оквиру *GATT-a* (организованих у рундама), током скоро пола века, постепено је јачала либерализација међународне трговине, како путем смањења царинских стопа, тако и путем постепеног елиминисања нецаринских баријера. Најзначајнији преговори су се водили током Уругвајске рунде, од 1986. до 1994. године, што је резултирало стварањем Светске трговинске организације – СТО (*World Trade Organization - WTO*), која је почела са радом 1. јануара 1995. године. Упоредо са СТО, дошло је до успостављања читавог пакета споразума у оквиру ове Организације. За разлику од *GATT-a* из 1947. године, који је уређивао само трговину робом, споразуми у оквиру СТО шире њену надлежност на нове области, пре свега на трговину услугама, путем Општег споразума о трговини услугама (*General Agreement on Trade in Services – GATS*) и трговинске аспекте права интелектуалне својине, посредством Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*). *GATT* је наставио да постоји у форми споразума, али је његова садржина измењена и прилагођена новом пакету споразума у оквиру СТО.

Успостављањем СТО са њеним сложеним правним системом, креиран је и трећи, најзначајнији стуб савремених МТО. Правни систем СТО представља регулаторни оквир међународне трговине, чија се стабилност и раст обезбеђују бројним нормама и принципима садржаним у праву СТО и ефикасним системом решавања спорова.

Данас СТО има 161 чланицу и у оквиру ње се одвија око 97 одсто укупне међународне трговине робом и услугама. Чланице СТО су већином државе, мада то могу бити и други ентитети које воде независну

⁴ А. Ђирић, *нав. дело*, 2012, стр. 112.

царинску и трговинску политику. Имајући у виду те податке, можемо констатовати да се данашњи МТО одвијају превасходно у оквиру СТО и да су уређени њеним правом и принципима. Другим речима, СТО се може посматрати као правни одраз савремених МТО.

Право СТО садржи бројне принципе и начела, односно руководне идеје. Неки од принципа су именовани у самим СТО споразумима, а неке је изнедрила пракса судећих тела СТО током решавања спорова.⁵ Ти принципи обезбеђују стабилност савремених МТО, а њихова примена гарантује сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система, оличеног у СТО. Најзначајнији принцип СТО, који је потекао још из *GATT-a* 1947, представља принцип недискриминације. Он се сматра најзначајнијим у праву СТО због чињенице да сви остали принципи служе његовом остварењу и примени.

2. Уопште о принципу недискриминације у међународним трговинским односима

Принцип недискриминације спада у општеобавезна обичајно-правна начела. Садржина овог принципа је сложена, и према *Ђурићу*, подразумева неколико важних права и обавеза.

Пре свега, ово начело подразумева право државе да се не подвргава дискриминацији, као и њено право на коришћење свих услова у односу на приступ робе на страном тржиште, који важе у погледу обављања делатности физичких и правних лица на страном тржишту.⁶

Принцип недискриминације предвиђа и обавезу признавања иностраној роби, иностраним правним и физичким лицима из једне државе, статуса најповлашћеније нације, на основу кога се лицима из било које треће државе не може признати статус који би био мање повољан у односу на конкретну државу. Са друге стране, признаје се право примене изузетка о признавању иностраној роби, иностраним лицима, статуса који је повољнији, уколико је то у складу са установљеним општим недискриминационим међународним режимом (преференцијали за земље у развоју, малогранични промет и сл.).⁷

Ђурић наводи и да начело недискриминације гарантује и право на доношење законских ограничавајућих мера у односу на субјекте МТО из

⁵ Такав је случај, на пример, са принципом пропорционалности, чије су постојање судећа тела СТО извела из чл. XX *GATT-a* и чл. XIV *GATS-a*.

⁶ А. Ђурић, *нав. дело*, 2010, стр. 109.

⁷ *Ibidem*.

свих држава, без постојања разлика, у циљу заштите националног тржишта од иностраног увоза, који може нанети штету домаћој привреди.⁸

Коначно, недискриминација подразумева и обавезу земаља у развоју да не примењују дискриминационе мере у односу на развијене државе, без обзира на карактер њихове привреде.⁹

Данас је начело недискриминације једно од најважнијих начела СТО, и савремена међународна трговина се не би могла ни замислити без његовог дејства. Иако и у данашње време постоје бројне девијације у примени овог начела, СТО поседује ефикасан систем за препознавање његовог кршења и следствено обавезивање чланица да своје мере ускладе на начин који би омогућио његову примену. Међутим, не може се рећи да је примена начела недискриминације била одувек доминантна. Напротив, пре Другог светског рата и потписивања *GATT*-а, дискриминација и протекционизам су били преовлађујући обрасци у спољнотрговинској политици држава.

Цветковић наводи да је дискриминација између и против трећих држава била важан елемент политике државног протекционизма као преовлађујућег концепта регулисања спољнотрговинске размене у првој половини прошлог века, и да је последица овакве политике била економска криза тридесетих година XX века, те Други светски рат као њена кулминација.¹⁰ *Цветковић* даље наводи да дискриминаторна спољнотрговинска политика има за резултат нарушавање конкуренције у корист економских оператера чији су производи или услуге (посматрано економским параметрима) супериорнији, али губе утакмицу на тржишту од такмаца који уживају додељену предност дискриминаторним третманом:

„Суштински, цену овакве политике сnose грађани државе која дискриминацију спроводи: они су ти који плаћају производе и услуге по вишој цени него што би то чинили да дискриминације нема и да закон конкуренције делује без дисторзија.“¹¹

Недискриминацијом се постиже једнакост између свих учесника у МТО, а самим тим и реализација начела слободе трговине, што је био, и данас је, основни прокламовани циљ *GATT*-а и СТО.

⁸ А. Ђирић, *нав. дело*, 2010, стр. 109.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Предраг Цветковић, „Увод у право Светске трговинске организације“, Ниш, 2010, стр. 184.

¹¹ *Ibidem*.

3. Принцип недискриминације у *GATT*-у и у праву СТО

До оснивања СТО 1995. године, *GATT* је био једини мултилатерални механизам регулисања међународне трговине.¹² *GATT* је садржао бројне руководне принципе, а међу најзначајнијим је био принцип недискриминације, који је имао за циљ да омогући правичну размену у МТО и уткан је у скоро све одредбе *GATT*-а.¹³ Ипак, два најважнија начела без којих се не може замислити суштинска недискриминација, а које је *GATT* именовано, нормирао и уредио су начело најповлашћеније нације (е. *most favored nation – MFN*) (у члану 1) и принцип националног третмана (е. *national treatment – NT*) (у члану 3). Ова два начела заједно творе принцип недискриминације, и омогућавају његову инструментализацију. Потписивање *GATT*-а, 1947. године, представљало је прву формализацију принципа недискриминације (посредством *MFN* и *NT* начела), чиме је, по први пут у историји МТО, обезбеђена његова обавезна примена на мултилатералном нивоу.

Настанком СТО, принцип недискриминације, задржавајући се и у новом *GATT*-у из 1994. године, наставља да егзистира и у ширем контексту и добија још већи значај, пре свега, због проширеног дејства на тзв. нове области које бивају уређене споразумима СТО (пре свега услуге).

Принцип недискриминације спада у правно-економске принципе СТО који служе за реализацију одређених економских циљева због чијег је остварења СТО основана.¹⁴ Основни такав циљ је, као што је поменуто, остваривање слободе трговине.

Начело недискриминације је угаони камен у правном темељу конструкције права СТО.¹⁵ Оно је потврђено, пре свега, у преамбули Споразума о оснивању СТО где се укидање дискриминаторног третмана у међународним трговинским односима опредељује као једно од средстава за остваривање циљева СТО. На основу тога, *Цветковић* закључује да начело недискриминације „није циљ сам по себи, већ је у

¹² Протокол о привременој примени *GATT* је ступио на снагу 1. јануара 1948. године. Од тада се даљи развој међународног трговинског система, у основи, одвијао под утицајем *GATT* -а, коме се присајединио највећи број земаља. Постепено се, у оквиру једног мултилатералног споразума, развијала и административна, политичка и правна инфраструктура система *GATT*. Детаљније у: А. Ћирић, *нав. дело*, 2010, стр. 268-269.

¹³ А. Ћирић, *нав. дело*, 2010, стр. 273.

¹⁴ П. Цветковић, *нав. дело*, 2010, стр. 183.

¹⁵ *Ibidem*.

функцији реализације ширих циљева СТО као универзалног институционалног оквира мултилатералне трговинске размене.¹⁶

3.1. Прва рефлексивна начела недискриминације: принцип највећег повлашћења

Начело (систем) најповлашћеније нације (енг. *Most Favored Nation* – *MFN*), подразумева одредбу у тексту међународног уговора, којом се свака страна уговорница обавезује да ће признати другој страни уговорници у одређеној области узајамних односа, права, преимућства, повластице и олакшице које је она дала или ће убудуће дати било којој трећој држави. Према Ђирићу, ово би била само једна од могућних уопштених дефиниција, будући да у пракси постоји низ типова клаузула највећег повлашћења, са специфичним појмовним обележјима.¹⁷

Начело највећег повлашћења одстрањује сваки поступак изричитог фаворизовања у корист трећих земаља. Њиме се установљава једнакост могућности страних економских оператера за пословање на тржишту државе која гарантује третман највећег повлашћења.¹⁸

Положај држава, који произлази из третмана “најповлашћеније нације”, правно значи нешто друго од онога што би се дословним језичким тумачењем употребљеног израза могло подразумевати. То није повлашћивање једне земље у односу на друге државе. Супротно од тога, ради се о изједначавању земаља и спречавању дискриминације у МТО.¹⁹

Код начела највећег повлашћења предмет поређења – *tertium comparationis* су права и повластице трећих држава. То значи да држава корисница (бенефицијар) највећег повлашћења може захтевати да јој се аутоматски признају, под истим условима, права која су ма којој трећој земљи призната на основу уговора, закона или чланством у СТО, или некој другој организацији.

На мултилатералном плану, *MFN* је први пут формализовано у споразуму *GATT*, 1947. године, и то путем члана 1(1). Овај члан је, у неизмењеној форми, задржан и у *GATT*-у из 1994. године и гласи: „у вези са царинама и другим дажбинама било које врсте које се намећу на увоз или извоз или се наплаћују на међународни трансфер средстава намењених за плаћање увоза или извоза, и у вези са начином утврђивања

¹⁶ *Ibidem*, стр. 184.

¹⁷ Више о клаузули највећег повлашћења у међународним трговинским односима: А. Ђирић, *нав. дело*, стр. 133-146; Радован Вукадиновић, Витомир Поповић, „Међународно пословно право“, Крагујевац – Бања Лука, 2005, стр. 91-99.

¹⁸ П. Цветковић, *нав. дело*, стр. 185.

¹⁹ А. Ђирић, *нав. дело*, 2012, стр. 65.

ових дажбина, као и са свим правилима и формалностима у вези са увозом и извозом, као и на сва питања која су предмет регулисања у ставовима 2 и 4 чл. 3²⁰, све предности, погодности, повластице или изузећа које једна страна уговорница одобрава ма којем производу пореклом из или намењеном другој земљи биће одмах и безусловно одобрени сличном производу који је пореклом из или намењен територији свих осталих страна уговорница“.

Из текста наведене одредбе се примећује да стандард најповлашћеније нације, у режиму права СТО, санкционише дискриминаторни третман у односу на „сличне“ производе („*like products*“). Такође, услов је да мера конституише „предност“ и да „предност“ није „одмах и безусловно“ дата свим сличним производима пореклом из других чаница СТО.²¹

Судећа тела СТО (а и панели током *GATT*- 1947 ере), подржали су широко дефинисање мера кроз које се може остварити предност једног над другим производима.²²

Тумачење израза „слични производи“ за сврху примене *MFN* начела остаје и пољу креативности и дискреције панелиста чланова Апелационог тела и њиховог виђења овог питања.²³

²⁰ Ради се о одредбама којима се уређује деловање начела националног третмана.

²¹ У вези са применом *MFN* начела посебно је карактеристичан и спор у вези са трговином банаана на тржишту Европске уније, *EC – Bananas III*. Европска унија је један од највећих увозника банаана у свету. При томе само у ЕУ постоје тарифна и количинска ограничења увоза банаана. Још 1975. године Европска економска заједница (ЕЕЗ) је потписала међународни уговор са 48 бивших колонија, пре свега, Француске и Британије, на основу кога им је признат режим бесцаринске трговине на територији ЕЕЗ. Међу тим државама су се налазиле: Обала Слоноваче, Камерун, Јамајка, Сомалија и друге. Истовремено су се на банане пореклом из држава Латинске Америке, пре свега из Еквадора, Коста Рике, Гватемале, Панама и других, примењивале увозне дажбине, режим сагласности и квоте. У априлу 1999. године утврђено да је нови режим ЕУ дискриминисао банане из Еквадора. ЕУ је обавезана да у року од 15 месеци усагласи режим трговине банаанама сагласно нормама и правилима СТО. Еквадор је 2000. године добио још један спор против ЕУ. СТО је обавезала ЕУ да, услед “банана политике”, на име причињене штете исплати Еквадору укупну суму од 201 милион америчких долара. То је пример у коме је мала земља у развоју добила спор против трговинског и политичког гиганта, какав је ЕУ. Цео “банана случај” је добио свој епилог тек у априлу 2001. године, када је ЕУ закључила споразум са САД и Еквадором. Главним уговорним достигнућем може се сматрати обавеза ЕУ да од 1. јануара 2006. године почне да примењује само тарифни режим за банане из земаља Латинске Америке, без квота и увозних лиценци, као и са значајним смањењем “преференцијалне” квоте за бивше колоније (наведено у: А. Ћирић, *нав.дело*, стр. 244.).

²² Видети извештаје панела у споровима „*US-MFN Footwear*“ и „*US-Customs User Fee*“, и Извештај Апелационог тела у спору „*EC – Bananas III*“.

²³ П. Цветковић, *нав.дело*, стр. 193. У вези са тим видети Извештај у спору “*EC-Asbestos*”.

Поред *GATT-a*, примена *MFN* начела је предвиђена и у осталим споразумима из система права СТО, у односу на поједине области у вези са трговином. Тако је, у односу на трговину услугама, *MFN* дефинисано у Општем споразуму о трговини услугама (*GATS*), у члану 2. *MFN* начело је садржано и у другим “обухваћеним споразумима”²⁴.

3.2. Друга рефлексивна начела недискриминације: принцип националног третмана

Док се применом система највећег повлашћења обезбеђује једнакост свих страних субјеката, односно њихових производа и услуга, начело националног третмана обезбеђује једнак положај страних субјеката, односно њихових производа и услуга са домаћим субјектима, односно домаћим производима и услугама, у одређеној делатности на унутрашњем тржишту једне државе. Дакле, предмет поређења (*tertium comparationis*) код националног третмана је статус домаћих привредних субјеката, робе и услуга у земљи која га гарантује.

Сагласно правилима СТО, претпоставка за примену националног третмана је да је на увезену робу плаћена царина и друге дажбине. Након плаћања увозних дажбина (приликом чега се примењује *MFN* начело), увезени производи уживају исти статус као и домаћи на тржишту земље пласмана у погледу примене пореских, и других дажбина, транспортних и других трошкова, као и укупног третмана.²⁵

Начело националног третмана уређено је чл. 3 *GATT-a*.²⁶ Одредбом чл. 3(1) предвиђено је да „*стране уговорнице признају да се таксе и остале домаће дажбине, као ни закони, уредбе и захтеви који се односе на продају, пуштање у промет, куповину, транспорт, дистрибуцију или употребу производа на унутрашњем тржишту, нити домаћи прописи о количинама који прописују мешање, прераду или коришћење извесних производа у одређеним количинама или сразмерама, неће примењивати*

²⁴ *MFN* начело је садржано у Споразуму о техничким препрекама у трговини (чл.2.1.) и у Споразуму о санитарним и фитосанитарним мерама (чл. 2.3.). О изворима права СТО и појму „обухваћених споразума“ видети детаљније: Предраг Цветковић, „Извори права Светске трговинске организације и њихов значај за државе у транзицији“, Балкан у процесу евроинтеграције: 20 година транзиције (Едиција Балканске студије; књ. 4), Филозофски факултет у Нишу, Ниш, 2009, стр. 137-161.

²⁵ А. Ћирић, *нав.дело*, стр. 71.

²⁶ Приликом интерпретације ове одредбе од значаја су и напомене уз члан 3 *GATT-a*, садржане у Анексу I *GATT-a*.

на увозне производе или домаће производе како би се на тај начин вршила заштита домаће производње.“

Према члану 3. *GATT*-а, овај систем још подразумева:

а) обавезу државе да се роби и услугама страног порекла призна истоветни третман на унутрашњем тржишту, као и роби и услугама националног порекла, укључујући опорезивање, примену националног законодавства, којим се регулише трговински, финансијски, административни, саобраћајни и други статусни положај;

б) обавезу држава да обезбеде национални режим иностраној роби на целој територији земље, укључујући и област локалних пореских дажбина.²⁷

За разлику од *MFN* начела које се примењује на сличне производе, начело националног третмана има уже дејство и примењује се у случају постојања дискриминаторних мера у односу на робу која је „директно конкурентна или заменљива“ домаћом робом (енг. „*directly competitive or substitutable goods*“).

Значајну активност поводом тумачења термина „сличан домаћи производ“ и „директно конкурентан и заменљив производ“ и њихову међусобну разлику, остварило је Апелационо тело у Извештају поводом спора *Japan-Alcoholic Beverages II*. Апелационо тело је извештају нагласило да се термин „сличан домаћи производ“ треба тумачити у ужем смислу у односу на сваки појединачни случај (*case by-case basis*). Као важне критеријуме у утврђивању значења овог термина, Апелационо тело је одредило крајњу употребу производа на датом тржишту, укусе и навике потрошача и карактеристике, природу и квалитет производа. Са друге стране, изнето је мишљење да се тарифне ознаке производа код везаних царинских стопа не могу сматрати поузданим критеријумом у утврђивању сличности производа, иако могу бити од помоћи, јер неке тарифне ознаке обухватају преширок круг производа. Следствено томе, Апелационо тело је вотку сматрало сличним производом у односу на јапански суши, зато што та два пића имају највише сличних карактеристика, и што је за оба производа јапанска царинска тарифа предвиђала исте царинске стопе.²⁸

²⁷ А. Ћирић, *нав.дело*, стр. 72.

²⁸ *Gupta* сматра да се Апелационо тело није у довољном степену ангажовало приликом интерпретације, и у том смислу није на адекватан начин одговорило изазову. Интерпретацију која је у овом спору примењена *Gupta* назива „сиромашном“ (е. „*poor interpretation*“) што за резултат има непредвидивост будуће примене СТО споразума. Видети: Ramon R. Gupta, “Appellate Body Interpretation of the WTO Agreement: A Critique in Light of Japan-Taxes on Alcoholic Beverages”, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 6 No. 3, 1997, стр. 683-716, с. 685. Детаљније о улози панела и Апелационог тела у тумачењу термина из споразума СТО видети у: Урош

На основу анализе *MFN* начела и начела најповлашћеније нације, може се закључити да је критеријум за дефинисање основа дискриминације национално порекло или дестинација производа или услуге, односно националност пружаоца услуга. Међутим, начело недискриминације делује и као независан, објективни правни стандард, чак и у одсуству дискриминације базиране на националном пореклу или дестинацији производа или услуге, односно националности пружаоца услуга. Пример постојања овог начела као независног стандарда су одредбе 3(3) (а) *GATT*-а и 6(1) Општег споразума о трговини услугама (*GATS*) које предвиђају закони, подзаконски акти, судске одлуке, и административне одлуке опште примене које се односе на трговину морају бити спроведени на јединствен, независан и разуман начин.²⁹

4. Изузеци од начела недискриминације

Иако егзистира као једно од темељних и суштинских принципа СТО, начело недискриминације се не примењује без изузетака. Правни систем СТО, а и обичајно право, допуштају читав низ изузетака од *MFN* начела и начела националног третмана. Оправдање за изузетке од принципа недискриминације лежи у чињеници да нису све државе подједнако привредно развијене и конкурентне. Уколико би се начело недискриминације примењивало без изузетака и у одсуству уважавања потреба неразвијених земаља и земаља у развоју, то би неизоставно водило њиховом даљем економском слабљењу. Такође, развоју међународне трговине доприносе и бројне регионалне међудржавне трговинске интеграције (пре свега царинске уније и зоне слободне трговине). У том смислу постоји потреба за уважавањем и њиховог интереса када је у питању дејство принципа недискриминације на универзалном плану.

Здравковић, “Улога интерпретативних правила Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године у решавању спорова пред Светском трговинском организацијом”, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова, Књ. 3, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2013, стр. 463-478; Урош Здравковић, Александра Васић, „Механизам решавања спорова у функцији интерпретације права Светске трговинске организације“, Право и друштвена стварност : научни скуп са међународним учешћем. Св. 1, Косовска Митровица, Правни факултет, 2014, Стр. 167-182; Урош Здравковић, „Интерпретативна надлежност панела и Апелационог тела у поступку решавања спорова пред Светском трговинском организацијом“, *Право и привреда*, Бр. 4-6, 2014, стр. 462-475.

²⁹ Видети: П. Цветковић, *нав. дело*, стр. 184.

Дискриминацијом се, пре свега, не сматрају једностране повластице и преференцијали које развијене земље дају неразвијеним или земљама у развоју. Такви преференцијали се примењују на асиметричној (нереципрочној) основи у корист неразвијених земаља. Другим речима, у међународној трговини је дозвољена тзв. позитивна дискриминација у корист неразвијених земаља, или земаља чије су привреде у развоју. Повластице које се додељују таквим земљама не могу бити предмет поређења од стране развијених земаља у контексту примене *MFN* начела. Погодности које се признају земљама у развоју одговарају и правилима СТО, која се испољавају кроз примену принципа специјалног и диференцираног режима у трговини са тим земљама.³⁰ Такође, државама у развоју је дозвољено да примењују међусобне преференцијале, без обавезе да такве повластице обезбеде за развијене државе, дејством начела најповлашћеније нације.

Повластице које државе међусобно признају у оквиру билатералног или регионалног трговинског споразума којим се успоставља царинска унија или зона слободне трговине, такође не могу бити предмет поређења од стране трећих држава које се позивају на *MFN* начело. Царинске уније и зоне слободне трговине се, готово увек, трговинским споразумима изузимају од дејства клаузуле најповлашћеније нације. Стога је у правној литератури и настало мишљење да је ово изузимање прерасло у међународно обичајно право.³¹ Повластице дате у оквиру царинских унија или зона слободне трговине предвиђене су као изузетак од примене *MFN* начела и у самом *GATT*-у (чл. 24).

Треће државе се такође не могу позивати на повластице које су додељене на основу споразума о пограничном и малограничном промету, које закључују суседне земље. Смисао узајамних повластица је у отклањању негативног дејства границе, која она може имати на развој граничних подручја која се простиру на територијама суседних држава и представљају економску целину.³² Услед тога се оне редовно изузимају од режима најповлашћеније нације.

Дискриминацијом се не сматрају ни мере које државе спроводе као одговор на мере офанзивног протекционизма попут дампинга, субвенција и сл. Уколико се установи да нека чланица СТО примењује дампинг или субвенције, чланица чија привреда због тога трпи штету, или постоји опасност од наступања штете, може увести додатне мере заштите у виду антидампиншких или компензаторних дажбина. Држава над чијим се извозом спроводе додатне мере заштите се не може позивати на начело

³⁰ Детаљније о системима преференцијала: А. Ђирић, *нав. дело*, стр. 106-109.

³¹ *Ibidem*, стр. 143.

³² *Ibidem*.

недискриминације, све док не обустави мере офанзивног протекционизма. Међутим, и држава која уводи додатне мере заштите, то не сме чинити на начин на који би те мере представљале прикривену дискриминацију, већ то мора то чинити на недискриминаторан и транспарентан начин, и након спроведеног поступка предвиђеног правилима СТО.

5. Механизам заштите од дискриминације у праву СТО

Поред тога што прокламује начело недискриминације и на исцрпан начин уређује садржину тог начела, правни систем СТО поседује и ефикасан механизам за заштиту од дискриминаторних мера. Тај механизам се састоји у систему решавања спорова, по којем се СТО битно разликује од осталих универзалних међународних организација. Свака чланица СТО има на располагању мултилатерлни механизам за решавање спорова, у оквиру кога може покренути поступак против чланице за коју сматра да примењује дискриминаторне мере и тиме јој наноси штету.

Према *Тирићу*, међународни спорови трговинског карактера најчешће настају у вези са применом мера националних спољнотрговинских политика појединих земаља, које могу повредити права других држава. Настају у вези са предузимањем мере унилатералног карактера државе или слободне царинске територије, које по оцени једне или већег броја других чланица, противурече споразумима постигнутим у оквиру СТО.³³

Основни извор права за решавање спорова у оквиру СТО је Договор о правилима и процедурама за решавање спорова. Пун назив Споразума на енглеском језику гласи „*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*”, мада се чешће употребљава скраћени назив “*Dispute Settlement Understanding*” или „*DSU*”. Овај Споразум формално представља Анекс 2 Споразума о оснивању СТО. Механизам који *DSU* успоставља сматра се најважнијим аспектом и најзначајнијим достигнућем трансформације *GATT-1947* у СТО.³⁴ Многи аутори га називају „драгуљем у круни“ СТО³⁵, и

³³ Александар Тирић, *нав.дело*, 2012, стр. 238. и 242.

³⁴ Током Уругвајске рунде (1986-1994), преговарало се и о ефикаснијем механизму решавања спорова, који би био искључиво заснован на праву (*eng. rule-oriented*) и резистентан на политичке утицаје. Циљ преговарача је био успостављање делотворног мултилатералног форума специјализованог за трговинске спорове, где би спорове решавали независни експерти, и који би обезбедио једнак и равноправан третман свим учесницима, без обзира на њихову економску или политичку снагу.

³⁵ Gavin Goh, David Morgan, “Political Considerations and Pragmatic Outcomes in WTO Dispute Rulings”, *UNSW Law Journal*, Volume 30(2), 2007, стр. 478; Humayun Rasheed

представљају га као „тријумф легализма над политиком у међународним односима.“³⁶

Спорови се решавају искључиво посредством мултилатералног форума у оквиру СТО. Одлуке се заснивају на правним, а не на политичким и дипломатским основама. У литератури се овај концепт означава као „*rule oriented approach*“.³⁷ Судаћа тела СТО (панели и Апелационо тело) имају једино мандат да утврде да ли је нека мера несагласна са одређеном нормом споразума у оквиру СТО, и да у складу са тим утврде своје препоруке. Политичка питања и политичко-економски односи између страна у спору нису релевантни за доношење одлуке и судаћа тела немају мандат да посредују ради постизања политичких компромиса. Спорове решавају независни експерти (панелисти и чланови Апелационог тела). Они иступају самостално, а не као представници својих, нити влада држава у спору.

Функцију специјалног Органа СТО за решавање спорова – ОРС, обавља Генерални савет СТО, који се често назива и Комитет за решавање спорова. ОРС је стални орган, који оснива два органа и то: експертску групу – панел, за разматрање конкретних спорова, који има карактер арбитражног већа или трибунала, као и Апелационо тело - АТ, које у својству другостепеног органа решава спор у поступку по жалби на извештаје, одлуке и препоруке панела.³⁸ Дакле, у решавање спорова су укључене три, односно четири унутрашње институције СТО: Орган за решавање спорова (ОРС) - (*Dispute Settlement Body - DSB*); панели (*panels*); Апелационо тело (*Appellate Body - AB*) и Арбитража (*Arbitration*), под одређеним условима.³⁹

Посматрано из позиције чланице СТО која трпи штету због дискриминаторних мера, систем решавања спорова гарантује исход у виду усвајања извештаја (одлука) од стране ОРС, који има правну природу пресуде и поседује обавезујуће дејство за стране у спору. За чланицу за коју је установљено да примењује дискриминаторне мере, усвајање

Khan, “Ambitious Quest for Rule- Oriented Dispute Settlement System of WTO”, *Asian Journal of Multidisciplinary Studies*, Volume 2, Issue 10, 2014, стр. 90.

³⁶ Geoffrey Garrett, James McCall Smith, “The Politics of WTO Dispute Settlement”, Occasional Paper Series, UCLA International Institute, UC Los Angeles, 2002, стр. 1. Рад је доступан на Интернет адреси: <http://escholarship.org/uc/item/4t4952d7>.

³⁷ Александар Ћирић, „Светска трговинска организација као форум решавања међународних трговинских спорова”, Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије : тематски зборник радова. Књ. 4, уредник Невена Петрушић, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2008, Стр. 165-184 (с.167-168).

³⁸ А. Ћирић, *нав.дело*, 2010, стр. 491.

³⁹ *Ibidem*.

извештаја подразумева обавезу да престане са применом тих мера и евентуално надокнади штету другој чланици, док извршење тих обавеза надгледају органи СТО. Дакле, функционисање система решавања спорова и ефикасно извршење одлука које се у споровима доносе, представља својеврстан вид гаранције у односу на целокупан поредак установљен системом СТО.⁴⁰

Uroš Zdravković
Assistant
Faculty of Law, University of Niš

PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL TRADE RELATIONS

Summary

Contemporary international trade relations are today reflected through the World Trade Organization (WTO) and its system of law and principles. Therefore, the WTO legal system represents a regulatory framework of today's international trade relations at the global level. The principle of non-discrimination is a basic principle in the WTO law, which is achieved through two principles that enable equal treatment for goods and services: the most favored nation principle and principle of national treatment.

Most favored nation principle, in the WTO context, means that any advantage, favour, privilege or immunity granted to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties. The *tertium comparationis* in the MFN principle are rights and benefits granted to third states.

The principle of national treatment ensures equal status for foreign subjects, their products and services with domestic subjects and their products and services, in certain activity on internal market of domestic state. Therefore, the *tertium comparationis* in the national treatment is a status of domestic business subjects, goods and services in the state which guarantees it. After payment of custom tariffs (where MFN applies), imported products enjoy the same status as domestic one on the market of importing state, regarding tax and other tariffs, transport and other costs, and overall treatment.

⁴⁰ А. Ћирић, *нав.чланак*, стр. 168.

The WTO law and customary international law recognize certain exceptions from non-discrimination principle, regarding various circumstances under which derogation of that principle is justified.

Under its legal-based dispute settlement system, the WTO law provides efficient mechanism for protection from discrimination.

Александра Васић
Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

ЗАШТИТА ОЗНАКА ГЕОГРАФСКОГ ПОРЕКЛА У ФУНКЦИЈИ УНАПРЕЂИВАЊА КОНКУРЕНТНОСТИ¹

Апстракт: У чланку је анализирана усклађеност прописа које је Република Србија усвојила у области заштите ознака географског порекла са релевантним прописима ЕУ из ове области. Потпуна хармонизација са *acquis communautaire* требало би да створи могућност да Србија своје производе пласира на светско тржиште и да те брендове у правном смислу заштити. Србија је богата природним, пољопривредним и прехрамбеним производима који се производе у неразвијеним руралним подручјима. За разлику од европских произвођача, српски произвођачи нису у довољној мери препознали економски интерес у заштити својих производа ознакама географског порекла те много мање користе овај вид заштите. Због тога сматрамо да адекватан систем заштите, усаглашен са европским и светским стандардима, представља значајан економски потенцијал за развој руралних подручја и може да обезбеди конкурентност српских производа обележених ознакама географског порекла и на европском и на светском тржишту.

Кључне речи: ознака географског порекла, Србија, ЕУ.

Увод

У савременој глобалној економији географске ознаке порекла представљају драгоцено маркетиншко средство. Од најранијих дана у Европи су производи означени ознаком географског порекла (у даљем тексту: ОГП) били доживљавани од стране потрошача као производи посебних квалитета, које други производи те врсте не поседују. Управо су поједине европске земље које имају дугу историју традиционалне производње појединих производа који потичу са одређеног локалитета, а где се дати квалитет, репутација или друге карактеристике производа суштински могу приписати географском пореклу, инсистирале на развијеном систему заштите географске ознаке порекла. Савремена

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту “Усклађивање права Србије са правом Европске Уније” који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013- 2018. године.

тржишна утакмица врши константан притисак на произвођаче и даваоце услуга и тражи од њих да континуирано побољшавају квалитет својих производа и услуга и снижавају цене. Као један од основних разлога због којег се заштита ОГП правно уређује јесте чињеница да производи и услуге који носе одређену ознаку географског порекла код потрошача стварају представу да поседују бољи квалитет у односу на исту врсту производа и услуга који нису обележени ОГП. Отуда не треба да чуди сто ОГП све више добија на значају, посебно у ЕУ.

Правни оквир за заштиту ознака географског порекла у Србији и усклађеност са правом Европске Уније

На међународном плану не постоји унифициран систем заштите ОГП, па између држава постоје велике разлике у начину на који се гарантује заштита ОГП.² Начелно, преовладавају два облика заштите. Први облик заштите остварује се применом прописа о нелојалној конкуренцији на тржишту. Други облик заштите је регулисан путем посебних прописа о заштити ОГП. Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине - ТРИПС, као најзначајнији мултилатерални споразум који регулише предметну област, предвиђа заштиту ОГП као *sui generis* права индустријске својине. Међутим, државама потписницама је допуштено да изаберу најпогоднији начин за имплементацију Споразума што доводи до постојања битних разлика у националним законодавствима.³ Фундаментална разлика огледа се у томе што нека национална законодавства предвиђају систем регистрације, а нека систем употребе географских ознака.⁴

Као и највећи број држава у свету, и у Србији је ова материја првобитно била регулисана применом правила о нелојалној конкуренцији, а *sui generis* заштита ОГП први пут је у Србији уведена 1981. године. Важећи српски Закон о ознакама географског порекла⁵ из 2010. године у

² Детаљна анализа система заштите ОГП у 160 држава чланица WTO описана је у студији “Geographical Indications and TRIPs: 10 Years Later... A Roadmap for EU GI holders to get protection in other WTO Members”, доступно на http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2007/june/tradoc_135088.pdf (10.3.2013).

³ Више о томе у: Поповић, Душан, *Критички осврт на Споразум о трговинским аспектима интелектуалне својине (ТРИПС)*, Усклађиване пословног права Србије са правом ЕУ, Правни факултет Универзитета у Београду, 2011, стр.357.

⁴ Више о томе у: O Connor, Bernard, *Sui generis protection of geographical indication*, Drake Journal of Agricultural Law, vol.9, 2004, p. 364.

⁵ Закон о ознакама географског порекла, Сл. гласник РС, бр. 18/2010.

потпуности имплементира одговарајуће одредбе ТРИПС-а, а посебно оне које се односе на мере на спровођење заштите ОГП.⁶

У Србији је овој области права интелектуалне својине у последњих неколико година, у законодавном смислу посвећена знатна пажња, па су прописи у овој области у потпуности усаглашени са међународним и европским законодавством. Један од циљева који се желео постићи усаглашавањем домаћих прописа са међународним законодавством јесте подизање конкурентности и квалитета српских прозивода (пре свега пољопривредних), како би лакше стигли до европског тржишта. Међутим, чињеница је да би поједине одредбе Закона о ОГП требало допунити и ажурирати како би се потпуно ускладили са *acquis communautaire*, односно са прописима Уредбом ЕУ 510/2006.⁷

Најпре желимо да истакнемо да ЗОГП има шири обим примене у односу на Уредбу 510/2006 јер се примењује на пољопривредне и прехрамбене производе и на све природне и индустријске производе, прозводе домаће радиности и на услуге.⁸ Подвлачимо да Закон прописује да се ознакама порекла могу заштити и услуге, што нарочито иде у корист бањским лечилиштима, којих у Србији има много. Надаље, ЗОГП, у складу са Уредбом 510/2006, познаје име порекла и географску ознаку и дефинише их на исти начин како је то учињено у законодавству ЕУ. Тако је име порекла производа дефинисано као географски назив земље, региона или локалитета, којим се означава производ који одатле потиче, чији су квалитет и посебна својства искључиво битни или битно условљени географском средином, укључујући природне и људске факторе и чија се производња, прерада и припрема у целини одвијају на одређеном географском подручју.⁹ Примећујемо да српски ЗОГП, за разлику од Уредбе 510/2006,¹⁰ квалитет и посебна својства производа прописује као кумулативне услове за заштиту имена порекла.

На основу ЗОГП, географска ознака је ознака која идентификује одређени производ као производ пореклом са територије одређене земље, региона или локалитета, где се одређени квалитет, репутација или друге

⁶ Србија још увек није члан Светске трговинске организације, али је готово у потпуности завршила поступак реформисања националног права интелектуалне својине у складу са одредбама ТРИПС-а.

⁷ Council Regulation (EC) No. 510/2006 of 20 March 2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs.

⁸ Овај закон се не примењује на ракију и вино и друга алкохолна пића у делу у коме су стицање и систем заштите, као и остваривање права коришћења ОГП на тим производима, уређени посебним прописима.

⁹ Цл. 3 ЗОГП.

¹⁰ ЦЛ. 2 Уредба ЕУ 510/2006.

карактеристике производа суштински могу приписати његовом географском пореклу и чија се производња и/или, прерада и/или припрема одвијају на одређеном ограниченом подручју.¹¹ За разлику од ЗОГП, где је дефинисана као “ознака”, Уредбом 510/2006 географска ознака је дефинисана као име региона, локалитета или у изузетним случајевима земље.

Као једно од напорнијих питања када се ради о усклађености српског ЗОГП и Уредбе тиче се подносиоца пријаве за регистровање ОГП. Српским прописима је предвиђено да пријаву за регистровање ОГП могу поднети: домаће физичко или правно лице које на одређеном географском подручју производи производе који се означавају називом тог географског подручја или њихова удружења, привредне коморе, удружења потрошача и државни органи заинтересовани за заштиту имена порекла, односно географске ознаке у оквиру својих активности, и страна физичка и правна лица, односно страна удружења, ако је име порекла, односно географска ознака призната у земљи порекла, када то произилази из међународних уговора.¹² Ако узмемо у обзир чињеницу да је ОГП колективно право свих учесника у производном ланцу одређеног производа са конкретног географског положаја, поставља се као логично питање којим се разлозима руководио српски законодавац када је прописао овакво законско решење. Наиме, од изузетне је вазности да подаци о специфичним карактеристикама производа (спецификација) буду израђени тако да одражавају реално стање на конкретном подручју, што је могуће једино уколико сви учесници у производном ланцу дефинишу и поставе правила која се тичу специфичних својстава тог производа. Стога сматрамо да овакво законско решење ствара опасност од израде спецификације која одговара интересима појединчаног произвођача и која је неприменљива за остале произвођаче са конкретног подручја који имају право да стекну статус овлашћеног корисника ОГП. То би, логично, довело до успостављања монопола подносиоца пријаве за установљавање ОГП јер остали произвођачи не би могли да испуне улове који су предвиђени у спецификацији, што је у колизији са самом природом ОГП као колективног права свих произвођача са конкретног подручја који производе на одредјени, устаљени нацин. Мислења смо да горе споменуто законско решење треба ревидирати и ускладити са Уредбом 510/06, уважавајући специфичне околности и традицију у Србији где сами произвођачи нису довољни мотивисани за удруживање.

¹¹ Чл. 4 ЗОГП.

¹² Чл. 18. став 2 ЗОГП

Уредба 510/2006 предвиђа могућност изјављивања приговора на регистрацију ОГП.¹³ Српски закон није превидео овај институт због чега је онемогућено учешће свих заинтересованих лица која потенцијално могу бити овлашћени корисници у поступку испитивања испуњености услова за признање ОГП.¹⁴

Институт огласавања ништавим решења о признању ОГП, као и поступак за оглашавање ништавим, су у српском праву уређени на другачији начин у односу на Уредбу. Наиме, ЗОГП прописује да се ОГП оглашава ништавом ако се утврди да у време када је утановљена нису били испуњени услови за њено признање. Такође, прописано је и да се укида статус овлашћеног корисника ОГП у случају када се утврди да су након његовог признавања престали да буду испуњени услови за признавање.¹⁵ Дакле, статус овлашћеног корисника ОГП, према слову Закона, може бити укинут уколико лице коме је статус признат више не производи дати производ на одређеном географском подручју, односно уколико производ који производи више не поседује квалитет, посебна својства, односно репутацију у складу са подацима о специфичним карактеристикама производа.¹⁶ С друге стране, Уредбом 510/06 прописано је да Комисија може поништити регистровану ОГП ако се утврди да производ који је заштићен том ознаком више не испуњава услове из

¹³ Чл. 7 Уредбе ЕУ 510/2006.

¹⁴ Српски законодавац је, такође, пропустио да овај институте имплементира у жиговно право. Наиме, Закон о жиговима Републике Србије из 2009. године није предвидео поступак по приговору на пријаву за регистрацију жига као средство које би требало да осигура да само они знакови који испуњавају неопходне услове уживају жиговно правну заштиту. Завод за интелектуалну својину је задужен да *ex officio* испитује постојање тзв. релативних разлога за одбијање регистрације жига тако да носиоци права на жиг немају могућност да се у релативно јефтиним и делотворном поступку супроставе регистровању другог знака којим се повређује њихово раније стечено право. Насупрот нашем Закону о жиговима, у праву ЕУ је Уредбом Савета 207/2009 о комунитарном жигу од 26. фебруара 2009. године (*CTMR - Community trade mark regulation*) прописан поступак опозиције који представља најзначајнију фазу у поступку регистрације жига. Искуства европских земаља показују да поступак по приговору на пријаву жига има значајне предности. Пре свега, носиоци раније стечених права су у могућности да избегну вођење других и скуних судских поступака за поништај жига којим се вређају њихова права. Такође, државне агенције које су овлашћене да одобравају регистрацију знакова више немају обавезу да испитују постојање већ регистрованих жигова. Видети висице у : Васић, Александра, О целисходности увођења приговора на пријаву жига у српско законодавство, *Зборника радова Правног факултета у Нишу*, бр. 68, 2014., стр. 727.

¹⁵ Чл. 62. ЗОГП.

¹⁶ Чл. 32. ЗОГП.

спецификације,¹⁷ што нас доводи до закључка да институт оглашавања ништавим из Уредбе у суштини одговара нашем институту укидања својства овлашћеног корисника ОГП, а да у Уредби уопште није регулисано оглашавања ништавим решења о признању ОГП.

Мишљења смо да је српски ЗОГП у великој мери усклађен са релеватним прописима ЕУ који регулишу ову област, а да поједине одредбе које смо горе анализирали захтевају даљу анализу и усаглашавање са *acquis communautaire*, уз уважавање специфичних околности и традиције Републике Србије у домену производње производа заштићених ОГП.

Стање и перспективе развоја система заштите ОГП у Србији

Ознака географског порекла представља значајно маркетиншко средство, доприноси комерцијалној вредности производа и олакшава његов пласман на тржишту. На тај начин, правна заштита ознака географског порекла доприноси тржишном развоју производа. Адекватан систем заштите ознака географског порекла, који је усаглашен са европским и светским стандардима, представља значајан економски и привредни потенцијал за развој руралних подручја у Србији. Потпуна хармонизација српских прописа из ове области требало би да створи могућност да Србија своје производе пласира на светско тржиште, као и да те брендове у правном смислу заштити. С тим у вези, Србија је средином 2011. године усвојила Стратегију развоја интелектуалне својине за период од 2011. до 2015. године којом су предвиђене мере које имају за циљ потпуно усклађивање заштите ОГП са законодавством ЕУ.¹⁸ Овим документом је предвиђено и помагање финансирања заштите ОГП традиционалних и специфичних производа, у смислу да надлежна министарства финансирају поједине пројекте заштите ОГП производа који су предложени од стране произвођача пољопривредних и прехранбених производа.

Неспорно је да у Србији постоји традиционална производња и да локални произвођачи поштују одређене стандарде производње како би се обезбедила репутација ознаке порекла. Међутим, пракса показује да српски произвођачи у довољној мери не користе предности

¹⁷ Чл. 32. Уредбе ЕУ 510/2006

¹⁸ Овом стратегијом, Република Србија се легитимише као земља која препознаје развојну улогу и значај интелектуалне својине, на начин на који је то учињено у Европској стратегији за паметан, одржив и свеобухватан раст – ЕВРОПА 2020. Текст је доступан на http://rpkn.com/images/stories/ekologija/strategija_razvoja_is.pdf (10.5.2013.)

установљавања ознаке порекла за своје производе. У Србији су ознакама географског порекла до сада заштићена шездесет четири производа, а о заштити истих у ЕУ разговараће се у току приступних преговора. Будући да вредност географске ознаке порекла почива на убеђењу потрошача да тако обележени производи поседују посебна својства и квалитет, то утиче на повећану тражњу истих и има значајан економски учинак. С обзиром да су производи са ОГП производи са посебним својствима и карактеристикама који потичу од њиховог географског порекла, јасно је да могу да буду пласирани на инострано тржиште где немају никакву конкуренцију због чињенице да нема сличних производа или замене.

У Србији је велики број пољопривредних производа познат по свом пореклу и начину прераде или узгоја. Имена као што су лесковачки ајвар, футошки купус, ариљска малина и друга, довољно говоре о јединственом агроекономском и културном контексту који стварају квалитет производа на који се односе. Међутим, велики број познатих производа који имају географско порекло у Србији, не носи ОГП па самим тим и не подлеже правној заштити. Управо је то разлог што се у пракси дешава да страна правна лица наше познате производе са географским пореклом региструју као међународне жигове, као што је то учињено са ајваром и шљивовицом, услед чега домаћа привреда трпи огромне економске губитке.¹⁹ С друге стране, када је реч о установљеним ОГП, у пракси се често дешава да за поједине уопште не постоје овлашћени корисници истих. Као један од разлога за овакву ситуацију сигурно можемо да наведемо опште осиромашење друштва где потрошачи нису у могућности да приуште производ заштићен ОГП, који је по правилу увек скупљи од незаштићеног производа исте врсте. Други разлог је специфична традиција у Србији где мали произвођачи нису мотивисани да се међусобно удружују. Наиме, ОГП, као врста алата за развој бизниса, би требало да буду покретач стварања локалне, руралне интеграције не само произвођача, већ и трговаца, дистрибутера и извозника. С обзиром да ОГП представља колективно право и национални ресурс логично би било да произвођачи и друга лица која су уложила средства у заштиту и развој конкретног производа са географским пореклом подижу заједничку

¹⁹ Чешка је 2007. године у ЕУ као производ географског порекла заштитила своју врсту ракије од шљиве у Моравској, под називом “сливовице”. Србија ће, када то буде желела да учини на нивоу ЕУ, имати проблем па ће вероватно моћи да добије заштиту своје ракије од шљиве само под називом “српска шљивовица”. Више информација на <http://voiceofserbia.org/content/international-economic-review-step-closer-eu>.

менаџмент платформу, воде рачуна о питањима квалитета, праве заједничке маркетинг стратегије и слично.²⁰

Мишљења смо да за одређене традиционалне и типичне производе, као и за њихове прозивођаче који су углавном мали, као и за регионе који су неразвијени, удаљени, а којих у Србији има много, развој и заштита производа са ОГП представља често једину могућу стратегију економског развоја.²¹ Генерално гледано, највеће тржиште за домаће производе са ОГП је локално и национално, али би за српске производе у иностранству примарна циљна група требало да буде наша дијаспора широм света, којој се кроз ланце специјализованих продавница и ресторана могу пласирати производи. Србија је ипак богата традиционалним локалним производима које би требало да што пре економски валоризује кроз систем глобалне трговине. Такође, требало би обезбедити континуирану едукацију произвођача о значају ОГП, као и помоћ приликом финансирања заштите традиционалних производа.

Закључак

Будући да је Србија претежно пољопривредна земља, мишљења смо да би заштита ОГП требало посветити више пажње. Закон о ОГП из 2010. године је у великој мери усклађен са релеватним прописима ЕУ који регулишу ову област, а његове поједине одредбе захтевају даљу анализу и усаглашавање са правом ЕУ, уз уважавање специфичних околности и традиције Републике Србије у домену производње производа заштићених ОГП. Само систем који је компатибилан са системом заштите ОГП у ЕУ ће обезбедити конкурентност српских производа на глобалном тржишту. Стога сматрамо да би овој теми стручна јавност у земљи требало да посвети знатну пажњу, како бисмо се на време упознали са трендовима правне заштите географске ознаке порекла на међународном плану. Посебну пажњу би требало обратити на трендове које у овој области права интелектуалне својине диктирају Европска Унија и Сједињене Америчке Државе и на искуства ових земаља, а у светлу

²⁰ Evans, G.E., Blakeney, M.: The Protection of Geographical Indications After Doha: Quo Vadis?, *Journal of International Economic Law*, <http://gaileevans.com/EvansGIsAfterDohaJIEL06.pdf>

²¹ Швајцарска влада је у Србији финансирала трогодишњи Пројекат у области права интелектуалне својине који је имао за циљ заштиту географских ознака и унапредјење система који се односе на ову област. Стручњаци су се посветили конкретном раду са произвођачима селектованих производа који имају потенцијал или већ носе ознаку порекла (селектована су четири производа: сјенички судзук, лековачки ајвар, златарски сир и сремски кулен.)

промена које ће донети нови трговински споразум *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)* које ће се без сумње одразити и на Србији, као будућу чланицу ЕУ.

Aleksandra Vasić
Assistant
Faculty of Law, University of Niš

PROTECTION OF APPELLATIONS OF ORIGIN IN FUNCTION OF IMPROVEMENT OF COMPETITIVENESS

Summary

Since Serbia is predominantly an agricultural country, we think that more attention should be paid to protection of geographical indications. The Law on Appellations of origin (2010), is largely harmonized with the relevant EU regulations governing this area, while some of its provisions require further analyses and harmonization with the EU law, with respect to specific circumstances and tradition of the Republic of Serbia in the field of producing products protected with geographical indications. Only a system that is harmonious with the system of protection of geographical indications of the EU will ensure competitiveness of Serbian products on the Global market. Therefore, we think that Professional public in the country should devote considerable attention to this topic in order to meet Legal protection trends of geographical indications at International level on time. Particular attention should be paid to trends that in the area of Intellectual Property Rights have been dictated by the EU and USA and to the experience of these countries in the light of changes that will be brought by the new Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), which will, no doubt, reflect Serbia as a future member of the EU.

Гордана Дамјановић

**Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици**

(НЕ)ДИСКРИМИНАЦИЈА СПОРАЗУМА О ТРГОВИНСКИМ АСПЕКТИМА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

Апстракт: Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине је интегрални део система Светске Трговинске Организације. Споразум је унео веома важну промену међународних стандарда који се односе на право интелектуалне својине. У питању су стандарди који промовишу јаку заштиту интелектуалних права у циљу подстицаја стваралаштва и трансфера технологије. Споразум је такође по први пут на адекватан начин регулисао питање спровођења заштите интелектуалних права у циљу ефикасне борбе против пиратерије и кривотворења. Један од најзначајнијих принципа је принцип најповлашћеније нације који је гаранција недискриминаторског третмана свих земаља са којима је закључен Споразум. Али, на светско тржиште је могуће ући без дискриминације само уз чланство у СТО, док је за улазак у исту потребно извршити реформу целокупног законодавства. Једна од карактеристика Споразума је флексибилност у односу на имплементирање одредаба у правне системе земаља у развоју, које немају одговарајућу стручност и административне капацитете. Намеће се питање, да ли стандарди успостављени Споразумом једнако одговарају свим земљама, без обзира на степен развијености, или су поједине земље прихватиле одребе из политичких, а не економских разлога. И да ли је реално очекивати потпуну реализацију принципа забране дискриминације у садашњем степену развоја глобализације.

За сада, успешно функционисање међународне заштите права интелектуалне својине у контексту међународног економског поретка зависи од испуњења обавеза из GATTA i TRIPS а од стране свих земаља чланица СТО.

Кључне речи: патенти, трансфер технологије, принцип најповлашћеније нације, спровођење заштите.

Истраживање и иновације су одувек биле покретач цивилизацијског развоја. Преиндустријски период био је карактеристичан по локалним технологијама, а основни ресурс је био људски род, док је коришћење енергетских и материјалних извора било

ограничено. Претварањем постигнутих научних сазнања у технолошка открића и ерупцијом проналазака започета је индустријска револуција, док је развој информационих технологија и биотехнологије карактеристика постиндустријског периода. Покретац развоја је знање, док је извор знања образовање, истраживање и развој.

Још 50 их година прошлог века неокласични економисти, предвођени Робертом Солоувом (Robert Solow), почели су да указују на технолошки напредак као важну променљиву величину економског раста. Све до тада се сматрало да је капитал главни чинилац економског раста. Међутим Солоув је дошао до закључка да повећање капитала доприноси мање од 20% порасту бруто националног производа по запосленом, пораст у радној снази и капиталу чини половину раста бруто националног производа, док је необјашњиви остатак раста, касније познат као „Солоув остатак“, последица технолошког напретка.¹ Економски раст зависи од стопе раста капитала, рада и технолошких усавшавања. Технолошки напредак је онај кључни чинилац који води ка економском развоју. С обзиром да је било немогуће игнорисати комерцијални ефекат нових открића и развоја науке, право интелектуалне својине је постало мост за превазилажење јаза између научног развоја са једне и комерцијалне експлоатације истог, са друге стране².

Глобална природа технолошких истраживања (посебно истраживања у области биотехнологије) захтевала је стварање наднационалних правила у области интелектуалне својине. До закључивања Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (у даљем тексту TRIPS³) једина организација која се бавила међународном заштитом интелектуалне својине била је Светска организација за интелектуалну својину (у даљем тексту WIPO⁴). WIPO је од 1974. године постала специјализована агенција УН за питања интелектуалне својине. Задаци и циљеви ове организације су се временом мењали и прилагођавали друштвеним променама, али је њен суштински задатак одувек био, промовисање заштите интелектуалне својине широм

¹ К.Идрис, *Интелектуална својина, моћно средство економског раста*, Београд, 2003., стр.21.

² E.R. Gold, „*Exclusive right in life, biotechnology, genetic manipulation and intellectual property right*“, *Molecular method of plant analyss*, Vol.23, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2003., str 1.

³ TRIPS-Trade –*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

⁴ WIPO-*World Intellectual Property Organization*.

света, кроз сарадњу земаља чланица и у сарадњи са другим међународним организацијама.⁵

WIPO је администратор и депозитар за 24 међународна уговора из области интелектуалне својине који образују неколико унија попут Бернске, Париске, Мадридске, Хашке, Локарнске, Лисабонске и других унија.⁶ Организација данас окупља 184 државе, док 69 међувладиних организација и 285 невладиних организација присуствује седницама у својству посматрача. Чланица WIPO може бити само држава која је положила инструмент ратификације или сагласности Генералном директору у Женеви.

Држава чланица Бернске или Париске уније може постати чланица само ако је прихватила минимум административних одреби Штокхолмског акта Париске конвенције, од 1967. Године, или Париског акта Бернске конвенције од 1971. године. Чланица WIPO може постати и држава која није чланица наведених конвенција, али је чланица УН, затим, ако је члан Међународне агенције за атомску енергију, или је потписала Статут међународног суда правде, или је добила позив да постане чланица од стране Генералне Скупштине WIPO.⁷

Високо развијене земље попут Јапана, САД и ЕУ, инсистирале су на проналажењу ефикаснијег начина заштите интелектуалних права, јер су сматрале да дотадашњи систем заштите интелектуалних права није био довољно ефикасан у спречавању недозвољеног коришћења интелектуалних права.

Због различите перцепције улоге интелектуалне својине у процесу економског развоја, током седамдесетих и осамдесетих година прошлог века, у оквиру WIPO није постојала могућност увођења глобалних стандарда за ефикасно спровођење права интелектуалне својине. Ни један случај није доведен пред Међународни суд правде, а да се тиче заштите интелектуалних права. Због тога је било потребно донети строжа правила на међународном нивоу, како би се омогућило свим земљама да прибегну

⁵ Конвенција о оснивању Светске организације за интелектуалну својину закључена је у Стокхолму 1967. године, док је наша земља ратификовала ратификовала Конвенцију 1972. "Сл. лист СФРЈ—Међународни уговори и други споразуми", бр. 31/72.

⁶ Пре оснивања Организације било је закључено само седам међународних уговора из области интелектуалне својине.

⁷ С. Јелисавац, "Међународно регулисање права интелектуалне својине" Међународни проблеми, 2004., вол. 56, бр стр. 13.2 - 3, стр. 13.

казненим мерама, укључујући повлачење царинских повластица према земљама које не санкционишу кривотворење и пиратерију.⁸

Управо је систем санкција, који је обезбедио Општи споразум о царинама и трговини (у даљем тексту ГАТТ), био основни разлог што су високо развијене земље инсистирале да се одређена хармонизација правила интелектуалне својине обезбеди кроз систем ГАТТа, а не путем ревизије Уговора закључених под окриљем WIPO.

ГАТТ, СТО и TRIPS

Након II светског рата, УН су иницирале стварање једне мултилатералне институције која ће креирати светски трговински систем и која ће бити пандан већ основаним организацијама, као што су Међународни монетарни фонд и Светска банка за обнову и развој, које се брину о финансијама, док би нова организација требало да се брине о међународној трговини робом и услугама.

ГАТТ⁹ је закључен 1947. године и постао једини споразум (све до 1994. године) који је креирао међународну трговинску политику. Потреба за либерализацијом трговинског система утицала је да број земаља чланица временом расте, али се и број области међународне трговине, које су биле обухваћене Споразумом, стално повећавао. Споразумом је установљен одређен број принципа на којима се заснива читав систем заштите интелектуалних права.

Примарни принцип је принцип недискриминације, који подразумева једнак третман свих земаља чланица, односно једнак третман домаће и иностране робе на домаћем тржишту. Принцип недискриминације се заснива на принципу највећег повлашћења и принципу националног третмана.

Принцип забране квантитативних ограничења, тј. свођење домаће привреде искључиво на царине и принцип реципроцитета, односно обавеза да све земље без изузетака учествују у либерализацији трговине, јесу такође основна начела ГАТТА.¹⁰

Клаузула највећег повлашћења је одредба по којој се све земље чланице обавезују да ће једна другој омогућити сва права и повластице које одобре некој трећој земљи, а тичу се либерализације увозних ограничења. Клаузула највећег повлашћења је гаранција

⁸ В. Раичевић, С. Спасић, " Патентно право и биотехнологија, или ко ће први патентирати људски живот ", Педагошка стварност 5 - 6, 2010., стр. 386.

⁹ General Agreement on Tariffs and Trade-Општи споразум о царинама и трговини

¹⁰ Р. Ђуровић, Међународно трговинско право, Београд, 2004., стр. 84.

недискриминаторског третмана свих земаља са којима је закључен Споразум.

Клаузула може бити условна, када се повластице преносе тек након учињеног уступка од стране те друге земље, или безусловна, када се повластице преносе аутоматски.

Принцип најповлашћеније нације ипак није тековина ГАТТА, већ има дугу историју, па је најпре био део билатералних споразума који су у великој мери допринели либерализацији трговине. Међутим, економска криза која је уследила тридесетих година прошлог века, као и државни протекционизам, ограничили су функционисање ове клаузуле која је поново „оживела“ у ГАТТ у. Данас је овај принцип темељни принцип за одржавање мултилатералног трговинског система.¹¹

Принцип најповлашћеније нације не значи посебан третман неке земље, односно робе, напротив, он подразумева једнак третман свих земаља чланица. Институционализација међународне трговине робом, али и услугама, на принципу најповлашћеније нације, имала је за циљ стварање равноправних услова за међународну конкуренцију, повећање трговине и пораст благостања становништва. Светски трговински систем је замишљен као недискриминаторан и наклоњен слободној трговини. Број земаља потписница Споразума је стално растао, али се и број области међународне трговине које су њиме биле обухваћене повећавао, тако да се временом мењао и текст Споразума у тзв. рундама преговора. Првих пет рунди преговора било је посвећено снижавању царина, док је питање тзв. антидампинг мера било покренуто у следећој, тзв. Кенеди рунди преговора. У оквиру Токијске рунде преговорало се о уклањању нецаринских препрека у међународној трговини. Најважнији резултат свих седам рунди преговора је снижавање царина, па је тако просечна царинска стопа у међународној трговини производа снижена са 40%, у периоду потписивања ГАТТА, на 5% крајем седамдесетих година.

Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине садржан је у Анексу 1 Ц Уговора из Маракеша, закљученог 15. априла 1994. године, током Уругвајске рунде преговора, у оквиру које је и основана Светска трговинска организација. СТО се заснива на принципима ГАТТА, тачније она је заменила наведени Споразум, тако да је њен главни задатак давање оквира за трговинску политику, односно постављање правила за одвијање међународне трговине.

Одсуство дискриминације је примарни принцип и СТО и он поседује две компоненте, принцип најповлашћеније нације и принцип националног третмана. Треба нагласити да је принцип националног

третмана био познат и у Конвенцијама закљученим под окриљем WIPO и он подразумева да су све државе чланице у обавези да у области интелектуалне својине признају једнак третман домаћим и страним држављанима, уз уважавање изузетака предвиђених у Париској и Бернској конвенцији.¹² Док начело најповлашћеније нације подразумева да, ако једна земља чланица TRIPСа обезбеди припаднику друге државе одређена права или повластице у области заштите интелектуалних права, онда је дужна да иста права и повластице обезбеди припадницима свих осталих земаља чланица¹³.

У оквиру СТО послује Савет за трговинске аспекте права интелектуалне својине, који пружа информације о интелектуалној својини и има задатак да прати спровођење правила од стране држава чланица¹⁴. Светска организација за интелектуалну својину је такође инсистирала да СТО усвоји Споразум и обезбеди хармонизацију регулативе у области интелектуалне својине. Тако је TRIPS усклађен са свим релевантним међународним споразумима који се односе на интелектуална права, док се у члану 2. изричито налаже свим земљама чланицама СТО да се придржавају свих кључних одредби Париске конвенције. Између СТО и WIPO је закључен Уговор о сарадњи, који је ступио на снагу 1996. године, и који обезбеђује сарадњу у области имплементације самог Споразума у национална законодавства. Суштина Уговора се састоји у пружању правно техничке сарадње и пружања помоћи земљама у развоју у циљу прилагођавања брзим технолошким променама.¹⁵

Циљ Споразума је заштита интелектуалне својине, која треба да допринесе унапређењу технолошких иновација и трансферу технологије, и тиме допринесе друштвеној и економској добробити и балансу права и обавеза (члан 7).

Посебан део Споразума (II) прописује стандарде у погледу дужине трајања и обима коришћења права интелектуалне својине и обавезује земље чланице да се у уређивању интелектуалне својине придржавају прописаних стандарда. Ипак, његов највећи допринос је обезбеђивање ефикасног система заштите права титулара, коме је посвећен трећи део Споразума, који прописује минимум стандарда неопходних за спровођење права интелектуалне својине којих су дужни да се придржавају све земље чланице. Спровођење права може бити административно, грађанско и

¹² Чл.3 TRIPСа.

¹³ С. Марковић, *Патентно право*, Београд, 1997., стр.60.

¹⁴ В. Бесаровић, Б. Жарковић, *Интелектуална својина, међународни уговори*, Београд, 1999., стр. 425.

¹⁵ С. Јелисавац, стр.18.

кривично. Административно спровођење заштите се првенствено односи на рад царинских служби, које пре Споразума нису имале довољан ослонац за борбу против пиратерије и кривотворења на границама. Акције царинских органа подразумевају заплону кривотворене и пиратске робе, али и блиску сарадњу са титуларима интелектуалних права и приступ обавештењима битним за уочавање робе коју треба заплени. ¹⁶

Земљама чланицама се налаже да поступци за заштиту интелектуалних права буду ефикасни, поштени и правични, без неразумних трошкова и одлагања. Управне одлуке су коначне, али се против њих може поднети жалба суду. Споразум захтева од земаља чланица да обезбеде најмање престанак повреде и накнаду штете, повлачење робе из промета (од заплене до уништења), повлачење из промета сировина и саставних делова од којих је сачињена роба којом се повређује право, накнаду судских трошкова и информисање у средствима јавног информисања о лицима укљученим у производњу и дистрибуцију робе којом се врши повреда права. ¹⁷

Циљ правног поретка СТО јесте либерализација међународне трговине и равномерна расподела користи од трговине на развијене и земље у развоју, што захтева да тржишта ових земаља буду у једнакој мери отворена једна према другима.

(Не)једнак третман високо развијених земаља и земаља у развоју

На светско тржиште је могуће ући без дискриминације само уз чланство у СТО. Али, многе земље у развоју нису желеле потписивање Споразума, јер је повреда интелектуалне својине била њихов инструмент развојне политике, ¹⁸ па су као једину шансу да остану конкурентне виделе у томе да неовлашћено експлоатишу туђа интелектуална права. Онда се намеће питање да ли је јачање заштите интелектуалних права само средство доминације западних земаља и да ли земље у развоју имају заиста користи од јачања заштите интелектуалних права ¹⁹.

Једна од карактеристика Споразума је и флексибилност у односу на имплементацију одредаба истог у правне системе земаља у развоју које

¹⁶ К. Идрис, 263.

¹⁷ В. Бесаровић, „Правна заштита интелектуалне својине у међународном праву и праву ЕУ“, Скрипта за последипломске студије из Права ЕУ, Београд, 2004., стр. 34.

¹⁸ В. Живковић, „Патенти и инвестиције“, Мастер рад, Београд, 2008., стр.23.

¹⁹ К. El Mohamed, „The European TRIPS plus model and the Arab World from cooperation to association a new era in the sain global intellectual property right regime“, Liverpool Law Review, 2007. стр.143.

немају одговарајућу стручност и административне капацитете.²⁰ За разлику од високо развијених земаља које су се залагале за јачање заштите права интелектуалне својине, промовисање иновација и трансфер технологије, земље у развоју су се плашиле да би примена наведених стандарда утицала на повећавање трошкова, нарочито у осетљивим областима као што је јавно здравље. Наиме, удео земаља у развоју на светско истраживање и развој је веома низак (свега 4%).²¹

И ако се САД сматрају иницијатором увођења јаче заштите интелектуалних права, поједини аутори²² сматрају да је ЕУ та која настоји да на билатералном нивоу постигне више стандарде заштите широм света и да се залаже за убрзавање имплементације TRIPСа, без ослањања на гаранције у транзиционом периоду и без обраћања пажње на јавно здравство у земљама у развоју. ЕУ то чини у циљу развијања јединствене политике о питањима која утичу на глобалну економску активност. Међутим, на међународном нивоу разликују се културне и друштвено политичке позиције појединих земаља, које отежавају потпуно усклађивање правила у области интелектуалне својине. Многи критичари TRIPСа истичу да исти не почива на концепту људских права и да су га земље у развоју прихватиле из политичких, а не економских разлога,²³ због тога што је његово имплементирање неопходан услов за улазак у СТО и примену принципа најповлашћеније нације.

Ипак, основни циљ правног поретка СТО, у оквиру којег су земље у развоју прихватиле и TRIPS као његов интегрални део, представља либерализација међународне трговине и равномерна расподела користи од исте на развијене земље и земље у развоју.

Многе земље у развоју нису биле за његово усвајање, с обзиром да су захваљујући неадекватној заштити интелектуалних права остваривале огромне приходе од пиратерије и кривотворења. Овај процес је прекинут прихватањем TRIPСа, што су многе земље доживеле као успоравање у развоју. Али, ситуација у Кини, на пример, демантује такве тврдње. Кина сигурно не би толико економски напредовала да није ускладила своје прописе из области интелектуалне својине са TRIPS ом, па су иностране фирме изместиле у Кину не само производњу, већ и центре за

²⁰ За земље у развоју рок за прилагођавање норми националног законодавства Споразуму износи 5 година од дана ступања на снагу Споразума, односно 11 година када су у питању најмање развијене земље.

²¹ С. М. Correa, "Intellectual property right the WTO and developing countries, the TRIPS agreement and policy option", Zed Books, London, 2000.

²² К. El Mohamed, 174.

²³ Ј. Страус, „О улози интелектуалне својине у новом светском поретку“, Европски правник, 3/2006, стр. 26.

истраживање и развој. Тако је Нокиа на пример изместила делове предузећа за развој треће генерације софтвера из Финске у Ханџоу, због тога што кинески инжењери коштају мање од европских или америчких, а поседују висок степен стручне компетентности.²⁴

Земље у развоју, приликом реформе националних законодавстава у области интелектуалне својине, морале би да се руководе првенствено успостављањем равнотеже између интереса титулара, права и интереса јавности, између заштите технологије и њене промоције путем трансфера.²⁵

Земље у развоју су се нашле у неравноправном положају потписивањем TRIPСа и због тога што су морале да уведу патентну заштиту лекова, што је проузроковало и повећање цене истих, а оне су биле оптерећене озбиљним здравственим проблемима, нарочито болестима као што је сида, маларија и туберкулоза. Због тога је најмање развијеним земљама пролонгирана имплементација одредаба наведеног споразума до 2016. године, што је са друге стране изазвало незадовољство произвођача фармацеутских производа који долазе из високо развијених земаља.²⁶

У Дохи је одржана нова рунда преговора СТО и 2001. године донета је Декларација којом је потврђено право држава чланица да заштите јавно здравље и издају принудне лиценце. На основу члана 31. омогућено је чланицама са, у случају великих епидемија, принудним лиценцама, омогуће производњу домаћих лекова. У Канкуну је 2003. године одржан састанак на коме је донета Одлука о имплементацији, којом је омогућено давање принудне лиценце за извоз у земљу која не поседује сопствене производне капацитете, с тим што Веће TRIPСа мора бити обавештено и све произведене количине морају бити извезене, док земља увозница мора доказати да заиста не поседује производне капацитете²⁷.

У Индији на пример, до потписивања TRIPСа лекови су били искључени из патентне заштите, због чега су америчке фармацеутске компаније губиле и до 7 милијарди долара годишње. Потписивањем наведених правила Индија постаје важна база за вођење клиничких испитивања лекова. Од када се патентирају лекови, мултинационалне компаније су постале спремне да директно инвестирају у земљу, а извоз је

²⁴ J. Straus, стр.31.

²⁵ С. М. Correa, стр.21.

²⁶ В. Живковић, стр.43.

²⁷ WTO-, „Intellectual Property, TRIPS and public health“, <http://www.wto.org/english/trips/pharmpatent-e-htm>, 11.12.2010.

почео да премашује 2 милијарде годишње, на основу чега су локалне фармацеутске индустрије постале глобални играчи.²⁸

На двадесетогодишњицу стварања СТО објављена је Декларација о патентној заштити, у оквиру Мах Планск института. У стварању Декларације је учествовао велики број стручњака из области интелектуалне својине из 25 земаља, са радионицама у Минхену, Сингапuru и Хамбургу. У Декларацији је констатовано да патентна правила треба стално преиспитивати и упућивати на њихове социо економске елементе. Суверене државе би требало да усвоје онај патентни систем који најбоље одговара њиховим технолошким могућностима, али и њиховим друштвеним, културним и привредним потребама и приоритетима, уз услов да остану у границама међународног права интелектуалне својине. Такође је истакнуто да је аутономија суверених држава у протеклих неколико деценија доста оштећена у процесу креирања правила, јер се државе суочавају са правним режимом који се састоји од мултилатералних споразума којима се ограничава њихова регулаторна слобода.²⁹

Србија и TRIPS

Принцип забране дискриминације важи само за земље које су чланице СТО. Без чланства у СТО не може се обезбедити недискриминаторски принцип за нашу робу и услуге на тржишта земаља СТО. Чланство у СТО би нам омогућило статус најповлашћеније нације у трговини са многобројним земљама, што би практично значило омогућавање извоза наших производа са нижим царинама, затим, били би заштићени од нелегалних мера других земаља, уз истовремену заштиту од нелојалне конкуренције на домаћем тржишту спречавањем монополског положаја.

Актуелни прописи из области интелектуалне својине у потпуности су усклађени са правилима TRIPСа, што је нужни услов обнављања чланства у СТО, јер ни једна земља не може бити чланица СТО, а да при том не буде чланица наведеног споразума, па како је чланство у СТО од огромног значаја, економског пре свега, али и политичког, питање

²⁸ “Could Indian drug markets TRIPS on patent reform”, <http://pharmalicensing.com/public/articles/view/1100537824-4198dfe1805f-2.24.03.2011>.

²⁹ M. Lamping, “Declaration on patent Protection Regulatory sovereignty under TRIPS”, Max Planck Institute, Springer, 2014.

приступања TRIPS у се није постављало, док поштовање обавеза из споразума обезбеђују економске санкције СТО.³⁰

Процес приступања СТО, који је веома сложен, наша земља (тада СРЈ) је започела још 2001. године, када је поднела захтев за пуноправно чланство, а Генерална Скупштина исти одобрила 9. фебруара 2001. године. Србија је 2004. године поднела нову пријаву, с обзиром да је повучена заједничка пријава Србије и Црне Горе. Одржано је неколико састанака радне групе, о приступању наше земље, која је формирана 2005. године и више од 95 % нормативног посла је урађено.

У просеку процес приступања траје шест година, мада је Кини требало 15 година да постане чланица СТО.³¹ Остаје нам да стрпљиво чекамо одлуку надлежних органа о приступању јер, и поред очигледне политике притисака, СТО је и даље правна и институционална основа за обезбеђивање неометаног протока људи, робе и услуга, која доприноси економској интеграцији светске привреде. У садашњем стадијуму развоја глобализације одлучујуће је испуњење свих обавеза које намеће СТО и TRIPS, споразум који је установио глобалне стандарде за заштиту интелектуалне својине.

Gordana Damjanović
Assistant
Faculty of Law, University of Priština
Kosovska Mitrovica

(NON) DISCRIMINATION AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY

Summary

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights is an integral part of the World Trade Organization system. The Agreement has brought an important change in international standards relating to intellectual property rights. These are standards that promote strong intellectual property

³⁰Наша земља је имала статус посматрача, затим од 59. године статус придруженог члана, а од 62. године статус пуноправног чланства, док од 92. године нисмо у чланству ГАТТА, П. Шулејић, „Заједничка трговинска политика ЕУ и однос према СТО“, Скрипта за европске студије, Београд, 2004., стр. 13.

³¹ М. Ђорђевић, „СТО-правни оквир међународне трговине“, www.ius.bg.ac.rs, 12.04.2015.

protection in order to stimulate creativity and technology transfer. The agreement also for the first time adequately regulates the issue of enforcement of intellectual property rights protection in order to effectively fight against piracy and counterfeiting. One of the most important principles is known as most favored nation(MFN) treatment, which is a guarantee of non-discriminatory treatment to all countries with which the agreement was concluded. But at the world market is possible to enter without discrimination only with the membership in the WTO, while for the entrance into the WTO is necessary to reform the entire legislation. One of the features of the Agreement is flexibility regarding the implementation of the provisions in the legal systems of developing countries that do not have adequate expertise and administrative capacity. This opens the question whether the standards established by the Agreement equally corresponds to all countries, regardless of the development degree, or some countries have adopted regulations for political, not for economic reasons and whether it is realistic to expect full implementation of the principle of non-discrimination in the present stage of globalization development.

So far, the successful functioning of international protection of intellectual property rights in the context of the international economic order depends on the fulfillment of obligations under the GATT and TRIPS by all WTO member states.

ПРАВНО – ЕКОНОМСКА ОБЛАСТ

Др Зоран Исаиловић
**Редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици**

ПОРЕСКИ СИСТЕМ И НЕЈЕДНАКОСТ У САВРЕМЕНИМ ДРЖАВАМА

Апстракт: *Под уливом израженог повећања економске и социјалне неједнакости у савременим државама, у међународним оквирима се отварају важна питања у изградњи модерних пореских система везаних за те процесе. Аутор у овом раду испитује сукоб у практичној примени прихваћених принципа ефикасности плаћања пореза и плаћања пореза према економској снази. Међутим, оптимална примена поменутих принципа је изузетно важна у светским условима велике кризе капиталистичког света.*

Кључне речи: *неједнакост, ефикасност, прогресивно опорезивање, капитализам, порез на капитал.*

1) Општа разматрања

Проблематика високе неједнакости друштва која оптерђује функционисање капиталистичког начина производње изазивало је пажњу бројних теоретичара и практичара. За отклањање поменутих дефеката кретања друштва, остало је запажено решење које су предлагали Карл Маркс и бројни други социјалистички теоретичари у XIX веку. По њима проблем неједнакости ће се решити укидањем приватног власништва над средствима за производњу, укључујући земљу и некретнине, као и индустријски, финансијски и пословни капитал, са изузетком малих задруга и комадиће земље.¹ Међутим, савремена догађања у друштву показују да се питње штетних ефеката које оставља неједнакост у расподели богатства данас великој мери везује и за функционисање пореских система модерних држава што је предмет анализе у овој раду. Другим речима, у овом раду испитаћемо могућност пореских система

¹ Видети: Тома Пикети, Капитал у XXI веку, Академска књига, Нови Сад, 2015., стр., 578.

савремених држава да отклоне најкрупнији поменути проблем који оптерећује данашњи капитализам.

Прецизније говорећи, снажан утицај на изградњи савремених пореских система данас свакако имају дешавања у међународним економским оквирима везаних за расподелу друштвеног богатства. Стим у вези, највеће светско богатство (рачунајући и наслеђено) током последњих деценија у просеку је расло по високој стопи (6-7% годишње) – осетно више него што је био просечан раст богатства. У контексту иложеног у оквиру поменутих кретања у теорији се истиче да се у пракси врши снажна прерасподела богатства од средње и више средње класе као веома богатој. Ти токови су узнемирили бројне теоретичаре, јавне личности и широке кругове грађана развијених држава света. Истиче се да појава поменутих неједнакости, може потенцијално довести глобалну динамику акумулације и расподеле богатства на експлозиван пут и к спиралама неједнакости које би биле ван сваке контроле.²

Изложена кретања су у непосредној вези са специфичним прихваћеним обележјима пореских система у савременим привредама света с доминантним тржишним начином привређивања. Наиме, у савременим државама до скоро, полазна основа законодавца је опредељење за порезе који би у најмањој мери утицали на цене и тако дејствовали у правцу поштовања тржишног начина привређивања. Другим речима, инсистира се на алокативној неутралности пореске политике, тако што се у максимално могућој мери не би дирало у односе цена који су настали деловањем тржишта. С тим у вези избегава се интерсекторска селективност фискалне политике (диференцирани третман појединих грана и групација привреде). Из изложеног произилази да се у пракси приликом конципирања пореског система по правилу опредељивало за порезе који минимално ремете одвијање тржишног начина привређивања. При томе треба имати у виду да сви порези остављају ефекте на привредни и друштвени живот. Они обвезницима смањују остварени доходак и своје ефекте шире путем тржишта покрећући промене у њиховом понашању.

Имајући наведено у виду, у савременој теорији јавних финансија преовладала је филозофија, да ће, у условима потпуне конкуренције, пуног скупа тржишта и потпуности информација о тржишним приликама, тржишна равнотежа обезбедити тзв., Парето оптималност у алокацији економских ресурса. Под упливом Паретових ставова економски оптимум се дефинише као таква алокација ресурса при којој никакво померање чинилаца не може побољшати положај једне групе лица, а да се при томе не погорша положај друге групе лица у тој мери да је укупан нето ефекат

² Видети: Тома Пикети, Капитал у XXI веку, оп., цит., стр., 462 и 471.

негативан.³ Ако у одсуству пореза на тржишту постоји оптимална алокација, различито опорезивање прихода од рада у односу на приходе од капитала усмериће економске факторе ка блаже опорезованој врсти прихода, а то ће довести до смањења општег благостања у друштву.⁴

Дакле, полазећи од потребе поштовања начела ефикасности неопходно је направити порески систем који би био недисторзиван. Порез је недисторзиван ако не постоји ништа што појединац или фирма могу да учине да би променили своју обавезу. Међутим, реално у пракси су сви порези сем главарине дисторзивни, тј., изазивају смањење благостања, јер ремеће оптималност у алокацији ресурса. Примера ради, сваки порез на производе је дисторзиван: појединац може да промени своју пореску обавезу једноставно тако што ће смањити куповину одређених производа. Дисторзиван је и сваки порез на приход: појединац може да смањи своју пореску обавезу једноставно тако што ће мање радити, или мање штедити.⁵

Дакле, објективна ситуација у пореској материји диктирала је да је неопходно водити такву пореску политику која ће минимизирати економску неефикасност (пад благостања), а у том погледу једнообразно опорезивање свих прихода имало би јасне предности над диференцираним пореским третманом.⁶ Опредељење савремених законодаваца за поменути филозофију опорезивања условило је практично залагање за конципирање пореских прописа који ће се заснивати на следећим темељима: инсистирање на њиховој стабилности; избегавање непрецизности пореске регулативе; залагање за поједностављење пореских прописа и неопходних пореских формулара; истрајавање на смањењу врста пореза и броја уплатних рачуна; успостављања оптималне сарадње пореске власти и обвезника; у највећој мери залагање за примену информацијске технологије и најзад појачавање активности образовања и специјализације кадрова који примењују пореске прописе итд.

³ Дејан Поповић, Принципи неутралности у пореској реформи у Србији и фискални развој у Европи, „Финансије“, бр., 1 -2, 1992., Београд, стр., 5.

⁴ Међутим, савремена реалност нам говори да у условима глобализације међународне привреде модерне државе конципирају пореске системе које карактеришу егзистирање ниже опорезивање прихода од капитала од прихода од рада у циљу стварања конкурентнијег пореског система који захтева савремена стварност.

⁵ Видети: Joseph E. Stiglitz, Економија јавног сектора, прво издање, 2004. године Београд, Економски факултет у Београду, стр., 469 и 470.

⁶ Дејан Поповић, Порез на добит корпорација, Економски институт, Београд, 1991., стр., 33 -34.

Поред изложеног, уместо честих пореских интервенција у циљу вођења аактивне пореске политике, државе су радије одређеним привредним субјектима давали субвенције из буџета. Ипак, у сваком случају мора се констатовати да се у пракси није могла постићи апсолутна пореска неутралност. Ближи истини је био став, да се не може говорити о алокативној неутралности као чињеници, већ о стремљењима која се не могу потпуно остварити.

Међутим, у вези с наведеним, поменута упозорења о дефектима савремене расподеле у светским размерама, довела су у питање оправданост изложеног резонувања доследне неутралности пореских система. Конкретније речено, савремени свет се суочио са појавом неконтролисаних набујале имовинске неједнакости. Те тенденције постају доминантни ризик са којим се суочавају модерне државе. О димензији поменутог проблема показују релевантни подаци за САД водећу економију света. Наиме, по подацима америчке Федералне резерве (централне банке САД), три процента најбогатијих Американаца је 1989. године располагало са 44,8 одсто богатства нације. Оно се 2010., увећало у укупном приватном иметку становништва САД на 51,8 одсто, да би прошле године достигло износ од 54,4 одсто. Овакви алармантни резултати узнемирили су не само сиромашне слојеве људи већ и најкрупније капиталисте. С тим у вези, познати амерички инвеститор Џорџ Сорос изазвао је јануара 2013. на Светском економском форуму у Давосу буру реакција прогнозом да би Америка због растућих друштвених неједнакости могла да се суочи са “класним“ ратом и сукобима на улицама.⁷ Поменута кретања су условила настанак бројне армије незапослених, што се објективно реперкутује на концепт пореског система који јаче учешће прогресивног опорезивања у пракси не сме занемарити.

У контексту изложеног, поменути актуелни догађаји везани за неједнаку расподелу друштвеног богатства заострили су један од највећих дажбинских проблема данашњице везаних за примену пореских начела. То је супростављеност начела праведности и начела ефикасности. Наиме, „правична“ прерасподела подразумева да ће се некима (сиромашнијима) поправити положај, а да ће се некима (богатијим) положај погоршати, мора се поставити питање како ће се оваква редистрибутивна пореска политика одразити на ефикасност у алокацији ресурса. Јер, ефикасна (у смислу теоријског Парето оптимума) је она алокација код које се померањем економских ресурса не може побољшати положај једног лица, а да се при том не погорша положај другог лица.

⁷ Извор података: “Политика” од 12. септембра 2014. године

Држава би требало да поправља своју пореску структуру све док може да нечији положај побољшава, не кварећи било чије позиције.

У случају редистрибутивног опорезивања, међутим, нечији положај се мора погоршати, да би се положај других поправио. Избор између различитих пореских структура у којима се спроводи прерасподела дохотка није, дакле, избор у којем би једна структура могла да буде ефикасна у смислу чисте економске теорије. Право је питање да ли су побољшања која остварују сиромашни довољно велика да би оправдала погоршања до којих долази у положају богатих. Одговор је у крајњој линији (до скоро – прим. З.И.) аксиолошке (вредносне), а не економске природе.⁸ Међутим, данас се све више истиче да социјална неједнакост представља препреку привредном расту. Наиме, бројни аутори заговарају потребу умањивања социјалних разлика и неједнаку расподелу дохотка како би се изашло из рецесије. С тим у вези нобеловац Пол Кругман истиче да постоји све више доказа да прерасподела прихода, односно веће опорезивање богатих и помагање сиромашнима, доводи до пораста стопе привредног раста, а не до његовог опадања. Ако наша економија постане правичнија по њему, биће и богатија. Поводом наведених процеса Тома Пикети истиче „да уколико држава ништа не предузме, економска неједнакост ће се неминовно увећавати у будућности, па је стога оправдано поставити питање перспективе привредног раста.“

2) Домети ефеката пореза на привреду и друштво

Висока заступљеност пореза у савременим условима (у 2011. години укупни удео пореза у БДП – у Мексику је износио 19,7%, САД 24%, Аустралији 26,5%, Аустрији 42,3%, Белгији 44,1%, Данској 47,7%, Француској 44,1%, у Србији (2012. године) 35,6% и у ЕУ 38,8%) отворила је питање домета утицаја пореза на привреду и друштво. Другим речима, појављује се дилема да ли су ефекти пореза детерминисани одређеним објективним условима, или се пореским законима могу постигати различити резултати – зависно од воље оних који управљају државом.

У историји науке о порезима било је аутора који су сматрали да држава својом пореском политиком води привреду у кризна и рецесиона стања. Сматрали су да високо захватање дестимулативно делује на разноврсне привредне подухвате, те се на тај начин спречава оптимални развој привреде. Тако, нпр., теоретичари класичних финансија у

⁸ Детаљније о томе видети: Дејан Поповић, Наука о порезима и пореско право, Colpi, Budapest и „Савремена администрација“, Београд, 1997, стр. 296 - 298.

либералном периоду развитка капитализма тврдили су да „ако порез не би био мали већ велики, то би значило да ће он захватити већи део дохотка пореског обвезника што би морало да се неповољно одражава на његову пословну активност.“⁹ Полазећи од друге могућности, група теоретичара, међу којима су били и социјалутописти, ситно буржоаски социјалисти, разни реформатори грађанског друштва, веровало је да ће се „оштри“ проблеми капиталистичког друштва решити друкчијом расподелом богатства. Сматрало се да се интервентним захватима државе на профите и земљишта, друштво може развијати хармонично и без посезања у основе капиталистичке својине. Постојало је чак уверење које је нарочито било интезивирано у времену француске револуције да би се високим прогресивним стопама које би применила „напредна“ влада, могли нивелисати доходи и да се на тај начин пређе у социјализам који се у поменутом времену од многих аутора сматрао системом који ће омогућити жељено благостање грађана.

Да порез може послужити као инструмент за изједначавање дохотка у друштву, веровали су бројни теоретичари међу којима су били: Галбраит, Кузнец, Фурастие, Шмолдерс и др. По њима, прогресивним опорезивањем дохотка може се отклонити неравномерна расподела дохотка у капитализму и осигурати већа једнакост и социјални циљеви у развоју. Тим путем, по наведеним теоретичарима, држава може уништити неједнакост.

У контексту изложеног, у историји пореза постојао је велики број заговорника употребе пореза на наслеђе као ефикасног инструмента за прерасподелу националног дохотка у држави. Наиме, оштрим опорезивањем наслеђа, испоштовао би се стари принцип плаћања пореза: „да онај ко има више и даје више за државу“. С тим у вези, онај који добија наслеђе није уложио рад те је правично да на незарађени доходак плати високи порез. Четрдесетих година прошлог века, енглески теоретичар и политичар Даглас Џеј написао је: „најлакши и најмирнији напредак ка социјализму јесте у прогресивном повећању пореза на наслеђе, утолико што је то политички најмање контроверзна форма, и што је мали број оних који би њиме били погођени.“¹⁰ Међути, очито да се у овом случају прецењивала потенцијалн улога пореза на наслеђа у друштву. Показало се да у пракси овај порез има периферну улогу. На оваква кретања посебно утичу следећа два разлога: први, у просеку се овај порез плаћа сваких 30 - 35 година. И други разлог, овоме је што пореске тарифе код пореза на на-

⁹ Видети: Александар Перић, Финансијска теорија и политика, „Савремена администрација“ и Институт за економска истраживања, Београд, 1974. год., четврто издање, стр., 236

¹⁰ Daglas Jay, *The Socialist Case*, London, 1946, str., 223 и 224.

слеђе и поклоне су природно конципиране тако, да пре свега зависе од близине крвног сродства и вредности наслеђене или на поклон примљене имовине. Утврђују се преференцијалне пореске скале (и порески прагови), које дају повлашћени третман брачном другу и потомцима оставиоца. Најнижа стопа која се примењује на наследника - несродника је чак и пет или шест пута виша од оне које се примењују на децу оставиоца. Примера ради, у Аустрији најнижа тарифа кретслс се од 2% до 15 %, док се на несроднике кретала од 14% до 60%. Ако се има у виду да по правилу, оставиоца наслеђују његови потомци, брачни другови, у најбољем случају, најближа родбина, онда се јасно може закључити које су тешкоће остваривања прерасподеле дохотка путем пореза на наслеђе. Приликом конципирања политике опорезивања у овој сфери не треба заборавити реалност, да понекад и лица која наслеђују доприносе стварању наследне масе. То је посебан случај код наслеђивања пољопривредног земљишта.

Имајући у виду, да се суштинске промене у друштву, као што је измена капиталистичког уређења, не може остварити сам једним пореским обликом, у теорији су се спомињала залагања употребе и других облика пореза. С тим у вези, захтевала се примена оштрих пореза на високе дохотке, на својину, незарађене дохотке, и оштро опорезивање капитала. Дакле, изложене чињенице показују да су настојања изградње праведних пореских система који ће утицати на суштинско поправљање социјалног положаја пореских обвезника одавно присутна у пореској теорији. Према томе, данашња интензивна залагања за примену оштријих прогресивних стопа су после извесног времена само наставак изложених процеса.

Међутим, све у свему, и поред примене оштрих пореза капиталистичке државе нису довеле у питање владајуће производне односе. Процеси концентрације и централизације капитала у савременим капиталистичким државама се одвијају са све већом жестином, поново отварајући питања везана за карактеристике, улогу и значај пореза у савременим условима. Поменута кретања повезана су чињеницом да се од осамдесетих година прошлог века највеће богатство на глобалном нивоу у просеку повећава много брже од дохотка.

3) Карактеристике, улога и значај савремених пореских система

Пореске системе савремених држава чине две велике групе прихода тзв., непосредни и посредни порези. Генерално, у највећем броју земаља чланица ОЕЦД и земаља чланица ЕУ доминирају порески приходи који се остварују по основу следећих најважнијих пореза: пореза на доходак (физичких лица и корпорација), доприноса за социјално осигурање и по-

реза на имовину - непосредних пореза, и пореза на производе и услуге (општег пореза на промет и селективних пореза на потрошњу) - посредних пореза. Може се рећи да су се у историји држава мењале пореске структуре и значај појединих врста пореза у оквиру њих. С тим у вези, на пример у САД прекретницу у пореској структури представљало је увођење пореза на приход (доходак - прим. З. И.), односно усвајање XVI амандмана 1913. године. До тада, главни извори федералних прихода биле су акцизе и царине. Њихов значај је током 20. века опао, а главни извор федералних прихода постали су порез на приход грађана и порез на фонд зарада намењен социјалном осигурању.¹¹ Поменути заокрети у поменутој пореској политици САД се могу оценити позитивно гледајући с аспекта плаћања пореза према економској снази обвезника.

У вези с изложеним, карактеристика привреда земаља у развоју су низак доходак по глави становника, неразуђена структура привреде, недовољна акумулација, и оштра доходовна неједнакост међу становништвом. Наведени објективни услови диктирали су и конципирање пореских система у поменутиим земљама. И поред постојања пореских облика који се примењују, као и у развијеним земљама, разлике су врло дубоке ако се има у виду заступљеност, улога и значај појединих облика прихода. Заступљене су као и код развијених држава посредни и непосредни порези у систему, али је њихово учешће неједнако. Због тога што велики број обвезника има мали доходак, а број обвезника са високим дохотком је мали, земље у развоју се доминантно ослањају на посредне порезе. У том погледу, важну улогу имају царине и порез на промет што објективно чини пореске системе земаља у развоју неправеднијим у односу на пореске системе развијених држава.

Наиме, посредни порези су показали снажно регресивно дејство, због чега се изражава њихова неправедност. Разлог овоме је тај што релативни удео потрошње у дохотку пада са растом дохотка обвезника. Ипак браниоци пореза на промет као главног посредног пореза у модерним државама ову његову особину релативизирају, истичући да се он може оплемени, учинити мање несоцијалним применом диференцијалних стопа и давањем ослобођења код пореза на промет, применом прогресивног пореза на доходак грађана и давањем буџетских трансфера сиромашнима.

Наведене категорије јавних прихода нису лишене двосмислености, а границе нису савршено јасне. На пример, порез на доходак се у принципу односи на доходак од капитала, као и доходак од рада: дакле ради се о порезу на приходе од капитала. У порез на капитал генерално убрајамо било који намет на ток доходака од капитала (на пример порез

¹¹ Joseph E. Stiglitz, Економија јавног сектора, оп, цит., стр. 463.

на добит фирме), као и онј који се односи на вредност фонда капитала (на пример порез на некретнине, имовину или порез на богатство). У XX веку појављује се и социјални допринос, као посебан облик пореза на доходак, углавном само на доходак од рада. Без обзира на теоријска неслагања поводом њиховог дефинисања, релевантније су њихове карактеристике везане за степен пропорционалности односно прогресивности.¹² Тежња је присталица потребе суштинског редуцирања неједнакости у друштву ка увођење у порески систем већег степена прогресивности у односу на владајућу праксу. Међутим, није лако у пракси остварити прогресивно опорезивање. Главни проблеми за остваривање тзв.вертикалне правичности путем прогресивних стопа су следећи: конкретно одређивање обвезника који би плаћали порез по вишим стопама; формулисање одговарајућих прописа и колики већи износ средстава је неопходно да плате обвезници са јачом економском снагом.

У контексту изложеног, у савременој теорији уважава се потреба постојања и развоја предузетништва, изума и иновација. Међутим, истовремено се од бројне групе теоретичара указује да то неоправдава убрзане процесе ширења алармантне неједнакости богатства у екстремним размерама. Због тога се тражи увођење годишњег прогресивног пореза на највећа светска богатства. По овој теорији то представља једини начин да се омогући демократска контрола наведеног потенцијалног експлозивног процеса, која може очувати предузетничку динамичност и међународну економску отвореност.¹³ У складу са поменутиим промишљањима истиче се да је идеално решење за савремену стварност увођење у порески систем глобалног пореза на капитал. Међутим, према Т. Пикетију, у свом истинском глобалном облику порез на капитал је утопија. Због тога, у недостатку светског пореза, поменуто решење би се ипак могло успешно применити на регионалном или континенталном нивоу, посебно европском, почев од земаља које су вољне за то. Али пре него што дођемо до тога, морамо да ставимо питање пореза на капитал (које је један од елеманата идеалног пореског и друштвеног система) у шири контекст, који се тиче улоге државе у производњи и расподели богатства и стварању социјалне државе прилагођене XXI веку.¹⁴ Главни предлог Пикетија везан за потребу умањења економске неједнакости је примена универзалног прогресивног пореза на фонд капитала, односно на целокупну имовину, са стопом од 80% за богатство изнад 10 милиона Еура. По поменутом аутору порез на

¹² Тома Пикети, Капитал у XXI веку, оп. цит., стр.,532.

¹³ Видети: Тома Пикети, Капитал у XXI веку, оп. цит., стр.,462 и 471.

¹⁴ Тома Пикети, Капитал у XXI веку, оп. цит., стр.,505 и 506.

капитал омогућује да се да мирољубивији и ефикаснији одговор на вечити проблем који поставља приватни капита и његов принос. Прогресивни порез на појединачно богатство је институт који омогућује да се у општом интересу преузме контрола над капитализмом, уз ослонац на силе приватне својине и конкуренције. Свака категорија капитала опорезује се на исти начин, без дискриминације а priori, у складу с начелом да су власници активе генерално у бољој позицији да одлуче у шта да уложи него што је то држава. Ако је неопходно Пикети је мишљења, порез може да буде изразито прогресиван на највећа богатства, али то се ради у оквиру правне државе, након демократске расправе. Реч је о најприкладнијем одговору на неједнакости.¹⁵

Међутим, друга група теоретичара оспорава потребу да због економске неједнакости треба приступити присилној прерасподели дохотка путем пореза. У том смислу се истиче да увећање економске неједнакости доводи до јачања политичког притиска ка прерасподели од богатих ка сиромашнима, чиме се увећава вероватноћа такве прерасподеле, која се заснива на прогресивном опорезивању богатих и новчаним трансферима сиромашнима, чиме се стварају лоши подстицаји за привредни раст, будући да слабе подстицаји и једнима (богатима) и другима (сиромашнима) да се понашају тако да максимизују сопствену економску ефикасност.¹⁶ Дакле, до успоравања привредног раста долази због присутне прерасподеле (дохотка и богатства) и дисторзије подстицаја до које она доводи, а не бар не непосредно, због економске неједнакости. Према томе, према другој групи теоретичара, Пикетијево разматрање *de lege ferenda* у коме се предлаже снажно прогресивно опорезивање богатих, као основа присилне прерасподеле дохотка, односно богатства, представља управо фактор који доводи до успоравања привредног раста. Типичан пример ситуације у којој је лек гори од болести.¹⁷

Последњих деценија интензивирани су процеси глобализације међународне привреде. Томе су посебно погодвали: све присутнија либерализација и дерегулација међународних економских токова, развој информатике и телекомуникацијске технологије и успостављање светских информацијских система, те и повећање брзине и смањења трошкова

¹⁵ Видети: Тома Пикети, Капитал у XXI веку, оп. цит., стр., 578.

¹⁶ Alesina, A. Rodrik, D., 1994, Distributive politics and ekonomik growth, Quarterly Journal of Economics, Vol. 109.

¹⁷ Борис Беговић, Економска неједнакост као баријера привредном расту, Реферат припремљен за конференцију „Либералне и комунитарне опције у институционалној изградњи и економској политици“, 2015., Београд, стр., 17.

превоза уопште.¹⁸ Изложена економска кретања у савременим државама отворила су два важна питања везана за изградњу њихових пореских система: истовремено остваривање ефикасности и праведности. У вези с наведеним, на конципирање ефикасног пореског система увелико утиче појава института пореске конкуренције насталог у формираним међународно - економским односима. Путем примене нижих пореских стопа и пореских олакшица савремене државе стварају конкурентнији порески систем којима подстичу значајна усмеравања доброг дела иностране потражње робеа и услуга и токова капитала, а делимично и других фактора производње на своје подручје.¹⁹ Поменути процеси су реални у савременим условима глобалне економије која се карактерише изузетном мобилношћу међународног тржишта роба, рада и капитала.

Међутим, анализом практичних ефеката изазваних пореском конкуренцијом у пракси, приметљиво је да се манифестују позитивни и негативни одрази на привредни и друштвени живот савремених држава. Тако, примена института пореске конкуренције узрокује код пореских система ширење пореских основица и снижавање пореских стопа што позитивно делује на пораст инвестиција. Другим речима, поменута кретања утичу на снижавање пореских баријера код токова развоја тржишта капитала. Поред тога, изложени процеси смањују износ јавних прихода државе и тиме утичу на њено озбиљније и рационалније понашања приликом трошења средстава. Међутим, радикалнији подухвати у смањивању пореског терета могу имати осетне негативне ефекте на укупно финансирање јавних потреба.²⁰ Најзад, истичући позитивне особине пореске конкуренције незаобилазна је њена улога у пракси спонтаног усклађивања пореских прописа, тако што се фактори производње усмеравају ка државама које имају најниже пореско оптерећење, али истовремено утичу на државе са већим оптерећењем да предузму мере прилагођавања прописа са оним земљама које су привукле капитал захваљујући повољним порезима. Према томе, једноставније говорећи, пореска конкуренција доводи до укидања превеликих разлика између пореских система модерних држава.

Али као што је речено, пореска конкуренција изазива и значајне негативне ефекте. Најпре, она изазива могућност снажног избегавања пореза од многих компанија и појединаца. Друго, формира се у пракси деформисани порески систем, којем је главни циљ да привуче финансијски и други мобил-

¹⁸ Вук Огњановић, Јавне финансије у теорији и пракси, "Едитор", 2008., Београд, стр., 323

¹⁹ Перо Јурковић, Јавне финансије, Масмедиа, 2001. год., Загреб, стр., 154.

²⁰ Видети: Thierry Warin, Tax Harmonization> A Cure or a Curse for Europe?, 28 Tax Notes Internacional (11 November 2002.), str., 555.

ни капитал. Долази до снажног пребацивања пореског терета са мобилног на имобилни капитал. Ослонац опорезивања се пребацује са опорезивања прихода на опорезивања потрошње. Ономогућује се примена прогресивног опорезивања на доходак којим би се постизала редистрибутивна улога пореза којом се остварује праведно опорезивање итд.

На практичном терену пореска конкуренција је условила да се у многим савременим државама суштински промени структура њихових пореских система. Смањује се значај и учешће у укупним пореским приходима пореза на добит и пореза на доходак грађана због стимулисаним пореским путем, сељења законом утврђене пореске основице. С друге стране, дошло је до повећаног учешћа пореза на додату вредност и неких других пореза са мање мобилном основицом за опорезивање.

Изложена дејства пореске конкуренције суштински утичу на карактеристике савремених пореских система и увеликој мери их компликују. С тим у вези, као најважније, доследно функционисање пореске конкуренције напада у теорији и пракси прихваћено начело да обвезници који остварују веће приходе имају већу платежну способност и зато треба да плаћају више пореза. Према томе, несумњиво је да је на ублажавање неједнакости у савременим државама капитализма у XX веку у значајној мери утицао прогресивни порез на доходак грађана. Међутим, његову улогу су у том погледу значајно угрозили процеси примене пореске конкуренције између држава.

Дакле, отворена нерешена питања савременог света у материји опорезивања су правно регулисање питања хармонизације пореских система која би утицала на порезну конкуренцију и регулисање начела плаћања пореза према економској снази. По мом мишљењу практично деловање у изложеном правцу са реално оствареним бољим резултатима у догледној будућности би могли очекивати, само у оквиру доследног функционисања чврстих међународних економских интеграција, од којих је свакако незаобилазна интеграција савремених држава у оквиру Европске уније.

4) Закључак

Изградња пореских система савремених држава под утицајем је снажних процеса повећаних економских неједнакости. Прецизније, у теорији се истиче да се у пракси врши снажна прерасподела богатства од средње и више средње класе као веома богатој што доводи у питање досадашња већинско опредељење теорије и праксе везано за праведност плаћања пореза. С тим у вези, доводи се у питање досадашња социјална политика опорезивања у бројним савременим државама, само до заштите

минимума социјалне издржљивости и свођење пореске прогресије на много мању меру односу на ранију праксу.

У контексту изложеног, данас се појављују теоретичари који оспоравају давање превелике предности начелу ефикасности плаћања пореза ради омогућавања бржег привредног раста, у односу на праведност плаћања. Прецизније, поред осталих врста пореза, све су озбиљнија размишљања о потреби увођења високог прогресивног пореза на капитал правно усаглашеног у светским размерама ради смањивања економских неједнакости и тим путем омогућавања несметаног развоја капиталистичког друштва. Међутим, након анализе релевантних економских, социјалних, политичких и правних токова савременог света по мом мишљењу за сада поменуте иницијативе немају довољно реалних аргумената неопходних за суштинску промену преовлађујуће досадашње филозофије опорезивања. Реално је само очекивати, интезивирање процеса хармонизације пореских прописа у оквиру Европске Уније, у циљу стварања минималних услова неопходних за остваривање праведнијих пореских система у савременим државама чланицама поменуте организације.

Zoran Isailović, Ph.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Priština
Kosovska Mitrovica

TAX SYSTEM AND INEQUALITY IN MODERN STATES

Summary

Under the influence of increasing economic and social inequality in modern states, important issues in the construction of modern tax systems open up at an international level. The author examines the conflicts in the practical application of accepted principles of tax payments efficiency and tax payments according to economic strength. However, the optimal application of these principles is extremely important in global conditions of the great crisis of the capitalist world.

Др Емилија Вукадин

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВНИ СИСТЕМ У ФУНКЦИЈИ ЗАШТИТЕ СЛОБОДЕ ТРЖИШТА У ПРОЦЕСУ ЕВРОИНТЕГРАЦИЈА

Апстракт: *У процесу евроинтеграција земље кандидати за чланство у ЕУ усклађују национално законодавство са *Acquis communautaire*. Услови формирања новог правног система је промена институционалне структуре и карактера државе. Правни систем треба да гарантује владавину права и правну сигурност свим учесницима на слободном тржишту. Правни систем је у функцији заштите слободног тржишта путем системских закона, заштите својинских права и заштите конкуренције, односно предузетништва. Равноправни услови привређивања за предузетнике укључују извршавање свих права и обавеза и гаранцију својинских облика. Ширење тржишне конкуренције треба да прати и заштита која у ЕУ регулише монополе, државну помоћ, либерализацију базичних инфраструктурних система и спајања фирми. Очекивана улога правног система у заштити слободног тржишта реализује се уколико постоји подршка конзистентних институција друштвеног и привредног система и правне државе у новој улози.*

Кључне речи: *правни систем, институције, својина, конкуренција, предузетништво.*

Процес евроинтеграција је већ више од две деценије актуелан и изузетно важан како за бивше социјалистичке земље које су постале чланице Европске уније, тако и за оне које су још у фази придруживања овој међународној организацији. Земље кандидати за чланство у Европској унији у процесу евроинтеграција реализацијом поступно формулисаних задатака и радњи усклађују постојећи социјално-економски систем са оним који одликује ЕУ. Комплексни карактер овог процеса огледа се у крајњем исходу који подразумева нову политичку, правну, економску и социјалну институционалну структуру у земљама које га спроводе. Вишедимензионални аспект у којем се исказује садржина евроинтеграција, упућује да је у питању дуготрајни процес који захтева прихватање и прилагођавање основним стандардима и правилима на којима је утемељена Европска унија. Са правног аспекта процес евроинтеграција значи усвајање *Acquis communautaire*, односно правне тековине Европске уније. Земље кандидати као будуће чланице ЕУ морају

да достигну капацитет примене закона, политика и поступака који су садржани у 170000 страница законодавног оквира ЕУ.¹ У том смислу од нових чланица ЕУ се очекује да после приступања ЕУ спроведу сва поглавља *Acquis communautaire*, посебно она која се односе на Јединствено европско тржиште, будући да је то битно због примене правила конкуренције. У периоду поступног усвајања *Acquis-a* Европска унија предвиђа и примену одређених прелазних мера са ограниченим временским трајањем, што је представља олакшицу за будуће чланице.

Полазећи од назива теме нашег рада, од више аспеката у којима се одвија процес евроинтеграција, издвојићемо оне који се односе на промене правног и економског система и њихову узајамну везу. Хармонизација права са правом Европске уније је нужна претпоставка функционисања виталних система будућих чланица, од политичког до економског. Трансформација планског система управљања привредом у тржишни систем у почетној фази евроинтеграција захтева покретање и спровођење поступка приватизације, либерализације и макроекономске стабилизације.²

У савременим развијеним тржишним привредама битна је улога кооперативне државе која нормативно уређује услове привређивања, односно правила тржишне утакмице у којој су основни принципи предузетништво и конкуренција. Земље које се укључују у процес евроинтеграција морају да спроведу прелаз са административног и централистичког управљања привредом са доминацијом државне својине на тржишне принципе привређивања и приватну својину. У току тог процеса значајна је подршка нове нормативне регулативе која се темељи на владавини права и правној држави.³ Изградња новог правног система представља један од најтежих и најсложенијих задатака за бивше социјалистичке земље у процесу приближавања и чланства Европској унији, јер укључује паралелно обезбеђење темељних предуслова за његову реализацију. На овом месту у виду имамо промену њихове институционалне инфраструктуре и карактера и улоге државе. Нови правни систем се формира у процесу хармонизације права са правом ЕУ, а услови који су неопходни да би се она успешно реализовала односе се на промену карактера и улоге државе и промену институција система. Промена правног система кроз процес хармонизације права чији је творац

¹ Почетком 1997 *Acquis communautaire* је садржао 70000 страница у 8000 докумената, док је крајем 2007 број страница достигао 170000, а број поглавља са 31 на 35.

² Вид. Е. Вукадин, М. Лабус, Економска политика за правнике, Београд, 2012, 318.

³ Вид. Р. Васић, Правна држава и транзиција, теоријски модел и контекстуално условљавање, Београд, 2004, 13.

држава, имплиците указује на неминовност промене карактера државе која се кандидује за чланство у ЕУ. Други услов који се односи на промену институционалне структуре неопходан је из разлога што су институције темељ функционисања не само правног, већ и економског, политичког и социјалног система сваке друштвене заједнице.

Анализу услова изградње новог правног система почињемо аксиомом да су држава и право нераздвојне појаве, што је сажето дефинисао С. Врачар речима да је „ држава прожета правом, а право уткано у државу „⁴ На основу тога даље се истиче да је реч о јединственом феномену, који се назива државно-правним поретком. Повезаност државе и права је двоструке природе, односно она је историјска и функционална. Историјска повезаност је настала развојем људске заједнице током којег се јавила неминовност стварања рационалног нормативног система који представљају држава и право. У том склопу настаје друга, функционална веза права и државе у оквиру које они врше исте функције са заједничким циљем. Зато се и констатује да „ ова историјска и функционална повезаност доводи то тога да држава и право на више начина утичу једно на друго и те везе иду у оба смера, од утицаја државе на право, до утицаја права на државу“.⁵ Историјска и посебно функционална веза између државе и права исказује се у пракси преко синтагме: *држава ствара право и држава примењује право*.⁶ Модерна држава је правна држава која има три лица: она је а) законска, б) конституционална држава и в) судска држава.⁷ Правна држава подразумева владавину права и правну сигурност што подразумева одређене премисе: 1. Владавина права је атрибут правно уређене државе који је дефинише као вршење власти у границама права и 2. Држава је организована на начелима правне државе када се власт врши према правилима постављеним објективним правом које, у исто време, садржи одговарајућа јемства.⁸ Суштина је у „ владавини права под којом се подразумева метаправна идеја о ваљаном правном поретку који подробним и постојаним *правним* ограничењима државне власти, одговарајућим својствима закона и поузданим институционалним јемствима највећма обезбеђује људску сигурност и слободу“.⁹ У

⁴ С. Врачар, Социјална садржина функције државно-правног поретка, Београд, 1963, 40.

⁵ Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, Увод у право, Београд, 2014, 144.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibid, 151.

⁸ Према Р. Васић, Правна држава и транзиција, Теоријски модел и контекстуално условљавање, Београд, 2004., стр. 13.

⁹ К. Чавошки, Р. Васић, Увод у право, Београд, Службени гласник, 2007., стр. 161.

економској сфери правна сигурност гарантује слободу предузетништва, односно права и обавезе учесника у привредном животу која им обезбеђују равноправне услове обављања деланости у тржишним условима привређивања. Држава уређује правни систем и на тај начин дефинише правила понашања у тржишној утакмици која у реализацији права и обавеза дају неопходну правну сигурност свим њеним актерима. Основна, општепозната премиса је да правни систем треба да буде стабилан и да штити својинска и из њих изведена права и да обезбеди примену принципа тврдог буџетског ограничења. Дакле, у питању је правна држава у којој се поштују начела пословне и имовинске одговорности и основни економски закон тврдог буџетског ограничења.

Бивше социјалистичке земље у процесу придруживања Европској унији имају нимало лак задатак да поступно трансформишу карактер државе у два правца. Први подразумева изградњу правне државе чија се битна одлика „ не састоји у томе да она везује, спречава, окива или поставља ограничења, него у томе да она путем оријентисаних институционализација отвара могућност за делање“.¹⁰ Други подразумева поступно укључивање у правни поредак Европске уније са специфичним изворима права и надлежностима субјеката у доношењу правних аката. Однос наднационалног и националног нивоа у оквиру Европске уније не само да раздваја надлежности Европске уније и њених чланица у сфери права, већ и у његовој примени. Хармонизација права, односно прихватање права и обавеза који чине тековине Европске уније, не значи да нове чланице од приступања ЕУ аутоматски могу да им одговоре у пуном капацитету. Примена *Acquis-a* захтева изграђен, на првом месту институционални, а затим административни и судски капацитет који ће је у свим фазама контролисати. Тако долазимо до другог услова успешне хармонизације права са правом Европске уније, а то је формирање институционалне инфраструктуре. Правни систем операционализује и истовремено обезбеђује заштиту институција система, при чему је битно да прати и нормативно регулише све промене које настају услед дејства ендогеног или егзогеног фактора.

Примена и заштита права заснива се на институционално изграђеној основи, односно одговарајућим институцијама правног система које функционишу у садејству са истим у економској, политичкој и социјалној сфери друштва. Један од битних задатака за бивше социјалистичке земље у процесу евроинтеграција је промена, односно трансформације наслеђене институционалне структуре. У нашем раду

¹⁰ У. Пројс, Улога правне државе у трансформацији посткомунистичких друштава, У Правна држава. Порекло и будућност једне идеје, Београд, 1991, 65.

анализу ћемо фокусирати на институције у економској сфери из следећих разлога. Први је нужност промене (у складу са правом ЕУ) нормативне регулативе нових и наслеђених економских институција, а други је њихов значај у формирању новог тржишног система. Тржиште и својина (својински облици) представљају основне институције економског система које са осталим, пратећим институцијама чине темеље новог начина привређивања. Процес институционалних промена се манифестује у две равни. У првој је елиминација темељних институција социјалистичког система као што је план, плански показатељи, централистичко управљање из једног центра које укључује и пратеће оперативне методе њихове реализације. Комплексност наведеног процеса огледа се у трансформацији класичних, односно базичних институција без којих ниједан економски систем не може да функционише. Ту се убраја на првом месту држава, Централна банка, својина, тржиште, буџет, девизни курс, доходак и сл. Квалитативна промена класичних институција и истовремено формирање нових, укључујући и рационални редослед имплементације мера, основни је испит у процесу придруживања који будуће чланице ЕУ морају успешно да савладају.

Сложен и временски захтеван процес разградње старих и изградње нових институција суочава се са значајним препрекама. Претходно треба напоменути да је став економиста, а пракса потврђује, да институције директно утичу на тржишну равнотежу и ефикасност инструмената економске политике. Следствено томе, може се закључити да институције представљају стубове стабилности економског система и економске политике, што значи да у случајевима кризе, примена институционалних решења доприноси успостављању нарушене тржишне равнотеже. Свака институција представља функционално јединство конститутивних елемената, док је за њихов међусобни однос од значаја да се он одвија у оквиру стабилног механизма који обезбеђује и стабилност привредног система. Из тих разлога се констатује да институције уводе ред у привредни живот и да истовремено представљају друштвени капитал као драгоцен ресурс који није непроменљив, већ је подложен еволуцији, променама и нестајању.¹¹

Формирање нових институција суочава се са проблемом који проистиче из чињенице да оне садрже формална и неформална правила, односно ограничења, која нису у истој равни по значају и дејству. Формална правила су уставна решења, закони и правила, док су

¹¹ A. Benassy-Quere, B. Coeure, P. Jacquet, J. Pisani-Ferry, *Economic Policy, Theory and Practice*, Oxford University Press, 2010, стр. 14.

неформална правила везана за традицију и пратеће моралне норме која временом формирају устаљене норме понашања, конвенције и правила, односно кодекс управљања. За формална правила одговорна је држава, која тај задатак реализује у процесу конституисања новог правног система, односно хармонизације права са правом ЕУ. Тешкоће у реализацији овог задатка огледају се у томе што држава истовремено треба да обезбеди услове за своје сопствено реструктуирање и механизам за заштиту индивидуалних права, при чему, поред личних и грађанских слобода, на овом месту у виду имамо право и слободу предузетништва. Други аспект овог проблема огледа се у томе што у временски сигурно не кратком року, држава путем формирања новог правног система истовремено решава два круцијална питања везана за тржишни систем привређивања и за однос према предузетницима. Други разлог сложеније природе односи се на проблем релације формалних и неформалних правила. У питању је, можемо рећи још увек присутна ``превласт`` неформалних правила због споре имплементације формалних правила. За пример је довољно навести конкретне институције у оквиру којих се показује њихова примена, као што је организација тржишта роба, рада и капитала која укључује и правила о банкротству, о уговорима о раду или преузимању, затим оквир у којем се доносе одлуке економске политике, а то су процедура усвајања буџета, статут централне банке, режим девизног курса и сл. Осим тога, земље међу којима је и Србија, не поштују принцип стабилности правног система, на основу чега се не стварају трајни услови обезбеђења правне сигурности. Принцип правне сигурности је у истој мери битан како за предузетнике, тако и за државу у реализацији нове економске улоге. Дефинисани услови привређивања су први путоказ у делатности свих привредних субјеката, док је нормативна регулатива за државу темељ на којем гради своју не само економску, већ и шире социјалну и политичку улогу.

На основу до сада наведеног, може се рећи да време и успех у изградњи правне државе у земљама кандидатима за чланство у ЕУ зависи од темпа у којем се одвија процес промена институција система који укључује формална и неформална правила. У овом процесу од пресудног значаја је интеракција формалних и неформалних правила, односно ограничења. У низу нових формалних правила, у првој фази транзиције најбитнија су она која треба да регулишу процес приватизације. До које мере су она комплексна, показује чињеница да су највећи проблеми у пракси управо били поводом модела и реализације поступка приватизације, као и захтеви за накнадним поништењем или корекцијама овог процеса. Парадокс је да је камен спотицања настао поводом институционалног решења окоснице тржишног система –

својине. Један од разлога огледа се у чињеници, да за разлику од других формалних правила за која је било могуће преузети решења из земаља дуге демократске и тржишне оријентације, у домену приватизације то није био случај.¹² Теоријска сазнања модела приватизације и практична искуства еволуције приватне својине до развијених облика акционарске својине или таквог где је индивидуално власништво посредовано путем тзв. институционалних власника, нису била довољна основа концепта приватизације у бившим социјалистичким привредама. Из тих разлога оне су дошле у позицију да у креирању базичне институције тржишног система примењују решења која често нису била концептуално утемељена и из чега су проистекли неповољни резултати. На првом месту то је било споро реструктуирање државних предузећа, затим појава неефикасних приватизованих предузећа, као и нежељене последице и реакције на социјалном плану.¹³ Слаби резултати процеса приватизације условили су накнадне промене нормативног оквира за њено спровођење, што је уносило несигурност у овој области, првенствено за стране партнере и инвеститоре. Искуства приватизације потврђују значај захтева да изостанак радикалних институционалних прилагођавања отежава примену мера које уводе тржишни систем привређивања.¹⁴ С друге стране, као и у другим областима, то је и показатељ да су у почетној фази евроинтеграција неформална правила утицајнија јер је њихова примена једноставнија од прихватања формалних, која су правно обавезујућа и праћена санкцијама. На том плану највећи проблем је исказан у систему микро и макро управљања, затим извршења уговора и уговорних обавеза. Нова правна регулатива која се уводи путем закона, правила и прописа, у темпу и брзини мора да се усклађује са увођењем тржишног система и новом економском улогом државе. Привредни субјекти су суочени са прилагођавањем у два правца: прво подразумева поштовање нормативне регулативе у пословању уз водећи принцип тврдог буџетског ограничења, а друго се односи на успостављање квалитативно нове релације према држави. Либерализација привредног система и имплементација слободне конкуренције успешније се реализује уколико се прихватају услови привређивања чије основе дају системски закони (област фискалне, пореске, спољнотрговинске, девизне политике, монетарне политике и сл.). Наведени проблем може се сагледавати са два

¹² То су, на пример, нормативна правила у области фискалне, пореске, монетарне, спољнотрговинске, девизне, финансијске политике.

¹³ Б. Церовић, Транзиција- замисли и остварења, Економски факултет, Београд, 2012., стр. 371.

¹⁴ J. S. Earle, R. Frydman, A. Rapaczynski, Privatization in the Transition to a Market Economy, CEU, 1993, 61.

аспекта: први подразумева способност државе да новим правном регулативом јасно дефинише смернице и оквир своје економске улоге, а други се односи на дефинисање карактера и граница економских слобода које имплиците подразумева тржишни систем.

Када се говори о економским институцијама, два су аспекта са којих се сагледавају њихове битне одреднице. Први подразумева утицај политичког фактора на формирање економских институција, а други критерије који мере њихов квалитет и потенцијалну ефикасност.

Процеси промена економског и политичког система у бившим социјалистичким земљама започели су паралелно са јаким узајамним утицајем. Следствено томе, политички фактор је од битног значаја у процесу формирања економских институција и пратеће нормативне регулативе. Политички субјекти који у зависности од позиције моћи имају већи или мањи утицај су политичке странке, као и нужно политички прилагодљиви субјекти као што су привредне коморе, синдикати радника и удружења послодаваца. Политичке партије у парламенту своје ставове и одлуке усклађују са принципом јавног избора и колективног одлучивања који повезује економске и политичке процесе. Парламентарне политичке партије у највећој мери су у свом деловању подређене принципу јавног избора услед конфликта интереса и различитих решења која предлажу за битна питања о којима се одлучује. Прелаз из једнопартијског у вишепартијски политички систем са руководећим демократским принципима, захтева не кратак временски период у у којем рецидиви из претходног режима спречавају доношење рационалних економских одлука. Разградња ригидног аутократског политичког система формално може да се заврши у кратком временском периоду, али зато с друге стране, његове основне перформансе и даље имају утицај у економској и социјалној сфери друштва. Примена принципа јавног избора и колективног одлучивања захтева дужи период прилагођавања политичких партија које у новом вишестраначком систему добијају позицију са које треба да делају у складу са демократским правилима политичке игре. Међутим, када су упитању економске институције, присутно је надметање и сукоб различитих интересних група које имају супротне преференције. На основу тога Б. Беговић констатује: „ Користећи терминологију теорије игара, може се рећи да је надметање интересних група за успостављање економских инситуција у складу са њиховим интересом, односно инситуционалним преференцијама, игра са нултом сумом“.¹⁵ За успех одређене интересне групе одлучујућа је њена политичка моћ на основу

¹⁵ Б. Беговић, Институционални аспекти привредног раста, Београд, 2011, 120.

које она жели да наметне економске институције које јој одговарају. С обзиром да постоји више конкурентних интересних група са променљивом политичком моћи, она је само потребан, али не и довољан услов за освајање доминантне позиције у избору економских институција. Последица те ситуације је да се институционална изградња одвија као надметање различитих интересних група са различитим преференцијама у погледу економских институција.¹⁶ У том процесу је битно до које мере је изражен степен друштвене контроле с обзиром да институционално решење које одговара одређеној интересној групи, не значи да је то и са становишта друштва. Како су у питању земље које мењају институционалну инфраструктуру, поставља се и питање да ли су те промене ендогено или егзогено инициране. Диференцирање врста институција по овом основу полази од тога да ли су оне могу бити наметнуте од стране спољног фактора (амерички модел привреде у Јапану после Другог светског рата) или су успостављене свесном акцијом интересних група, односно путем одговарајућег аналитичког концептуалног оквира. У државама кандидатима за чланство у Европској унији које прихватају и имплементирају њене економске институције, оне према претходно наведеној дефиницији имају ендогени карактер.¹⁷ Сматрамо, с друге стране, да треба уважити и критериј карактера економских институција који такође може бити ендеген и егзоген. На основу тога у будућим чланицама ЕУ у процесу евроинтеграција постојеће, ендогене институције се или укидају (план, обрачунске цене) или трансформишу (централна банка) или се формирају нове, егзогене институције (берзе, приватна својина, тржиште). У процесу хармонизације права изузетно је битан онај њен сегмент који нормативно регулише нове, егзогене настале економске институције.

Од почетка процеса транзиције који је био увод у процес евроинтеграција, Европска унија је преко Европске банке за обнову и развој пратила фазе у којима се он одвијао уз пружање одговарајуће финансијске и техничке помоћи. У мониторинг је, посебно почетком деведесетих година прошлога века, био укључен и Међународни монетарни фонд у конципирању стабилизационих програма, као и Светска банка у пружању финансијске помоћи. У склопу многобројних аналитичких пројеката везаних за процес трансформације друштвено-економског система бивших социјалистичких привреда које реализују наведене међународне организације, посебна пажња је била посвећена економским институцијама. Наиме, Светска банка је формулисала

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibid.*, 124.

индикаторе на основу којих се мере, односно оцењују економске институције, као што су ефикасност владе, квалитет регулације, улога права и контрола корупције.¹⁸ Поставља се питање како се могу одредити критерији који ће даље оцењивати сваки од наведених индикатора квалитета економских институција. Тема рада упућује да од наведених индикатора анализирамо улогу владе и на одговарајућем месту регулацију, док је улога права све време питање које је у његовом фокусу.

Ефикасност владе као репрезентативног органа државе који има улогу носиоца економске политике, најшире се исказује преко резултата које држава постиже у реализацији нове економске и социјалне улоге. Први услов је поступна и конзистентна изградња правне државе чије је основна одлика да путем оријентисаних институционализација отвара могућност за делање.¹⁹ На једној страни је делање саме државе у оквиру нове економске улоге, а на другој делање оних субјеката друштва које држава уређује правним прописима. У новој економској улози држава, односно влада суочава се са критичним тачкама имперфектности тржишта које захтевају интервенцију путем одговарајућих мера. То се односи на антимонополско законодавство, мере за регулисање екстерних ефеката, на производњу и одржање јавних добара и редистрибуцију дохотка.²⁰ У земљама кандидатима потребан је дужи временски период да одговоре наведеним захтевима и након уласка у ЕУ, имајући у виду да се реформисани правни систем примењује у још недовољно развијеном институционалном амбијенту. Постојеће имперфектности тржишта упућују на минимум економске улоге државе која се реализује преко одређених облика њене интервенције. Основна улога државе је изградња правног система, затим обезбеђење макроекономске стабилизације, односно ниске инфлације, повећање запослености и бруто домаћег производа, следећа је алокација ресурса, затим следи редистрибуција дохотка и последња, куповина роба и услуга као компоненте јавне потрошње.²¹ За реализацију наведених облика државне интервенције први услов је формирање валидног правног основа и институционалног амбијента који ће бити подршка владавини права на које обавезује чланство у ЕУ. Успех у реализацији економске улоге државе показује ниво ефикасности који се мери показатељима као што су

¹⁸ World Bank's Worldwide Governance Indicators, www.worldbank.org, 19.05.2015.

¹⁹ У. Пројс, 65.

²⁰ Е. Вукадин, М. Лабус, Економска политика за правнике, Београд, 2012.год., стр. 59.

²¹ Вид. о томе Е. Вукадин, М. Лабус, 59.

стопа раста, стопа инфлације, стопа незапослености, стабилност девизног курса и равнотежа буџета.²²

Претходно сагледавање услова формирања новог правног система за циљ је имало да укаже да су изграђене институције и трансформисана држава неизоставни предуслови његовог утемељења и примене принципа владавине права и правне државе. Следеће питање које се поставља је слободно тржиште, односно који су његови основни атрибути и претпоставке. На почетку треба напоменути да апсолутно слободно тржиште не постоји, тако да се варијанта перфектног тржишта поставља као методолошка претпоставка за анализу тржишних законитости и понашања његових актера.²³ У савременим привредама тржиште је слободно у мери у којој је присутна контрола државе са циљем да се предупредe и ублаже циклична тржишна кретања која узрокују нарушавање макроекономске равнотеже и стабилности. Слободно тржиште на првом месту подразумева неконтролисано дејство тржишних законитости, предузетништво, слободну конкуренцију, приватну својину и друге изведене својинске облике. Претходна дефиниција одговара методолошком приступу појма слободног тржишта које укључује његове полазне премисе које се коригују када се оно анализира у савременим условима одвијања токова светске привреде. Корективни елемент који се додаје је држава, односно њена економска улога која јој даје епитет кооперативне државе. Држава постаје партнер тржишту, тако да се закључује да „она више није хијерархијски надређен регулатор тржишта који располаже монополом политичке моћи, него један од учесника у кооперативној игри на тржишту.“²⁴ Економска улога државе је конципирана тако да спречава дискриминаторне појаве које подразумевају нарушавање слободне конкуренције и фаворизовање по основу правно нерегулисаних ситуација или оних у којима изостају примерене санкције. У складу са тим држава поставља правила тржишне утакмице и преко механизма казни и награда обезбеђује њихово стриктно поштовање и обезбеђује информације неопходне за доношење привредних одлука.²⁵ Садејство тржишта и државе у кооперативној игри одвија се са циљем обезбеђења и одржања макроекономске равнотеже и ублажавања јаких цикличних таласа и криза. Кооперативна игра је у општем интересу јер свакој друштвеној заједници обезбеђује привредни раст и напредак, а

²² Вид. о условима ефикасности економске политике Е. Вукадин, Економска политика, Београд, 2009, 60.

²³ Вид. о перфектном тржишту Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, Економија за правнике, Београд, 2008, 185.

²⁴ М. Лабус, Основи економије, Београд, 2007, 89.

²⁵ Ibid.

појединцу потрошачу и предузетнику, могућност да реализују своје потребе за робама и услугама у својству корисника, односно произвођача који их пласира на тржишту.

Следеће и најважније питање које је у средишту нашег рада је улога правног система у обезбеђењу слободе тржишта. Основна полазна претпоставка од које се мора поћи је дефинисана на почетку текста, а односи се на поштовање принципа владавине права и на правну државу. Значај наведених принципа се огледа у томе што они пружају правну сигурност свим учесницима на тржишту, како у примени услова привређивања, тако и у заштити свих припадајућих права путем одговарајућих санкција. Правна сигурност треба да гарантује извршење и права и обавеза, односно да обезбеђује реализацију основног економског принципа тврдог буџетског ограничења.

Правни систем пружа заштиту слободи тржишта на следећи начин: 1. Преко системских закона; 2. Путем заштите својинских и из њих изведених права; 3. Путем заштите конкуренције, односно предузетништва.

Услови привређивања у тржишним привредама представљају унапред познате елементе, односно правила на основу којих се предузетник на тржишту бави одређеном делатношћу уз обавезу да одговори свим обавезама, како према држави (порези и доприноси), тако и према пословним партнерима и потрошачима (испорука и плаћање роба и услуга, извршење кредитних обавеза према банкама, поштовање стандарда и квалитета и др.). Системски закони полазе од основних системских решења која су одређена карактером институционалне структуре. У процесу евроинтеграција и промене институција истовремено се доносе нова системска решења која се заснивају на тржишном систему привређивања. Системски закони уређују област монетарно-кредитне политике, фискалне и пореске, девизне и спољнотрговинске, затим политике цена, оснивање и удруживање привредних субјеката и директне контроле (примењује се селективно и у посебним ситуацијама). Услови привређивања уређени системским законима односе се на све потенцијалне предузетнике који могу да се ангажују у одређеној привредној делатности у којој ће поштовати предвиђена права и извршавати пратеће обавезе. За системске законе је битно да се не мењају често, односно да су постојани јер промена услова привређивања значи несигурност за предузетнике у погледу пословних планова, инвестиција и пласмана роба и услуга.

Закони који регулишу својинска права одређују дозвољене облике својине на ресурсима и капиталу, обим власничких овлашћења, стицање, пренос, губитак и заштиту својинских права. С обзиром да је својина

темељна институција економског система с којом све друге морају бити усаглашене, нормативно регулисање свих изведених питања је од изузетног значаја. Токове процеса евроинтеграција који са мањим или већим одлагањем започиње транзицијом, у великој мери одређује метод и темпо спровођења приватизације у бившим социјалистичким земљама. Прелаз са државне својине која подразумева монопол државе у привреди, непостојање тржишта и предузетништва, на приватну својину показао се као сложен задатак који није могао једнократно успешно да се оконча.²⁶ Закон о приватизацији који су доносиле све земље у транзицији на самом почетку тог процеса, представљао је само иницијални покретач номиналних својинских промена, чија се функционална и реална садржина тек требало реализовати у пракси. Поступак либерализације тржишта који се спроводио паралелно са приватизацијом није се одвијао истим темпом, што је у већини транзиционих привреда успоравало нужне промене и одлагало процес евроинтеграција. Поред закона који одређује методе приватизације, за својинске односе су битни и закони који регулишу њену заштиту, затим уговоре, накнаду штете и стечај. Треба нагласити да доношење наведених закона не значи да нови својински односи одмах постају ослонац и покретач тржишног привређивања, јер је то условљено формирањем нове институционалне структуре које захтева одређено време.

Слободне тржиште са одликама о којима је претходно било речи, увек подразумева слободну конкуренцију и њену заштиту. Слободна конкуренција штити и подстиче предузетништво чији су ефекти на друштвено благостање сваке заједнице вишеструки.²⁷ Подстицање конкуренције је посебно битно у првој фази транзиције јер су очекивани ефекти развој и ширење приватне својине и тржишних принципа привређивања, што не значи да треба искључити могућност њеног нарушавања, а преко тога и заштите. Нарушавање слободне конкуренције која подстиче економску ефикасност имплиците доводи до њеног опадања, што у свакој привреди даље производи негативне последице у расту домаћег бруто производа и запослености. У Европској унији развијени систем заштите конкуренције се спроводи на начин да обезбеђује: ниже цене, бољи квалитет роба и услуга, могућност избора за потрошаче, иновације и бољу конкуренцију на глобалном тржишту.²⁸ Државе чланице Европске уније и привредни субјекти морају да се придржавају правила слободне конкуренције и да истовремено остављају

²⁶ Вид. о методама приватизације Е. Вукадин, М. Лабус, 318.

²⁷ Вид. о томе Б. Беговић, В. Павић, Увод у право конкуренције, Београд, 2012, 15.

²⁸ http://ec.europa.eu/competition/nca/index_en.html, 20.05.2015.

простор за иновације, развој малог бизниса и за заједничке стандарде. У процесу евроинтеграција сви учесници спроводе правила и поступке које је у области конкуренције од самог оснивања увела и спроводи Европска унија у следећим областима: монополи, државна помоћ, спајања и припајања и либерализација (у базичним инфраструктурним делатностима).

Земље које се налазе у процесу евроинтеграција, будући да трансформишу економски систем у тржишни и политички у демократски, обавезу доношења нормативне регулативе заштите конкуренције извршавају у време када се још не манифестују сви облици њеног нарушавања. Свакако је већа могућност појаве злоупотребе доминантног положаја него монополског понашања у првој фази транзиције, али је битно да закони предвиђају и санкционишу обе ситуације. Када је у питању државна помоћ, пракса је показала да је садржинско раздвајање појмова и појава државне помоћи и субвенција одлагано што је конзервирало рецидиве социјализма као што је принцип меког буџетског ограничења.²⁹ С друге стране, статусне промене привредних субјеката тек временом добијају на значају и постају редовна појава у економском систему, тако да је битно да постоји уређена нормативна регулатива за обу област. Либерализација базичних инфраструктурних делатности (енергетика, телекомуникације, транспорт, водопривреда и пошта) које традиционално чине јавни сектор, у бившим социјалистичким земљама може ићи у правцу приватизације или приватно-јавног партнерства. Имајући у виду проблеме и пропусте који су се јављали у процесу приватизације државних предузећа, извесно је да структурне и статусне промене јавног сектора могу да се спроведу онда када се у потпуности реализује својинска матрица ефикасне привреде. Као закључак можемо рећи да је у процесу евроинтеграција тежи и сложенији задатак од заштите конкуренције њена имплементација која подразумева институционалне промене у оквиру економског система.

Анализа правног система у функцији заштите слободе тржишта у процесу евроинтеграција неминовно намеће питање везано за регулацију која је данас присутна у ЕУ. Регулација је супротна принципима слободног тржишта, тако да је парадокс да у условима четири основне слободе на јединственом тржишту, Европска унија није зауставила појаву и ширење регулаторне државе. Један од разлога је утицај регулаторне филозофије у САД која иницира формирање регулаторних тела која преузимају функције министарстава у вођењу јавне политике, а други је

²⁹ Вид. Е. Вукадин, Нормативна регулатива и пракса државне помоћи, Зборник Контрола државне помоћи у Србији и у Европској унији, Београд, 2011.

криза државе благостања и модела интервенције које користи.³⁰ Регулација се на теоријској основи објашњава са три основна разлога – јавни интерес, остваривање специјалних интереса и самоинтерес регулатора.³¹ Треба имати у виду да су учесници процеса евроинтеграција бивше социјалистичке земље које имају вишедеценијско искуство у примени регулације. У питању је потпуна, административна и планска регулација у условима доминантне државне својине. Напуштање старог система одвија се у процесу дерегулације и либерализације које су услов преласка на тржишни систем привређивања. Међутим, одређени ниво регулације и њен раст је присутан у савременим привредама као и у ЕУ, тако да је питање времена како ће је нове чланице дизајнирати у промењеним условима доношења макроекономских и индивидуалних привредних одлука (децентрализација).³² Из тих разлога укидање форми и мера потпуне регулације за земље кандидате представља краћу и једноставну фазу у односу на сложенију која следи, јер подразумева утемељење и операционализацију новог регулаторног система. Замке регулације која прикрива државну интервенцију тако што је пребацује на регулаторна тела, вероватно ће бити тешко избећи и само је питање времена када ће то постати актуелно. Из тих разлога се истиче следеће: „ У условима слабе владавине права и ограничених капацитета за државну регулацију, боље је допустити тржишту да делује јер регулаторна контрола неће имати снаге да исправи тржишне исходе због великих трансакционих трошкова који су последица опструкције економских актера у циљу остваривања њиховог самоинтереса“.³³ Имајући у виду да дејство регулаторне државе у ЕУ почиње од 1980 године, односно у време када је био завршен процес формирања њене сложене институционалне структуре, може се очекивати да ће ово питање у земљама кандидатима бити актуелно тек у неком наредном периоду. У решавању свих аспеката регулације земље кандидати ће морати да примењују принципе и критерије које поставља Европска унија, а што се у нормативном облику већ уводи у процесу хармонизације права.

О улози и значају права у процесу формирања економских институција било је речи на почетку нашег рада. На овом месту можемо да укажемо на још један аспект овог питања, а који се односи на темпо

³⁰ А. Јовановић, *Дерегулација, регулација, регулаторна држава и Србија*, Београд, 2013, 4.

³¹ *Ibid*, 3.

³² У Европској унији је присутна појава преласка са директног управљања извршне власти на индиректно управљање преко регулаторних тела чији број расте.

³³ E. L. Glaeser, A. Shleifer, *The Rise of Regulatory State*, *Journal of Economic Literature*, 2/2003, 420.

паралелне промене правног система и изградње нових институција. У виду имамо квалитет и јачину повратне спреге правног и институционалног аранжмана који су квалитативно нови и који су у односу садејства. Другим речима, да ли успешно и конзистентно спроведен процес хармонизације права гарантује да ће обезбедити и подстаћи функционисање економских институција? Наше је мишљење да се то може очекивати само уколико се истовремено обезбеде и други услови формирања економских институција, као што је, на пример, успешна приватизација неопходни услов за развој и ширење приватне својине. За изградњу интегралног тржишта које подразумева и пратећу нормативну регулативу, неопходно је садејство многобројних фактора, као што је концепт монетарне и финансијске политике, затим политике рада, спољнотрговинске политике и сл.

Формирање слободног тржишта у бившим социјалистичким земљама ослонац добија у новом правном систему који се гради у процесу хармонизације са правом Европске уније. У питању је комплексни процес који одређује функционисање правног поретка у новим чланицама и реализацију права и обавеза које чине његову садржину. Први услов успешне хармонизације и формирања новог правног система је трансформација државе у правну државу која се заснива на владавини права. Други услов подразумева изградњу новог институционалног система који се темељи на политичкој декократији, социјалној правди и тржишном систему привређивања. Правна држава и модерне институције су предуслов примене права Европске уније по стандардима које садржи *Acqius communautaire* и пратећа документа која заједно чине правни поредак ЕУ. Процес евроинтеграција који почиње ослобађањем тржишта од ригидних планских инструмената и утицаја државе, временом нужно укључује дејство инструмената економске политике, нове регулације, односно кооперативну државу као стожера нове друштвене институционалне инфраструктуре.

Emilija Vukadin, Ph.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Belgrade

**LEGAL SYSTEM IN THE FUNCTION OF PROTECTION OF
FREEDOM MARKET IN THE PROCESS OF EUROPEAN
INTEGRATION**

Summary

In the process of eurointegration candidate states harmonize the national legislation with *Acquis communautaire*. The terms of forming new legal system is the change of institutional structure and character of the state. Legal system should guarantee the rule of law and legal security for all participants on the free market. In order to protect free market, legal system does it by systemic laws, protection of property rights and competition, respectively entrepreneurship. The equal terms of doing business for the entrepreneurs includes execution of all rights and obligations and guarantee of ownership forms. Widening of market competition should be followed by the protection which in EU regulates monopolies, state aid, liberalization of basic infrastructure systems and mergers. The expected role of legal system in the protection of free market can be realized if there is the support of the consistent institutions of social and economic system and new role of state.

Данијела Петровић

**Асистент Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици**

ДИСКРИМИНАЦИЈА ЦЕНА У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ

Апстракт: *Мogućност наплате различитих цена за исти производ или услугу различитим купцима која није генерисана разликом у граничним трошковима представља дискриминацију цена. Дискриминација цена је неједнако третирање цена као објекта које у основи нема дискриминацију лица или објекта. Реч је о формирању цена које произвођачи настоје да изједначе са резервационим ценама потрошача, односно о ценама које произвођачи прилагођавају еластичности функција тражње како би присвојили потрошачев вишак и увећали свој профит.*

Дискриминација цена се јавља у различитим облицима, а као најшире прихваћена је подела на дискриминацију првог, другог и трећег степена.

Ефекти примене дискриминације цена могу се посматрати на нивоу произвођача и потрошача и вишкова које остварују али је много значајнији ефекат који дискриминација цена има на друштвено благостање.

Кључне речи: *дискриминација цена, резервациона цена, еластичност тражње, друштвено благостање.*

1. Увод

Чињеница да свакодневно купујемо различита добра и плаћамо разноврсне услуге указује на значај и улогу цена у животу сваког појединца. Висина цене производа и услуга врло често је пресудан фактор приликом доношења одлука о куповини. Исто тако, важан део пословне политике сваког предузећа представља политика цена.

Иако се једноставно дефинише као новчани израз вредности роба или услуга, цена је сложена економска категорија и представља једно од најсложенијих питања економске теорије и праксе. Бројни су називи под којима се појављује. Приликом куповине роба плаћа се цена, за

коришћење новца камата, за коришћење пута путарина, за интелектуалне услуге хонорар, за образовање школарина и слично.

Од висине цена производа и услуга зависи наступ предузећа како на домаћем, тако и на страном тржишту, па приликом доношења одлука о ценама менаџери морају да користе поуздане методе и примењују достигнућа економске теорије и праксе. Одлукама о формирању цена на одређеном нивоу можемо да придобијемо или изгубимо купце, да присвојимо мањи или већи део потрошачевог вишка. Полазна претпоставка приликом формирања цена је да се формирају цене које су једнаке за све купце, да за сваку јединицу производа сви купци плаћају исту цену. Међутим, исти производи се могу продавати различитим купцима по различитим ценама. Продаја истих производа по различитим ценама различитим купцима при истим трошковима понуде представља *дискриминацију цена*.

2. Дискриминација цена – концепт и класификација

Дискриминација цена нема негативну конотацију коју у најопштијем смислу има појам дискриминације, већ је реч о неједнаком третирању цена као објекта, којима се не дискриминишу лица или објекти. Реч је о различитим формама неједнаког третирања путем цена, односно о продаји истог производа различитим купцима по различитим ценама.

Могућност примене дискриминације цена захтева испуњење одређених услова који се односе на постојање тржишне моћи и могућности сегментације тржишта. У том смислу се дискриминација цена везује за монопол и представља могућност коју монополиста користи у циљу повећања профита. У ситуацији када због пораста понуде долази до смањења цена коју купци плаћају за јединицу производа, монополиста који би могао да прода додатну јединицу производа по нижој цени могао би да повећа присвојени профит. Продаја јединице производа испод цене створила би услове за повећање броја купаца и тиме пораст профита који се присваја. Иако звучи нелогично, објашњење је јако логично. Код продаје јединице производа по ценама које нису дискриминисане купци одлучују у складу са својим буџетским ограничењем које ће количине куповати. Када се цене сниже онда и купци који иначе нису користили одређене производе или услуге, постају њихови конзументи. Треба нагласити да снижавање цена није одраз нечије симпатије или привилегија, већ се снижавањем цена привлаче нове групе купаца. Као примери се често наводе снижене цене авио карата за студенте или пензионере који иначе не могу да плате пуну цену авио карте, па самим

тим и не користе тај начин превоза или путовања, али након снижавања цена они одлучују да користе понуђене погодности, чиме се повећава број купаца, односно проширује тржиште. Повећање броја купаца, односно броја продатих производа доводи до повећања профита монополисте.

Постоје и мишљења по којима тржишна моћ није пресудан фактор за примену дискриминације цена, већ да се дискриминација цена може применити и у условима блиским савршеној конкуренцији. У таквим условима да би продао робу по ценама које су дискримисане неопходно је да произвођач располаже информацијама о функцијама тражње појединачних потрошача, односно да зна резервациону цену производа коју је тај купац спреман да плати. Пошто утврђивање појединачних цена коју би неко платио за јединицу производа није једноставно утврдити, скоро је и немогуће оно што му преостаје да на неки начин изврши поделу купаца на оне који могу да плате вишу цену и оне који то не могу. Тиме ствара могућност да им понуди исти производ по различитим ценама.

Примери који се често користе односе се на спремност пословних људи да више плате за авионске карте него што то чине туристи. Проблем је што није једноставно утврдити ко је пословни човек а ко туриста. Поставља се питање критеријума по коме се ове две категорије могу разликовати, да ли је то начин облачења, јер би пресвлачењем из одела у неку опуштенију комбинацију сваки пословни човек могао да плати нижу цену карте која је предвиђена за туристе. У другом делу рада биће детаљније обрађена могућност диференцирања купаца.

Још један важан фактор и предуслов који произвођач мора да обезбеди како би могао да примени дискриминацију цена је спречавање препродаје производа. Наиме, купци којима је омогућена куповина производа по нижим ценама могу куповати веће количине од потребних и продавати их по ценама које су више од оних које су они платили, а које су у исто време ниже од цена које купци којима није омогућена куповина по нижим ценама спремни да плате. Уколико рецимо гупа којој је омогућена куповина по нижим ценама плати јединицу производа 10\$ а друга група која нема ту могућност плати исту такву јединицу производа 14\$, при чему произвођач није онемогућио препродају између њих врло брзо ће цена од 12\$ бити прихватљива за обе стране. На тај начин целокупна производња би се продавала по нижим ценама, чиме би дискриминација цена престала да постоји.

Спречавање препродаје се може остварити продајом на име купца или давањем гаранција на име чиме купац не би могао да отуђи купљени производ или макар не би могао да га прода као нов. Исто тако, ако би трансакциони трошкови били јако високи, стране у трансакцији поводом

производа по нижој цени не би имале подстицај да такве трансакције изврше.

Продаја производа по различитим ценама може се сматрати ценовном дискриминацијом само под условом да су гранични трошкови јединице производа једнаки. Ако разлика у цени није настала под наведеним условом већ због различитих граничних трошкова које ствара додатна јединица производа или потрошач, таква разлика не представља ценовну дискриминацију.

Дискриминације цена се разликују по садржини, обухватности и циљевима, а као критеријуми за њихову класификацију користе се моћ одлучивања о висини цене на различитим сегментима тржишта, дате тражње и могућег профита.¹ Штакелберг разликује следећа четири типа дискриминације:

- 1) дискриминација производа према сврси употребе производа (нпр. тарифе за коришћење телефона)
- 2) дискриминација ценама према циљној групи купаца (снижење цена улазница на утакмицама, за музеје, за ученике или студенте)
- 3) дискриминација ценама према регионално сегментисаним тржиштима (нпр. домаће и страног тржиште)
- 4) дискриминација ценама према времену (летња и зимска тарифа за утрошену електричну енергију).²

Дискриминација цена која се врши према обухватности тржишта и која је прихваћена међу економистима је подела коју је дао Пигу и јавља као првостепена, другостепена и трећестепена дискриминација. О сваком од ових облика дискриминације цена биће више речи у даљем тексту рада.

2.1 Првостепена дискриминација цена

Првостепена или савршена дискриминација цена представља такав облик дискриминације код кога се свака јединица производа продаје по максималној (резервационој) цени коју је купац спреман да плати. Цена се одређује за сваку јединицу производа, за појединца који је највише вреднује. Продајом производа по највишој могућој цени произвођач обезбеђује присвајање највећег профита, присвајајући и потрошачев вишак. Оваквом продајом губи се разлика између цене и граничног

¹ Видети шире: Стојановић, Б., *Дискриминација ценама: дампинг и антидампинг политика*, Економски факултет, Ниш, 2003, стр.11.

² Kindlberger, С. *Међународна економија*, Вук Караџић, Београд, 1974, стр. 125-142.

трошка што је случај и код тржишта савршене конкуренције.³ Међутим, између савршене конкуренције и савршене дискриминације постоје разлике које се огледају у томе што се код савршене конкуренције равнотежа постиже изједначавањем цене и граничног трошка, док се код савршене дискриминације само последња јединица продаје по равнотежној цени а све друге се продају по вишим ценама. У условима савршене конкуренције поторшачев вишак представља корист за потрошаче, код савршене дискриминације потрошачев вишак присваја монополиста као профит.

Првостепена дискриминација цена се заснива на рестриктивним претпоставкама о монополу који располаже подацима о спремности потрошача да такве цене плате. Примена првостепене дискриминације веома се ретко среће у пракси, она је више теоријски концепт. Примери примене првостепене дискриминације цена који се најчешће наводе су продавац аутомобила који се може одрећи дела марже у корист купца како би аутомобил продао, лекара у малом граду који познаје платежне способности својих пацијената па наплаћује различите цене за исте услуге и сл. нису идеални примери.

Иако се првостепеном дискриминацијом постиже ефикасност у Паретовом смислу, друштвено благостање је умањено јер се остварени профит улаже у обезбеђивање монополске позиције на тржишту.⁴

2.2 Другостепена дискриминација цена

Дискриминација цена другог степена претставља ценовну дискриминацију различитих јединица производа које купује исти купац. Овакав облик дискриминације цена у пракси често користе комунална предузећа која формирају различите цене зависно од купљене количине. Цене коју плаћа купац за јединицу производа називају се нелинеарне цене, а типичан пример нелинеарних цена су двокомпонентне цене. Двокомпонентна цена се састоји из фиксног дела који се назива претплата и на чију висину не утиче ниво потрошње и дела који је пропорционалан потрошњи. Телефонски рачуни су примери двокомпонентних цена, без обзира да ли има или нема саобраћаја постоји износ који се плаћа као претплата и део који зависи од потрошених импулса. Све је чешћа

³ Видети: Hal R. Varian: *Микроекономија*, модеран приступ, Економски факултет, Београд, 2010. стр.440- 442.

⁴ Видети више у: Беговић, Б., Лабус, М., Јовановић, А., *Економија за правнике*, Правни факултет, Београд, Издавачки центар, 2008. стр. 258.

примена двокомпонентних цена, најчешће у области фиксне телефоније. Сведоци смо понуда све јефтинијих, чак и бесплатних импулса односно плаћања претплате без обзира на ниво потрошње. Наиме, највећи део трошкова компанија у области телекомуникација је везан за трошкове опреме и представља фиксни трошак, гранични трошак новог разговора једнак је нули па плаћањем претплате број обављених разговора није од значаја.

Важна је чињеница да са порастом потрошње опада резервациона цена додатне јединице производа, односно да са повећањем потрошње долази до пада цене која се плаћа за јединицу производа.

Пример дискриминације цена другог степена представљају цене које се формирају за групу производа тзв. „блок тарифе“. Сваки блок потрошње има цену, а у зависности од тога да ли са порастом потрошње цена пада или расте имамо опадајућу, односно растућу блок тарифу.⁵

2.2 Трећестепена дискриминација цена

Трећестепена дискриминација цена је најчешћи облик дискриминације цена код кога се различитим купцима продају јединице производа по различитим ценама, али свака јединица производа се датој групи продаје по истој цени. Количина производа коју потражује сваки потрошач се разликује, као што се разликују и ценовне еластичности њихових функција тражње. У зависности од еластичности односно нееластичности тражње произвођач дели потрошаче у групе и оним потрошачима чија је тражња нееластична нуди производе по вишој цени, а потрошачима чија је тражња еластична производе по нижој цени. Произвођач, монополиста дискриминише потрошаче на тај начин што дефинише цену за сваког потрошача како би се што више приближио његовој резервационој цени. Претпоставка је да су гранични трошкови производње додатне јединице аутпута исти граничном приходу на сваком тржишту.⁶

Бројни су примери примене трећестепене дискриминације цена у пракси од студентског попушта на биоскопске карте, попушта за пензионере у продавницама, до наплате путарине страним или домаћим возачима, авио карте за дане викенда и сл. Приликом формирања цена произвођач чак и да познаје спремност купаца да плате цену по јединици производа не може једноставно да препозна купце. У уводном делу

⁵ Беговић, Б., Лабус, М., Јовановић, А., наведено дело, стр. 260.

⁶ Hal, R. Varijan, наведено дело стр. 447.

наведен је приме пословног човека и туристе које је јако тешко разликовати у моменту када купују авионске карте, јер сем начина облачења ништа друго не би могло да указује на то о којој се врсти купаца ради. Начин на који би монополиста могао да реши наведени проблем јесте да понуди различите комбинације (пакете) производа који би се разликовали по количини и цени и који би били понуђени обема групама купаца, како групи са високом тражњом тако и групи са ниском тражњом. Избором једне од комбинација купци би открили своју спремност за плаћање понуђене робе или услуге. Авио компанија ће понудом попушта за летове који подразумевају да се ноћ проведете у путу, субота увече ван свог пребивалишта поделити купце карата на туристе који прихватају ове попусте и којима се они дају и из разлога еластичности њихове тражње и на пословне људе који настоје да викенд проведу са својом породицом. Мотивацију потрошача за самооткривањем монополиста подстиче не само прилагођавањем количине добара, већ и њиховим квалитетом. Без потрошача скупих производа, потрошачима јефтиних производа био би понуђен бољи квалитет, али би и даље остали без вишка. Без потрошача јефтиних производа, потрошачи скупих производа не би присвојили вишак, па је за њих корисно присуство потрошача јефтиних производа. То је због тога што предузеће мора да смањи цену за потрошаче скупих производа како би их обесхрабрило да бирају производ намењен потрошачима јефтиних производа. Понудом деградираних производа компаније стварају могућност да путницима који не желе да путују на понуђени начин који наплати вишу цену за флексибилнији путни аранжман.⁷

Примена трећестепене дискриминације доводи до повећања благостања обе групе, што указује на Парето ефикасан ефекат оваквог начина формирања цена.

Дискриминацији цена трећег степена примењују предузећа која се баве спољнотрговинским пословањем. Поделом тржишта на домаће и страном и продајом производа на страном тржишту по нижим ценама како би се обезбедио бољи положај извозника у односу на увозника. Овакав вид формирања цена представља дампинг и примењује се када је тражња на страном тржишту еластичнија од тражње на домаћем тржишту.

3. Ефекат дискриминације цена на друштвено благостање

Монопол није потребан услов за примену дискриминације цена, она може да се успостави и условима блиским савршеној конкуренцији,

⁷ Hal, R. Varijan, наведено дело стр. 444-445.

али је већа вероватноћа њене примене у условима постојања тржишне моћи. Постојање монопола као израза несавршености тржишта код кога на страни понуде постоји само један привредни субјекат условљава трошкове којима се умањује друштвено благостање. Присвајање потрошачевог вишка од стране монополисте представља прераспodelу и није конкретан трошак. Да би се сматрало друштвеним губитком неопходно је да се утврди да смањење благостања потрошача није у потпуности компензовано повећањем богатства монополисте.⁸ Губитак благостања настаје како због алокативне неефикасности тако и због производне неефикасности.

Примена дискриминације првог степена или савршене дискриминације цена и њен утицај на друштвено благостање може се посматрати поређењем равнотежне цене код монополисте који примењује савршену дискриминацију цена и монополисте који то не чини већ једнообразно формира цену, као и са равнотежном количином и ценом у условима потпуне конкуренције.

Равнотежна количина Q^{**} и равнотежна цена P_k у условима савршене конкуренције обезбеђују максимум друштвеног благостања ($P_{\max} R_k C$) који је једнак збиру потрошачког вишка $P_k R_k P_{\max}$ и произвођачког вишка $P_k R_k C$ (Слика1).⁹

Монопол који једнообразно формира цену равнотежну количину Q^* продаје по равнотежној цени P^* , при чему је равнотежа одређена једнакошћу граничног прохода и граничног трошка. И произвођачев (површина $P^* R_m B C$) и потрошачев (површина $R_m P^* P_{\max}$) вишак су смањени, као и укупно друштвено благостање $R_m R_k B$.

Код монопола који примењује савршену дискриминацију његов вишак се изједначава са друштвеним вишком јер целокупан потрошачев вишак присвојио тиме што је производе продавао по максималним ценама које је потрошач могао да плати. Друштвено благостање у условима савршене конкуренције једнако је друштвеном богатству које остварује применом првостепене дискриминације цена.

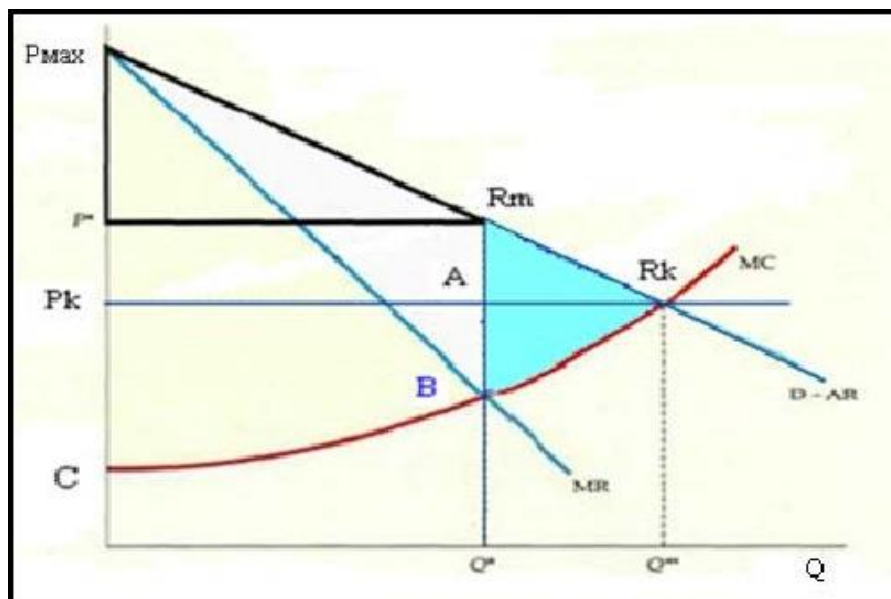
Поред овог става о ефекту првостепене дискриминације цена на друштвено благостање постоје и ставови на које је у раду указано, а који сматрају да није само извршена прераспodelа вишка и да је ниво друштвеног благостања исти већ да је друштвено благостање умањено тиме што се остварени вишак улаже у стварање монополске позиције на тржишту.¹⁰

⁸ Беговић, Б., Лабус, М., Јовановић, А., наведено дело, стр. 243.

⁹ Стојановић, Б., наведено дело, стр.44-45.

¹⁰ *Ibidem*, стр. 258.

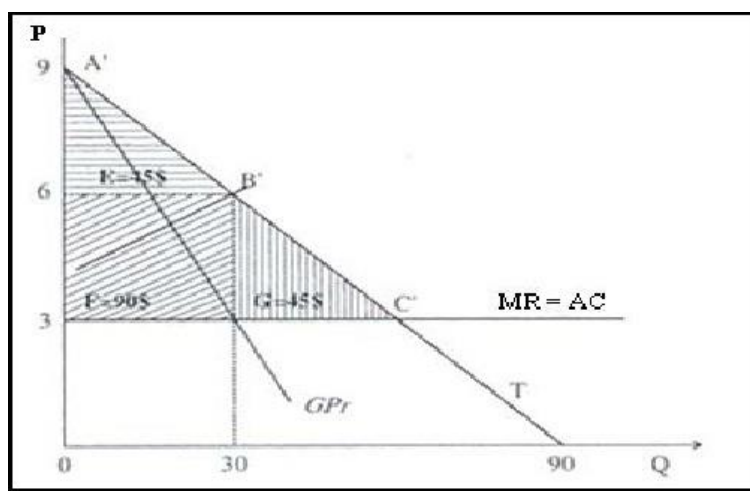
Слика 1. Савршена дискриминација цена – ефекти на друштвено благостање



Извор: Стојановић, Б., Дискриминација цена: дампинг и антидампинг политика, Економски факултет, Ниш, 2003, стр.45.

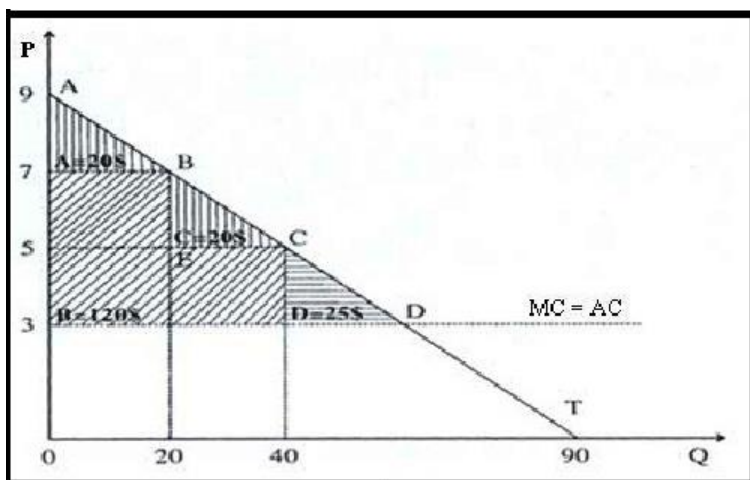
Ефекти примене дискриминације цена другог степена на профит, вишак потрошача и друштвено благостање може се утврдити поређењем тих величина када монополиста не примењује дискриминацију и онда када је примењује. Продајом производа по све нижим ценама док се не изједначе са граничним и просечним трошковима монополиста који не примењује дискриминацију остварује мањи профит (од 90 \$) од профита монополисте који је примењивао другостепену дискриминацију цена (120\$). Дискриминацијом цена другог степена остварује се веће друштвено благостање него када монополиста једнообразно формира цене. Вишак који потрошач присваја у условима примене дискриминације другог степена мањи је од вишка у условима монопола који не примењује дискриминацију цена.

Слика 2 – Понашање монопола који не примењује дискриминацију ценама



Извор: Здравковић, Д., Стојановић, Б., Ђорђевић, Д., Стојановић, И., Теорија и политика цена, Економски факултет, Ниш, 2000, стр.200.

Слика 3 – Понашање монопола који примењује дискриминацију ценама



Извор: Здравковић, Д., Стојановић, Б., Ђорђевић, Д., Стојановић, И., Теорија и политика цена, Економски факултет, Ниш, 2000, стр.200.

Ефекат примене дискриминације трећег степена може се поделити на ефекат погрешне алокације добара од потрошача са високом тражњом према потрошачима са ниском тражњом, као и на укупан аутпут. Први ефекат је увек негативан, представља губитак благостања због алокације добара од потрошача са високом трашњом ка потрошачима са ниском тражњом. Други ефекат представља ефекат додатног аутпута на друштвено благостање, ако је квантитативан ефекат позитиван и ефекат на благостање је позитиван.

ЗАКЉУЧАК

Продаја истих производа по различитим ценама различитим купцима када разлика у цени није резултат разлике у висини граничних трошкова представља дискриминацију цена. Дискриминацијом цена не дискриминишу се лица или објекти већ се ради о неједнаком третирању цена као објекта. Циљ примене дискриминације цена је присвајање потрошачевог вишка од стране произвођача и даљег увећавања његовог профита. У условима када због пораст понуде долази до смањења цена које купци плаћају произвођач снижавањем цена повећава број купаца, односно проширује тржиште на купце који раније нису били потрошачи тих добара и тиме повећава профит. Произвођач дели купце на оне који могу да плате више цене производа и оне који то не могу, па у складу са тим формира цене за сваку групу. Проблем препознавања купаца решава понудом пакета добара чијим избором се потрошачи сами откривају.

Дискриминација цена се јавља у више облика али се најчешће примењује Пигуова класификација на дискриминацију првог, другог и трећег степена. Сваки од ових облика дискриминација цена има ефекте на профит произвођача, вишак који присваја потрошач као и на друштвено благостање. У зависности од облика дискриминације цена који се примењује ниво друштвеног благостања се може максимизовати или минимизовати. Дискриминацијом цена не врши се само прерасподела друштвеног богатства већ долази и до расипања ренте.

Danijela Petrović
Assistant
Faculty of Law, University of Priština
Kosovska Mitrovica

PRICE DISCRIMINATION IN THEORY AND PRACTICE

Summary

Selling the same products at different prices to different customers, when the price difference is not the result of differences in the level of marginal costs, represent price discrimination. Price discrimination does not discriminate persons or objects, it means the unequal treatment of price as an object. The main goal of price discrimination is the preemption of consumer's surplus by manufacturers and further increase of its profit. In circumstances when due to the increase of supply come to a reduction in price that customer pay, the manufacturer by decreasing a price increase the number of customers, and expand the market to customers who previously were not consumers of these goods and thereby increase the profit. Manufacturer divides customers to those who can pay higher prices for products and those who cannot, and accordingly set the prices for each group. The problem of recognizing customers it solves by offering packages of goods and with whose choice the consumers reveal themselves.

Price discrimination occurs in many forms but it is most frequently applied Pigou classification of discrimination of first, second and third degree. Each of these forms of price discrimination has effects on the manufacturers' profit, surplus preempting by the consumer as well as on social well-being.

Depending on the form of price discrimination which is applying, the level of social well-being could maximize or minimize. Price discrimination does not exert only redistribution of social wealth but leads also to the dissipation of rents.

ТЕОРИЈСКОПРАВНА И
ИСТОРИЈСКОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Момир Милојевић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ЈЕДНАКОСТ ПРЕД ЗАКОНОМ И ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ

Апстракт: *Као свесна бића људи су се по природи осећали међусобно једнаки иако су у даљем развоју све више долазили до сазнања да су у много чему неједнаки и почели су да траже узроке томе. Природно право и религија, нарочито једнобожачка, уче да су људи једнаки иако њихов положај у друшву није био једнак. Природно право је основ тражило у разуму а вера учи да су сви људи божја деца и могу да буду само једнаки. Америчке и француске декларације о правима човека су начело једнакости међу људима пренеле у право проглашавајући да закон треба да буде једнак за све. Иако везано за закон начело једнакости је временом постало опште прихваћено не само за решавање односа међу људима у државама већ и за односе између држава. Начело једнакости је највећи значај добило у области уживања и заштите права, посебно судске заштите да би се за њено усавршавање захтевало да буде правична и остварена у разумном року.*

Кључне речи: *Једнакост, једнакост пред законом, правично суђење, разумни рок, устав, закон, држава, међународни уговор.*

I ПРЕТХОДНЕ НАПОМЕНЕ

Тема овогодишњег научног скупа нас враћа више од четири деценије уназад када су у остваривању програма Уједињених нација за обележавање Међународне борбе против расне дискриминације¹, Универзитет и Правни факултет у Сарајеву организовали научни скуп о расној дискриминацији и облицима борбе за њено уклањање.² Циљ скупа је био да се најважнији проблеми у вези с дискриминацијом расветле са становишта разних научних дисциплина пошто се већ давно увидела

¹ Програм је израдио Генерални секретар УН. Док. А/7649. Генерална скупштина УН га је усвојила резолуцијом бр. 2544 (XXIV) од 11. децембра 1969. Касније је проглашена деценија.

² Скуп је одржан 21. и 22. марта 1972. а највећи број реферата је објављен у часописима "Југословенска ревија за међународно право, бр. 2/1971., 3/1971. и 1/1972., и "Преглед", бр. 5/1972. и 9/1972.

штета од једностраног и нестручног посматрања. Био је то један од ретких покушаја да се окупе биолози, лекари, социолози, политичари и правници.

Оправданост оваквог подухвата су показали први реферати који су проблем посматрали са биолошког и медицинског становишта.³ У биологији и медицини новолатинска реч "дискриминација",⁴ изведена из глагола "дискриминисати",⁵ значи разликовање људи према биолошким особинама.⁶ Зато у први мах може да изненађује што се биолози и лекари залажу за дискриминацију. У расправи, у којој су многи учесници више пута узимали реч, се показало да је са становишта биологије и медицине потребно уочавати и правити разлику према извесним особинама или појавама и да је у интересу друштва да се не поступа једнако са младима и старима, здравима и болеснима нити се свим болесницима дају исти лекови. Међутим, у политичком и правном речнику израз "дискриминација" се не везује само за поступање према људима⁷ него и за стављање у неповољнији положај⁸ и за ускраћивање или умањивање појединих права или повластица која се, иначе, другима признају.⁹ Зато је с друштвеног становишта недопустиво да биолошке разлике утичу на друштвени, политички и правни положај човека који му припада као људском бићу. Због тога се политичари и правници боре против тако схваћене дискриминације. У друштву такође постоје разликовања али на основу других мерила везаних за поједине личности (делинквенти и они који то нису) или групе (домаћи држављани и странци). То показује сву релативност дефиниција и потребу опрезног приступа проблему, поготово што је у историји људског друштва било много појава дискриминације.

Најстарија и морално најболнија је била подела људи на слободне и робове насупрот које је једнакост свих људи. Неједнакост у обављању друштвених послова, посебно у управљању државом је погодовала настанку расних предрасуда које су служиле за оправдавање схватања о

³ Известници су били З. Долинар, Т. Погачник, Љ. Берберовић и Р. Хаџиселимовић.

⁴ Discriminatio - одвајање, разликовање.

⁵ Discriminare - одвајати, разликовати.

⁶ То је једно од значења које глаголу "дискриминисати" даје Речник српско-хрватскога књижевног језика, I, Нови Сад - Загреб 1971. стр. 689

⁷ Тако дискриминацију у међународном праву објашњава В. Иблер, Рјечник међународног јавног права, Загреб 1972., стр. 61.

⁸ Речник српско-хрватскога књижевног језика, стр. 689.

⁹ Енциклопедија Лексикографског завода, св. 2, Загреб 1956., стр. 334; - Речник српско-хрватскога књижевног језика, стр. 689; - В. Иблер, нав. дело, стр. 61; - Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris 1960., р. 216; - Међународни документи усвојени у Уједињеним нацијама и специјализованим установама.

"вишим" и "нижим" расама.¹⁰ Економске и социјалне разлике између људи и људских група су их продубиле иако су морално и научно неоправдане.¹¹ Временом су филозофија и религија допринеле ублажавању а затим разбијању предрасуда које су оправдавале неједнакост међу људима. Теорија природног права је упућивала људе да одговоре на питања која их муче траже у разуму а он је људе могао да схвати само као једнаке.¹² Једнобожачка религија, са своје стране све људе сматра божјом децом која међусобно могу бити само браћа па према томе и једнака.

На идејама хуманистичке филозофије су засновани први уставни акти САД и Француске. Повеља о правима (Bill of Rights) Вирџиније (1776) је прогласила да су сви људи "по природи једнако слободни и имају нека урођена права која су неотуђива" (т. 1). Те идеје је заступао и француски Трећи сталеж који је дигао револуцију под слоганом: "Слобода, једнакост, братство". Редослед није случајан. Основна је слобода а само слободни људи могу да буду једнаки. Као такви они су браћа иако се може тумачити и обрнуто да су браћа једнака по своме пореклу. Декларација о правима човека и грађанина, од 23. августа 1789. истиче да се људи рађају слободни и једнаки у правима а да друштвене разлике могу бити засноване само на заједничку корист" (чл. 1).¹³ У Декларацији о правима човека и грађанина која је била саставни део Устава од 1793. једнакост је једно од природних права из чега произлази да су људи "по природи и пред законом једнаки", и да је закон "исти за све" и да су "свим грађанима једнако доступне све јавне службе".¹⁴

Тако је важно филозофско и политичко начело ушло у право као једнакост у правима или равноправност који су синоними за разлику од апсолутне једнакости уопште. Сам термин "једнакост пред законом", односно равноправност значи једнакост у оквиру закона и под условима које закон прописује али који важе за све на које се односи. У пракси и законодавству је задржано разликовање грађана на држављане и странце које има своје корене још у старом веку. У римској држави су разликовали Римљане (грађане Рима) и перегрине (становнике покорених области). За

¹⁰ На то указује Декларација о расама и расним предрасудама, усвојена у УНЕСКА 1867. (т. 7). Аристотел је у IV веку пре Христа сматрао да су Грци, захваљујући географском положају и својим квалитетима, предодређени да владају светом.

¹¹ Члан 2, ст. 3. Декларације о расама и расним предрасудама коју је акламацијом усвојила Општа конференција УНЕСКА на 20. засе дању 27. новембра 1978.

¹² Вид. на пр. Ж.Ж. Русо, Друштвени уговор. О пореклу и основима неједнакости међу људима, Београд 1949., стр. 109-161.

¹³ За текст вид. часопис "Безбедност и друштвена самозаштита", 1990, бр. 5, стр. 29.

¹⁴ Исто, стр. 31 - 32.

прве ја важило римско право (*ius civile*) а за друге посебно право за те народе (*ius gentium*) за које се погрешно сматра да представља зачетак међународног права. То је било унутрашње право римске државе које је важило за перегрине или за односе перегрина и Римљана. Разлика је била нарочито драстична у кривичном праву. Римски грађанин се није смео везивати и бичевати док то није важило за перегрине. То је најбоље осетио Исус Христос који је мучен и разапет у Јерусалиму док је Павле био везан али ослобођен када је изјавио да је Римљанин.¹⁵ Прве декларације о правима човека су утицале на развој права у многим земљама, нарочито у Европи укључујући Србију и Југославију.¹⁶

II ЈЕДНАКОСТ ПРЕД ЗАКОНОМ У УСТАВИМА СРБИЈЕ И ЈУГОСЛАВИЈЕ

1. Први устав аутономне Србије, у оквиру Турске која је свој први устав добила за време интервенције великих сила 1876., усвојен у Крагујевцу 3/15. фебруара 1835, је прописао: "Сваки Србин и без сваке разлике једнак је пред законима Србским како у обрани тако и у казни на свим судовима од најмањег до највећег" (чл. 111).¹⁷ Био је кратко на снази а наредни устав (1838), донет после преговора у Београду а објављен у Цариграду, не садржи одредбу о једнакости пред законом већ само о праву жалбе у року од 8 дана (чл. 36)¹⁸ и о вишестепености судства. У одредбама о овлашћењима Совјета и министра правде се могу видети зачеци управног спора. Устав од 1869., донет у измењеним политичким приликама, је имао одредбу о једнакости Срба пред законом (чл. 23), допуњену једнаким правима на сва државна звања под условима прописаним законом и ако су способни за то. Странци су могли бити ангажовани само уговором под условима одређеним законом (чл. 24).¹⁹ Одредба о једнакости је је била иста у уставима од 1888. (чл. 7), 1901. (чл.

¹⁵ Више о томе, Ж. Степановић, Суђење Исусу, Београд 2008., стр. 96-98.

¹⁶ Више о томе В. Чок, Забрана расне дискриминације и устав, "Југословенска ревија за међународно право", 1971, бр. 2, стр. 176-191; - З. Ђукић Вељовић, Неки проблеми остваривања политичке и правне једнакости, Исто, стр. 192-200; - Б. Јојић, Расна припадност – елемент садржине правне једнакости, "Југословенска ревија за међународно право", 1971., бр. 3, стр. 335-342. и тамо наведену литературу.

¹⁷ Устави Кнежевине и Краљевине Србије 1835-1903, Београд 1988, стр. 56. Одредбе осталих устава биће навођени по овој збирци.

¹⁸ Устави Кнежевине Србије, стр. 75.

¹⁹ Исто, стр. 95.

25, ст.1) и 1903. (чл.7).²⁰ По садржини одредбе доста личе на одредбе устава Француске и Белгије а одредбе устава од 1901., и 1903. и на одредбе устава Луксембурга (1868).²¹

2. Први југословенски устав, од 28. јуна 1921,²² је садржао одредбе сличне одредбама устава Србије од 1869. године. Прописао је да су сви грађани једнаки пред законом и да уживају једнаку заштиту власти. Не признају се племство, титуле и било каква "преимућства по рођењу" (чл. 4). Сва звања су доступна свим држављанима српско-хрватско-словеначке народности док су остали природњени држављани стицали то право ако су у Краљевини били настањени 10 година а раније на основу одлуке Државног савета (чл. 19).²³ Исте одредбе су задржане у уставу од 3. септембра 1931. (чл. 4)²⁴ али је у члану 19 изостављен став о дужини пребивања јер је та одредба постала беспредметна.

3. Устави донети после другог светског рата садрже сличне одредбе. По уставу од 31. јануара 1946²⁵ сви грађани Југославије су "једнаки пред законом и равноправни" без обзира на народност, расу и вероисповест. Не признају се никакве привилегије по рођењу, положају, имовном стању и ступњу образовања (чл. 21, ст. 1-2). У уставу од 7. априла 1963.²⁶ је скоро иста одредба (чл. 33) али је у првом ставу, после образовања, додат друштвени положај а у другом ставу је речено да су сви пред законом једнаки. Исти текст је у уставу од 21. фебруара 1974. (чл. 154).²⁷ Мало су другачије одредбе устава од 27. априла 1992. године.²⁸ Понавља се да су грађани једнаки без обзира на националну припадност, расу, пол, језик, веру, образовање, друштвено порекло, имовно стање и друга лична својства и, први пут, "политичко или друго уверење" (чл. 20, ст. 1). " Сви су пред законом једнаки" (ст. 2) а свако је дужан да поштује слободе и права других и одговоран је за то (ст. 3) што је прихваћено из међународних докумената.

²⁰ Исто, стр. 126, 173, 200.

²¹ Више П. Николић, Декларација права човека и грађанина од 1789. и права и слободе у српским уставима XIX веку, "Инострани утицаји на наше право", САНУ, Београд 2002., стр. 63 - 92.

²² Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, (ванредни број), бр. 142А, од 28. јуна 1921., стр. 1.

²³ Исто, стр. 1.

²⁴ Службене новине Краљевине Југославије (мали формат) , бр.207 -LXVI, од 9. септембра 1931.. стр. 1305.

²⁵ Службени лист ФНРЈ, бр. 10 од 31. јануара 1846.

²⁶ Службени лист СФРЈ, бр. 14 од 10. априла 1963.

²⁷ Службени лист СФРЈ, бр. 9 од 21. фебуара 1974.

²⁸ Службени лист СРЈ, бр. 1 од 27. априла 1992.

4. У Уставу Србије, проглашеном 8. новембра 2006.,²⁹ нема одредбе о једнакости грађана пред законом. У члану 19, под насловом: "Сврха уставних јемстава", се каже: "Јемства неутуђивих људских и мањинских права ... служе... остварењу... једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву заснованом на начелу владавине права."

III МЕЂУНАРОДНИ АКТИ

1. На међународном плану је први велики корак учињен 1814. када су се пуномоћници држава које су потписале уговор о миру између Француске и Пруске договорили да Бечком конгресу предложи да донесе декларацију о забрани трговине црнцима из Африке. Декларација је усвојена 8. јануара 1815. као Додатак а) Завршном акту Конгреса.³⁰ Упућена је Европи и свим цивилизованим народима. Пуномоћници који су усвојили Декларацију су радосни што тим чином ангажују друге владе, нарочито оне које су, укидајући трговину црнцима, већ испољили иста осећања, да их подрже у ствари чија ће коначна победа бити један од најлепших споменика века који ће се славно завршити. Међутим, процес укидања ропства у свим облицима завршиће се тек после једног и по столећа усвајањем Конвенције о принудном раду у оквиру Међународне организације рада (1957). Сретењским уставом је било предвиђено: "Како роб ступи на Србску земљу он онога часа постаје слободним, или га ко довео у Србију или сам у њу побегао. Србин слободан је роба купити, но не продати" (чл. 118).³¹ То је био Милошев одзив на позив из Беча. Раније су робови постајали слободни када се склоне у храм.

2. Париски уговор, од 30. марта 1856, је констатовао "велику вредност султановог фермана о побољшању положаја његових поданика без обзира на веру и расу (чл. 9)³² а Берлински уговор, од 1/13. јула 1878, је обавезе Турске проширио уз задржавање капитулација. Монаси из Свете Горе "уживаће, без изузетка, потпуну једнакост у правима и повластицама" (чл. LXII).³³ Црној Гори (чл. XXVII), Румунији (чл. XLIV)

²⁹ Службени гласник РС, бр. 98 од 10. новембра 2006.

³⁰ К. Strupp, *Documents pour servir à l'histoire du droit des gens*, 2e édition, t. I, Berlin 1923, pp. 186 - 188.

³¹ Устави Кнежевине...Србије, стр. 57.

³² В. Brumswik, *La Traité de Berlin annoté et commenté*, Paris 1878, pp. 261-262.

³³ В. Brumswik, *op. cit.*, pp. 315-316, - М. Војводић, Д. Живоудиновић, А. Митровић, Р. Самарцић (прир.), *Србија 1878. Документи*, Београд 1978, док. 341, стр. 574.

и Србији (чл. XXXV) су наметнуте обавезе да изједначе све грађане у грађанским и политичким правима без обзира на разлике у вероисповести.³⁴

3. После Првог светског рата су уговори о мањинама садржали одредбе о једнакости мањина пред законом и у уживању грађанских и политичких права у државама у којима живе³⁵ док се после Другог светског рата питање једнакости поставља у склопу опште заштите људских права како је у уставима држава. Оснивачи Уједињених нација су решили да "васпоставе веру у основна права човека, у достојанство и вредност људске личности, у равноправност људи и жена...". Циљеви Уједињених нација су да "остварују међународну сарадњу... развијањем поштовања према људским правима и према основним слободама за све без обзира на расу, пол, језик или веру" (чл. 1. Повеље УН).³⁶ У циљу стварања услова стабилности и благостава Уједињене нације ће помагати "свеопште поштовање и уважавање права човека и основних слобода за све без обзира на расу, пол, језик или веру" (чл. 55) и у том циљу државе су преузеле обавезу (чл. 56).

Назважнији акт је несумњиво Свеопшта декларација о људским правима, од 10. децембра 1948., која полази од природноправног схватања о урођеном достојанству и једнакости и неотуђивим правима "свих чланова људске породице".³⁷ Затим следи став у духу Француске револуције: "Сва људска бића се рађају слободна и једнака у достојанству и правима. Она су обдарена разумом и свешћу и треба једни према другима да поступају у духу братства" (чл. 1). Даље Декларација каже: "Ови су пред законом једнаки и имају право на једнаку законску заштиту" (чл. 7). Исто понављају Декларација УН о уклањању свих облика расне дискриминације, од 20. новембра 1963. (чл. 7, ст. 1) и Међународни пакт о грађанским и политичким правима од 16. децембра 1966. (чл. 26). Поред тога Пакт о грађанским и политичким правима каже да су сви једнаки не само пред законом уопште већ и пред судовима (чл. 14, ст. 1), тј. и у погледу заштите својих права.

³⁴ В. Brumswik, *op. cit.*, pp. 308-309, - Србија 1878., стр. 569.

³⁵ И. Пржић, Заштита мањина, Београд 1933., стр. 211 - 220.

³⁶ Службени лист ДФЈ, бр. 69 од 11. септембра 1945.

³⁷ Тај став је пренет у Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1966). "Службени лист СФРЈ", бр. 7, од 4. фебруара 1971.

IV ПРАВО НА ПРАВНУ ЗАШТИТУ

Једнакост пред законом (равноправност) је обично схватана као поседовање садржине права. Али поред тога се појављује и питање могућности да се лично захтева заштита права у случају њихове повреде. У правној теорији се то постављало у вези са заштитом појединих права, тј. да ли појединац тражи заштиту свог права или поштовање правног акта којим су му дата права. Питање је решено тек када је прихваћено схватање о постојању субјективних права поред објективног државног права. То питање је и данас актуелно у међународном праву у коме је дуго одрицана свака могућност да се на међународној сцени појави појединац са својим захтевом. Појединци су дуго сматрани за објекте заштите (штићенике), али не и субјекте права. Тек у последњих сто година је учињен изванредан напредак.

1. У правној историји Србије је био видљив напор да се два вида једнакости уравнотеже. Зато је већ устав од 1835. прописао да Србин има право да тужи вишој власти кад би нижа власт "затезала" (одуговлачила) да му изда дозволу за рад (чл.126).³⁸ Устав од 1838. не садржи такво право али се из одредаба о Совјету може закључити о постојању права на покретање поступка. Устав од 1869. је то представио као право жалбе и петиције. У првом случају је реч о жалби због противзаконитих поступака власти (чл. 33, став 1), а у другом о молби (чл. 34)³⁹ без ближег одређивања. У уставу од 1888. је редослед обрнут. Прво се говори о молби (петицији) без одређивања садржине (чл. 26), а затим о жалби против незаконитих поступака власти као у члану 33. претходног устава (чл. 27). Додаје се право да се туже државни и општински чиновници (чл. 28).⁴⁰ Исте одредбе се налазе у уставима од 1901. (чл. 38-39),⁴¹ и 1903. године (чл. 26-27),⁴² док се у југословенским уставима од 1921. (чл. 15) и 1931. (чл. 14) помиње само право на подношење молби. По уставу од 1946. грађани имају "право молбе и петиције" органима државне власти (чл. 39, т. 1) и право жалбе против "решења органа државне управе и неправилних поступака службених лица" (чл. 39, ст. 2).

³⁸ Устави Кнежевине...Србије, стр. 57.

³⁹ Исто, стр. 96.

⁴⁰ Исто, стр. 129.

⁴¹ Исто, стр. 175.

⁴² Исто, стр. 203.

2. Потпуније су одредбе устава од 1963.: "Свако има право на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом, управним и другим државним органима и организацијама који решавају о њиховим правима и обавезама" (чл. 67, ст. 1). Посебно се обезбеђује судска заштита слобода и права зајемчених уставом (чл. 70, ст. 3). Устав од 1974. иде даље: "Свако има право на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом, државним и другим органима и организацијама који решавају о њиховим правима, обавезама и интересима. Свакоме је зајемчено право на жалбу или друго правно средство против одлуке судова, државних органа и других органа и организација којима се решава о његовом праву или на законом заснованом интересу" (чл. 180, ст.1-2). Посебно је предвиђено право на жалбу против појединачних правних аката (чл. 215). Осим тога може се тражити измена појединачног акта донетог на основу неуставног или незаконитог општег акта и интервенције Савезног уставног суда (чл. 388).

Одредбе устава од 1992., су сажетије: "Свако има право на једнаку заштиту својих права у законом утврђеном поступку. Свакоме се јамчи право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се решава о његовом праву или на законом заснованом интересу" (чл. 26). Уведена је уставна жалба због "повреде појединачним актом или радњом слобода и права човека и грађанина утврђених овим Уставом" (чл. 124, ст. 6). Уставна жалба је допуштена "кад није обезбеђена друга правна заштита" (чл. 128).

Устав Србије од 2006. је такође предвидео право петиције слично ранијим уставима (чл. 56, ст. 1). Нико не може да трпи штетне последице због упућивања петиције или због изнетих ставова осим ако је тиме учињено кривично дело (чл. 56, ст. 2-3). Посебно је предвиђено право на судску заштиту због повреде или ускраћивања неког права зајемченог уставом и право на уклањање последица које су настале повредом права (чл. 22, ст. 1). Грађани имају право да се обрате међународним установама ради заштите уставом зајемчених права (чл. 22, ст. 2). Очигледан је утицај међународних аката из области људских права.

3. Свеопшта декларација о људским правима не иде даље од начелног прокламовања права. Она проглашава право сваком на делотворно правно средство пред надлежним националним судовима за заштиту од кршења основних права која су призната уставом или законом (чл. 8). Не ограничавајући се на права која она садржи Декларација указује каква треба да буде заштита права у државама. Тиме она претходи Пакту о грађанским и политичким правима који је забранио ограничавање или укидање раније постојећих права која он не предвиђа (чл. 5, ст. 2), тј. која су изнад међународно прихваћених минимума. Европска конвенција

о људским правима је учинила корак уназад у односу на Свеопшту декларацију јер је делотворни лек везала за права која она садржи (чл. 13). За разлику од Европске конвенције Декларација УН о уклањању свих облика расне дискриминације прихвата решење из Свеопште декларације признајући право на делотворни лек за све повреде људских права додајући да заштиту треба да пружи независни суд (чл. 7, ст. 2). Две године касније је Међународна конвенција о уклањању свих облика расне дискриминације обавезала државе да свим лицима под њиховом влашћу обезбеде заштиту и делотворна средства пред националним судовима и другим надлежним државним органима због кршења индивидуалних права и основних слобода као и право да од судова траже правично и одговарајуће задовољење или накнаду штете (чл. 6). За разлику од њих Пакт о грађанским и политичким правима се задржао на решењима из Европске конвенције о људским правима.

V

ЕЛЕМЕНТИ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ

Из аката у којима се говори о праву на правну заштиту се могу уочити неки елементи који је чине. То су: 1) надлежност, 2) делотворност правног лека, 3) правичност, 4) независност, 5) непристрасност и 6) разумни рок

1. Надлежност органа за заштиту права је основни предуслов за успешно обављање било ког јавног посла у организованој заједници у којој постоји подела надлежности за одређени круг послова (стварна надлежност). У заштити права се најчешће помињу судови што може да буде зачуђујуће јер свакодневно више делују управни органи док је судска интервенција изузетна. Судови се чешће помињу него што делују. Већа наклоност према судовима потиче због њиховог положаја у држави, посебно у систему поделе власти. У тројству власти судови су мало издвојени и у свом раду нису подређени ниједној другој власти. Зато међународни акти, нарочито у области људских права, на првом месту помињу судове а затим друге државне органе. Са своје стране судови строго пазе на своју надлежност и одбацију захтеве ако оцене да за њихово разматрање нису надлежни. Није у питању пука рационалност у раду већ да се зна шта ко може и треба да ради.

2. Пракса је показала да је стварна заштита права могућа ако су средства за покретање поступка делотворна, т ј. да се може претпоставити да се њиховим коришћењем постиже жељена сврха. Право на подношење захтева не значи право на жељену одлуку која може бити повољна ако је захтев правно основан, тј. ако се заснива на правним правилима. О

основаности захтева одлучују стручњаци, у судовима судије. Нема апсолутне гаранције успешности јер су грешке могуће а за њихово отклањање служе виши судови. Пракса може да буде елемент сигурности ако показује доследност у примени права. Неопходно је коришћење свих правних средстава, редовних и ванредних правних лекова у управном и судском поступку а у последње време и у уставносудском поступку. Статистички показатељ успешности (преглед усвојених и неусвојених захтева) нема апсолутну вредност за оцену делотворности јер не води рачуна о основаности захтева. Делотворност може да буде доведена у питање ако не постоје потребна средства за извршавање одлука на чему инсистира Пакт о грађанским и политичким правима (чл. 3).

3. Свеопшта декларација о људским правима је прогласила право на правично суђење (чл. 10). С моралне тачке гледишта је то логично али није лако оценити шта је правично јер појам правичности није одређен или опште прихваћен. Обично се правичност супротставља правној норми чија доследна примена не мора да буде одобрена од јавности. То је можда најосетљивије питање у тумачењу и примени права. Није лако судити јер, како су говорили Латини, много права може да буде неправо. Ниједан међународни акт не каже шта је правично суђење. Пакт о грађанским и политичким правима не каже шта је правична одлука већ да свачији случај треба да буде "правично саслушан" (чл. 14), тј. размотрен што може да значи да буде пажљиво размотрен.

4. Независност суда (судије), коју такође помиње Свеопшта декларација (чл. 10), је много старија јер је давно схваћено да онај ко одлучује мора да буде независан од било кога и од било чијег утицаја. Моћни цар Душан је у Законнику записао: "Всаке судије да суде по законнику, право, како пише у законнику а да не суде по страху царства ми" (чл. 172).⁴³ И Сретењски устав каже да у изрицању пресуде судија не зависи "ни от кога у Србији до од Законика Србског". На то судија треба да се закуне "при наименованију" (чл. 80). У истом духу су одредбе устава од 1869. (чл. 109), 1888. (чл. 147, ст. 2), 1901. (чл. 67, ст 2), 1903. (чл. 146, ст. 2), 1921. (чл. 109, ст. 1), 1931. (чл. 100, ст. 1) и међународних аката. Независност судија није апсолутна нити сме да буде самовоља. Судија није одговоран за став заузет у одлуци али је у одлучивању везан прописима устава и закона. У тој мери је његова одлука под ложна преиспитивању.

⁴³ Т. Тарановски, Историја српског права у Немањићкој држави, Београд 1996, стр. 782.

5. Независност судија је предуслов за њихову непристрасност коју захтева Свеопшта декларација (чл. 10), Има више чинилаца који могу да је доведу у питање па су већ старији прописи предвиђали када судија мора да буде изузет а и странкама је допуштено да то захтевају ако ако шм&зј оправдан разлог да сумњају у непристрасност судије. Чешћа је у домаћим судовима (нарочито када суди појединац) него у међународним али је и у њима било случајева изузећа.

6. Европска конвенција о људским правима је прогласила да свако има право да његова ствар буде испитана у разумном року од стране суда који ће одлучити о споровима о његовим грађанским правима и обавезама или о основаности било какве кривичне тужбе против њега (чл. 6). Из осталих одредаба се види да је ова одредба пре свега има у виду лица лишена слободе која дуго чекају суђење. Зато Пакт о грађанским и политичким правима о овоме говори у члану посвећеном лицима лишеним слободе. Свако ко је ухапшен или притворен због оптужбе за кривично дело "мора да буде суђен у разумном року или ослобођен" (чл. 9, ст. 3). Суђење у разумном року омогућава да правни поредак делује ефикасно и да врши своју улогу. Као ни правичност тако ни "разумни рок" није лако одредити јер "брзина" рада судова зависи од много чега. У кривичном поступку су брза суђења врло опасна јер се изостављају многе радње у корист оптужених али могу бити и на штету оштећених. То важи и за грађански (парнични) поступак.

Устав Србије (2006.) има у виду оба поступка када предвиђа право на правично суђење у разумном року (чл. 32, ст. 1). Таква одредба је унета у Закон о парничном поступку (2004.)⁴⁴ који је усвојен после ратификације Европске конвенције о људским правима и допунских протокола.⁴⁵ Пренета је у истом тексту у сада важећи Закон о парничном поступку од 2011. (чл. 10, ст. 1).⁴⁶ Изменама и допунама из 2013. у Закон о уређењу судова⁴⁷ су унете одредбе о заштити права на суђење у разумном року које заинтересованој странци омогућавају да се обрати вишем суду а поступак за одлучивање је хитан (чл. 8а).⁴⁸

⁴⁴ Службени гласник РС, бр. 125/2004.

⁴⁵ Службени лист Србије и Црне Горе. Међународни уговори, бр. 9, од 26. децембра 2003.

⁴⁶ Службени гласник РС, бр. 72/2011.

⁴⁷ Службени гласник РС, бр. 101/2013.

⁴⁸ После завршетка овог рада је Народна скупштина усвојила Закон о заштити права на суђење у разумном року. Службени гласник РС, бр. 40/2015, од 7. маја 2015.

Правило о разумном року важи за националне а не и за међународне судове. У пракси се често говори о правичном суђењу у разумном року иако су то различити појмови. Правично суђење је пре свега везано за начин рада и садржину одлуке а разуман рок за временско трајање поступка. Жалба због повреде права на правично суђење се може поднети после доношења одлуке док се жалба због повреде права на суђење у разумном року може поднети док је поступак у току када се не може оценити да ли ће суђење бити правично или не.

VI ЗАКЉУЧАК

Кратак преглед аката у којима се говори о једнакости пред законом и о правичном суђењу у разумном року показује докле је међународна заједница дошла у покушају да судско решавање спорова учини бржим и безболнијим за учеснике у поступку суђења. Начин нормирања у међународном праву је допустио постављање општих начела у очекивању да се опште смернице примењују у складу с националним особеностима у појединим државама.

Општост теме није дозволила да се већа пажња обрати судском решавању спорова у Србији а посебно на Косову и у Метохији који су донекле под посебним правним режимом. Зато су, као и за међународну заједницу, дати само општи подаци о прописима устава и закона. Ова тема је данас посебно значајна за Србију која, уз потребу за побољшањем судских поступака, мора да реши и проблем спорог суђења и великог броја предмета заосталих од пре више година. Пре три године смо на овом скупу говорили како се поједини тужиоци и судије "ослобађају" предмета који су им поверени на решавање.

Данас постоји опасност да се, под притиском рокова, поступци убрзавају већим коришћењем овлашћења судија против чијих одлука у поступку није дозвољена посебна жалба. Није искључена могућност злоупотребе таквих овлашћења а свака злоупотреба једном доноси (противправну) корист а другоме штету. На тај начин се доводи у питање равноправност странака као једног вида једнакости пред законом. По природи ствари положаји тужиоца и туженог не могу да буду исти и та неминовна неједнакост не сме да буде "исправљана" на било чију штету.

Зато се мора строго водити рачуна при доношењу закона о поступцима али је то питање ван наше теме. Помињемо га само да бисмо указали на потребу шире стручне расправе пре доношења закона који треба да допринесу не само побољшању положаја странака у поступку већ бољем правосуђу и већој правној сигурности у друштву.

Momir Milojević, Ph.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Belgrade

EQUALITY BY THE LAW AND FAIR TRIAL IN A REASONABLE TIME

Summary

As sentient beings humans by nature felt equal among themselves - in the further development humans are increasingly coming to the conclusion that in many respects are dissimilar and they begin to look for the causes of it. Natural law and religions, especially the monotheistic, teach that men are equal although their position in society groups has been uneven. Natural law is the basis sought in reason and faith teaches that all people are children of God and can only be equal. American and French Declarations of Human Rights transferred the principles of equality among men to the law, by declaring that the rights should be equal for all. Although connected to the law, the principle of equality eventually became widely accepted not only for resolving relationship between people, but also for relations between states. The principle of equality is of greatest importance in the field of enjoyment and protection of rights, particularly judicial protection to its training required to be fair and realized within a reasonable time.

Др Марија Игњатовић

Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Димитар Апасиев

**Асистент Правног факултета Универзитета „Гоце Делчев“ у Штипу,
Република Македонија**

QUAESTIO MAIESTATIS СУЂЕЊЕ ПРЕД МАЈЕСТАТСКОМ КВЕСЦИЈОМ КАО РЕДОВНИМ РИМСКИМ КРИВИЧНИМ СУДОМ

Апстракт: *Развој римске државе и класни сукоби у римском друштву, који су постали видљиви средином римске Републике, довели су до тога да је Сенат - као стари заштитник аристократских интереса - постао централни и најзначајнији орган државног живота. Његова надлежност, у ово време, била је значајно проширена, па је он почео да интервенише и у кривичном правосуђу. У суштини, сенатска интервенција у овој сфери имала је два основна циља: са једне стране, желело се да се ограничи моћ народних скупштина, тј. да се комплетно истисну комиције-што је било спроведено преко фактичког укидања субјективног грађанског процесног права на провокацију (*ius provocacionis*); а са друге стране, желело се, што је Сенат и успео да постигне, да се ограничи коерциција (*ius coercionis*) римским магистратима и да се они сведу само на сенатске извршне органе. Новооснованим специјализованим судовима, било је остављено само право да предлажу и да извршавају казне – као иманентно правно питање (*quaestio iuris*); док је за Сенат, односно за његове чланове-сенаторе било остављено, резервисано, ексклузивно право да решавају о кривици окривљеног – као несумњиво фактичко питање (*quaestio facti*). Ова важно сенатско овлашћење било је спроведено посебно преко сенаторских кривичних порота, односно тзв. квесција. Квестуони судови били су уведени у намери да се у потпуности заштити привилегован положај нобилитета. Од периода позне Републике број и видови редовних кривичних судова били су у непрестаном порасту, па тако крајем Републике - тачније за време владавине диктатора Суле (*Lucius Cornelius Sulla Felix* /138.–78. год. п.н.е.) – већ је постојало седам оваквих квесција. Њихов број је касније драстично повећан, а међу њима се посебно издвајала мајестатска квесција, надлежна за суђење за дела повезана са антидржавним криминалитетом.*

Кључне речи: антидржавни криминалитет, повреда величанства, Јулијеви закони, клевета и увреда.

УВОД

Средином другог века пре наше ере, специјални, екстраординарни, истражни и привремени квестии - односно нередовни сенаторско-поротни кривични судови, тачније 149. године пре наше ере, прерастају у редовне кривичне судове. Ови судови су заседали на Форуму и били су називани Ординарним квестима (**Quaestiones ordinariae**) или другачије „перпетуалним /перманентним, редовним судовима“ (**Quaestiones perpetuae**). Да не би било забуне, битно је напоменути да ови судови нису били општи кривични судови. Њихова јурисдикција није била одређивана преко критеријума „казна“, као што је то био случај у когниционом поступку, него преко вида дела (*crimina*). При том, квестиони судови нису судили само за тачно одређена кривична дела, него су били надлежни за целе групе сродних недозвољених радњи тј. за јавне деликте. Овакво решење квестионих судова показало се као згодно и еластичније, па су квестиони судови у најбурнија времена за Рим у великој мери истиснули раније форме кривичног правосуђа, и крајем периода Републике афирмисали су јединствени систем форми у кривичном правосуђу.

Од периода позне Републике, број и видови редовних кривичних судова били су у непрекидном порасту, тако да је у време Сулине диктатуре било седам оваквих судова, а касније је тај број повећан на десет. Међу њима посебно значајни били су следећи кривични судови: репетудинска квесција, пекулаторска, фалциска, амбитуска, мајестатска, сикариска, инјуриска, адултериска и друге квесције, од којих посебан предмет овог рада и анализе биће мајестатска квесција.

I. ИСТОРИЈАТ МАЈЕСТАТСКЕ КВЕЦИЈЕ У РИМУ

Редовни кривични судови за велеиздају, непослушност и увреду његовог величанства или тзв. мајестатска квесција (*Questio perpetua de maiestate* или *Quaestio maiestatis*) били су надлежни за поротно суђење за дела, која су, у почетку, била оквалификована као повреда величанства и државе.

Правни извори наводе да је ово дело било познато још код старих народа и да је за њега дословно била предвиђена смртна казна због „умањења угледа величанства пред римским народом“ (*crimen [imminutae] maiestatis populi Romani*). Касније суђење, према *lex maiestatis*, односно према закону за повреду „Његовог Царског имена и

Божанствене величине“ ширило се и на римског принцепса и његову породицу. Заправо, у та дела убрајала су се и дела која су била третирана као повреда императорског величанства, угледа, достојанства, дигнитета и кредибилитета. Међутим, какоо је у случају процесуирања овог дела, тужбени захтев остајао на снази и по смрти тужиоца, правни стручњак Улпијан (Domitius Ulpianus /170.–223. год.) је истицао да то не може да се односи на све видове повреде величанства, него само на оне које подразумевају директан напад на Царство или царев живот [cf. Montesquieu, *De l'ésprit des lois*, II, 12, 9].¹

Први који је осмислио овај “жалосни закон” био је диктатор Сула. Овај закон донет је у каснорепубликанском периоду – *Lex Cornelia de maiestate* (81. год. пр.н.е.) и у суштини био је први закон који је предвиђао постојање првог редовног кривичног суда за ову намену. О томе сведоче и Цицеронова писма и беседе.² Нешто касније, ове одредбе из тзв. Корнелијевог закона, преузимају Цезар и Август и инфлатирају их у два рано-империјска тзв. **Јулијева закона** (*leges Iulia maiestatis* или *Lex Iulia de maiestate* / 46. и 8. год. пр.н.е.) – која су у суштини и предвиђала различите варијације овог дела.

Тако су ова кривична дела била подељена на две велике групе: а) *crimen laesae maiestatis* – која су обухватала тешке форме овог дела (дезертерство, предаја војске, убијање заробљеника, непоштовање имунитета магистрата, њихово киднаповање или насилништво извршено над њима (*violatio*) и слично), а за које је најчешће била предвиђена казна прогонства; и б) *crimen minutae maiestatis* – која су обухватала лакше форме дела, односно увреде упућене носиоцима јавних функција као истовременим носиоцима народног достојанства. Ово је сасвим природно и у складу са животом у Риму, будући да су магистрати били бирани од стране народа и сматрало се, на неки начин, да суверенитет од народа прелази у руке магистрата. Овде су се убрајала и она понашања која су се третирали као „недовољно указивање дужне почаст и пажње“ неком вишем магистрату, односно, његовом империјуму (неиспуњавање обавезе за становање (*assurgere*) или умањење статуса у његовом присуству (*adaperire caput*); или, пак, неполазак на пут (*decedere de semita*) тзв. несилазак са коња при уличном мимоилажењу са његовом ликторском

¹ Види: Монтеѕкје, *О духу закона - Том I*, Београд, ЗИД „Филип Вишњић“, 1989, стр. 217.

² Пример: *Pro Cluentio*, *In Pisonem*, *In Verrem* и др. Види: Adolf Berger, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, p. 547, 550, 554, 561 и 662.

пратњом (*descendere ex quo*).³ На крају, у овај тип престапа, како је то истицао и Мотескије, требало би убројити и „дрске преступе“, заправо преступницима би требало третирати и потказиваче и клеветнике, који не само да се нису кажњавали у Риму, већ су за своје понашање били и награђивани. [cf. Tacitus, *Annales*, I, 72–74; IV, 34 и 36; & Mont., *De l'ésprit...*, II, 12, 16].⁴

Историјски записи говоре да је први пут оваква оптужба била подигнута на основу *Lex Apuleia de maiestate* (103. год. пр.н.е.) и то због „неспособности и корумпираности“ једног римског генерала у војном походу против Германа, као и због „непримењивања одлука изгласаних на скупштинама“. Са касније донетим *Lex Varia* (90. год. п.н.е.) овим кривичним делом били су обухваћени и они који су „уз помоћ и савете“ (*ope et consilio*) наговарали савезнике да оружјем крену против Римљана. Временом значење *maiestatis* се проширивало и на различите облике предавања, војне бунтове, унутрашње побуне, одустајања или неиспуњавања дужности које су произилазиле из вршења службе – чиме су практично била обухваћена и непријатељска деловања против државе (*perduellio*).

На основу правних изворица не можемо прецизно рећи шта је обухватао тачно овај **антидржавни криминалитет** (*crimen maiestas*), будући да то није било законом конкретно прецизирано, па се зато, његово значење најчешће у пракси тумачило на различите начине (прешироке или претесне интерпретације). Тек са Јулијевим закон било је предвиђено да се под овим делом подразумевало све оно што “угрожава јавну сигурност и безбедност народа” [cf. D. 48, 4]. Посебан спецификум овог дела било је то, што ово дело није морало да буде учињено на римској територији или само од стране римског грађанина.⁵

³ Детаљније: Жика Бујуклић, *Форум Романум - Римска држава, право, религија и митологија*, Београд, Центар за публикације Правног факултета у Београду & Досије, 2005, стр. 378–379.

⁴ Види: Монтескје, *op. cit.* (Том I), стр. 221–222 [f. 45]. „*Et quo quis distinctior accusator, eo magis honores assequatur, ac veluti sacrosanctus erat*“.

⁵ *D. 48, 4 – Ad legem iuliam maiestatis* (D. 48, 4, 1, 1 - Ulpianus 7 de off. procons.: *Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum romanum vel adversus securitatem eius committitur. quo tenetur is, cuius opera dolo malo consilium inutum erit, quo obsides iniussu principis interciderent: quo armati homines cum telis lapidibusve in urbe sint convenientve adversus rem publicam, locave occupentur vel templa, quove coetus conventusve fiat hominesve ad seditionem convocentur: cuiusve opera consilio malo consilium inutum erit, quo quis magistratus populi romani quive imperium potestatemve habet occidatur: quove quis contra rem publicam arma ferat: quive hostibus populi romani nuntium litterasve miserit signumve dederit feceritve dolo malo, quo hostes populi romani*

У првим вековима нове ере и ритуали хришћана били су третирани као *maiestatis*. Временом ова могућност кажњавања постала је јако оружје у рукама владара и властодржаца који су под изговором за наводну увреду величанства кажњавали дела, речи, па чак и намере оних личности које им нису биле драге [cf. Тас., *Апп.*, I, 72]:

То је, [Тиберије] поново вратио на снагу закон за повреду величанства које се, под истим именом, код старих односило на разне преступе – на пример, ако неко повреди величину римског народа предајом или бунтовништво грађана и, коначно, због лошег управљања државом, кажњавао се за извршено дело, а причање се није кажњавало. [После дугог времена] Август се је први позвао на тај закон, подстакнут дрскошћу Касија Севера, који је бесрамним писањем озлогласио [многе] виђене мушкарце и жене. Врло брзо иза тога, када је претор Помпеј Макер питао за савет – да ли треба да суди за повреда величанства [принцепс] Тибериј му је одговорио да закони мора да се извршавају! Исте садржине, били су и стихови непознатих аутора, раширени међу народот, а уперени против његове жестокости и надмености, као и стихови који су описивали његово неслагање са мајком [Ливија Августа].⁶

Правни историчари сведоче да у **Принципату**, за време императора Клаудија, као и првих осам година од владавине Нерона, уопште није било оваквих суђења за повреду величине и угледа величанства. Тацит наводи податак да су се суђења за мејестатски криминалитет учесталила 62. године, за време владања цара Нерона (Nero / 37.–68. год.). До тог периода о слободи, достојанству, интелектуалној и

consilio iuventur adversus rem publicam: quive milites sollicitaverit concitaveritve, quo seditio tumultusve adversus rem publicam fiat); &

*C. 9, 8 – Ad legem iuliam maiestatis (C. 9, 8, 1 - Imperator Alexander Severus [*alex. a. paulino.; *a 223 pp.Iii id.April. maximo ii et aeliano cons.]: Etiam ex aliis causis maiestatis crimina cessant meo saeculo, nedum etiam admittam te paratum accusare iudicem propterea crimine maiestatis, quod contra constitutionem eius dicis pronuntiasse).*

⁶ Реч је о Тиберијевој мајци Ливији Друсили, која је касније постала позната као Јулија Августа (*Livia Drusilla* или *Julia Augusta* / 58. год. пр.н.е. – 29. год. н.е.). Више о томе: Тацит, *Анали*, Три, Скопје, стр. 77–78.

моралној храбрости Римљанина, говорило се само у делима старих мајстора.⁷

У историји римског права био је чест случај преекстензивног тумачења *изигравања* дела и увреде царске величине. Најчешће ово дело су извршавали они који су радили у царској канцеларији и који су били миљеници императора. Монтескје потенцира да се овим именом назива нешто што то изворно није, чиме се је правила много груба злоупотреба власти. Тако, на пример, један царски закон, који је донет у време Грацијана, Велентинијана и Теодосија, предвиђао је прогон „скрнавитеља царске величине“, дакле, свих оних који су доводили под знак питања владареву мисао и оног који би показао сумњу у заслуге људи који су одређено лице бирали за вршење некакве државне службе.⁸ Један други закон, пак, донесен у време Аркадија и Хонорија предвиђао је да они који критикују владареве министре и службенике су криви за овај злочин, будући да тиме имплицитно нападају и самог владара,⁹ а од Теодосијевог кодекса, пак, дознајемо да и ковање лажног новца, тј. фалсификовање монета (*falsa moneta*), је третирано као “повреда царске величине”, јер се најчешће не монетама крио лик императора. [cf. Mont., *De l'ésprit*, II, 12, 8].¹⁰

Са друге стране, било је и оних римских царева који су свесно смањивали прешироку примену овог кривичног дела. Тако, на пример, када је Паулин известио цара Александра Севера (Alexander Severus / 208–235 год.) да се спрема да оптужи једног судију заради повреде царске величине, цар му је одговорио да „у његовом веку нема место за индиректно наношење увреде цезару“.¹¹ Исто тако, једном сенатском одлуком, било је одлучено да они који сакупљају делове од одбачених царских статуа не могу да се сматрају оним лицима која повређују царску величину; а, исто тако су, цареви Север и Антонин својевремено писали Понтију да не треба да се сматрају починиоцима повреде царске величине они који продају носећене статуе са ликом цара. Исти ови цареви су писали и Јулију Касију да „онај који случајно баци камен на царску статуу

⁷ Тако и Војислав Саракински у Предговору на македонски превод Тацита, *Анали*, op. cit., стр. 21–22.

⁸ Реч је о трећем закону у Кодексу *De crim. sacril.: Sacrilegii instar est dubitare an is dingus sit quem elegerit imperator.*

⁹ Види: Пети закон, *ad. Leg. Jul. maj.* [Cod. IX, tit. VIII].

¹⁰ Види: Монтескје, op. cit. (Tom I), стр. 215–216.

¹¹ *Etiam ex aliis causis majestatis criminal cessant meo saeculo.* L. I, Cod., [lib. IX, tit. VIII], *ad leg. Jul. maj.*

не сме да буде третиран као извршилац дела повреда царске величине.“ [cf. Mont., *De l'ésprit*, II, 12, 9].¹²

II. НЕДЛЕЖНОСТ МАЈЕСТАТСКЕ КВЕЦСИЈЕ

1. Одговорност за написан текст

Историјски посматрано, римска кривично-правна историја је евалуирала од периода када за кривично дело учињено преко написаног текста уопште није била предвиђена казна, па све до периода када се исто дело строго кажњавало а често и злоупотребљавало. Тако, на пример, преко историчара Тацита дознајемо да је принцепс Август строго кажњавао сатиричне приче уперене против моћника и богаташа (*carmen famosum*);¹³ док је, пак, његов наследник Тибериј кажњавао само она писања која су била уперена лично против њега.

Тако на пример, у његово време Анархије Приск био је оптужен и осуђен не само за проневеру конзула Крита, Кајсија Корда, већ је значајно и то што је његова кривица проширена и на повреду угледа, што се у то време додавало у свим оптужбама.[cf. Tac., *Ann.*, III, 38]:

Принцепс, откако је прво био укорен од стране судија што је [претходно неосновано] ослободио од кривице за прељубу [неког] Антистија Ветера, који је био једен од највиђенијих људи у [провинцијата] Македоније, вратио је [овога] назад да одговара за 'повреду величанства' – као бунтовник иако умешан у намере Рескупориса,¹⁴ који је у то време, повео рат против нас [Римљана]. Окривљени је био осуђен на прогонство, са додатком да се држи на неко острво које није био у близини Македонији, а ни Тракије.¹⁵

У исто време, за време владавине принцепса Тиберија, један потказивач уништио је римскиог витеза Клуторија Приска који је написао **песму**, односно поему (*occentare*), у којој је оплакао смрт војсковође Германика и за то га је принцепс богато новчано наградио. Али у

¹² Види: Монтескје, *op. cit.* (Том I), стр. 216–217.

¹³ На пример, Кремуције Корд био је окривљен зато што је у својим летописима Цезаревог убицу Касија назвао „последњим међу Римљанима“.

¹⁴ Реч је о владоцу Рескупорису Другом (Rhescuporis II), из Сапиенске династије, који је управљао као клијент тадашњом Источном Тракијом.

¹⁵ Види: Тацит, *op. cit.*, стр. 164.

оптужници додало му се још и то што је Клуториј, док је Друс био болестан саставио и другу песму у којој се хвали да ће, ако и Друс умре, да добије још већу новчану награду. Окривљени Клуториј, наводно је читао ову контраверзну песму у дому П. Петронија, пред његовом таштом Вителијом и пред много других виђених римских жена. На суду, све жене бојећи се сведочиле су да су тако нешто слушале. Једино је Вителија упорно тврдила да тако нешто није слушала. Али изабрани конзул, Хатериј Агрипа, више је поверовао у изјаве сведока, а не Вителије, због чега је Клуториј био осуђен на смрт. Једини који је стао у одбрану Клуторија био је Лепид који је у свом обраћању истакао следеће [cf. Tac., *Ann.*, III, 49–50]:

Сенатори, ако гледамо јединствено оно што је [окривљени] Клуториј Приск, својим поганим устима, оскрнавио – за њега није довољна не само казна затвора, већ ни јама, нити пак мучење што се примењивало на робове. Али ако умереност принцепса и примери предака, па и ваши, ублажавају срамна дела, и ако се прави разлика између сујете и злих дела, у том случају има места и за предлог да се Клуторије казни, да не остане некажњен, а ми нећемо да се кајемо због наше строгости или благости. Отуда ја врло често слушам како наш принцепс жали што се неко убије не чекајући милост принцепса. Сада је Клуторије жив; ако буде spaшен, он неће да представља [апсолутно] никакву опасност за државу, али и да буде погубљен – тај никоме неће да послужи за пример. Његова писанија, пуна глупости, су потпуно безначајна и кратковечна. Не треба уопште да се страхује да ће да се деси нешто страшно или озбиљно од некога ко сам открива своја срамна дела не пред срцима мушкараца, него пред женама [и римским госпођама]. Ипак, нека напусти Рим, нека му се одузме имовина и нека се пошаље у прогонство. Зато ја сматрам да треба да се подвргне закону за повреду величанства.¹⁶

Од бивших конзула, једино је Рубелиј Бланд подржавао овај компромисан предлог Лепида, док су остали били да се подржи предлог конзула Агрипе. Тако да је Приск био одмах одведен у затвор и погубљен.

¹⁶ Детаљније: Тацит, *op. cit.*, стр. 170 – 171.

Принцепс Тибериј, својим уобичајним лицимерјем, пожалио се Сенату, да су сенатори почели строго да кажњавају и за незначајне повреде и да изричу сурове казне за само изговорене речи. Такође, похвалио је и Лепида за одбрану, али у исто време, није укорио Агрипу за строгост. Након овог догађаја, Сенат је донео одлуку на основу које се сенатска пресуда, пре него да ступи на снагу, чува десет дана у државној ризници¹⁷ и за то време се продужава живот оних лица која су осуђена на смрт. Али сенатори нису имали слободу да мењају пресуде, нити је пак Тиберије за то време давао помиловање. [Тас., *Ann.*, III, 51].¹⁸

Исто тако, за време владавине принцепса Тиберија, у години када су конзули били Корнелије Кос и Асиниј Агрипа, био је окривљен Кремутије Корд са једном новом и до тада нечувеном оптужбом. Он је издао историјску књигу тзв. анале у којима је хвалио Цезарове убице Брута и Касија. За Касија је чак наводно написао да је био „последњи истински Римљанин“. Сенатори су одлучили да јавно спале његове рукописе, али неки од њих су ипак били сачувани тј. скривени и објављени. Касније је император Калигула укинуо ову сенатску забрану и ове су књиге биле јавно постављене у библиотеци.¹⁹

2. Одговорност за изговорену реч

Када је реч о вербалним деликтима, познат је један случај из времена принцепса Тиберија који сликовито потврђује јачање мајестатског права. Заправо, реч је о Апулеји Варили, унуки сестре првог принцепса Октавијана Августа. Апулеја је била оптужена да је погрдним речима и казивањима исмејала не само божанског Августа, неко и његовог наследника Тиберија и његову мајку. Додатно, била је оптужена и за прељубу, при чему је принцепс принципијално захтевао да се прави разлика између дела повреде части и угледа величанства и да се казни само ако је скривено и погрдно говорила о Августу, док за изречене увреде није захтевао да се води истрага.[cf. Тас., *Ann.*, II, 50]:

Упитан од стране конзула шта мисли о казивању против његове мајке [Ливије Августе], прећутао је; потом, следећег дана, на сенатској седници, у њено име замолио је да се не третира као кривица, речи које су

¹⁷ Државна ризница и архив су се налазили у Сатурновом храму у Риму. Одлуке Сената нису смеле да буду извршене пре него што су биле депониране и архивирание.

¹⁸ О томе: Тацит, *op. cit.*, 171.

¹⁹ Види: Љубинска Басотова, бел. прев. – Тацит, *op. cit.*, 212 [ф. 34].

на било који начин изговорене против ње. Ослободио сам, значи, Варилу од кривице за повреду части и угледа, а тежу казну која се изриче у случају прељубе, ублажујем, али иствремено поручујем њеној родбини-према обичају предака-да је протерају двеста миља [изван града] Рима. Њен љубовник био је прогнан из Италије у Африку.²⁰

Даље, када говоримо о вербалном деликту због изговорених погрдних речи, и казнама које су се изрицале у вези са овим деликтом, поменућемо и један кривични поступак који је вођен против Калпурнија Писона, који се закунуо на куријатској комицији да ће напустити својевољно град Рим због неподношљиве расипности и корупције која се ширила јавним животом града. Неколико година по покретању овог поступка, још за време владавине Тиберија, Квинт Граниј је оптужио Писона да је одржао неки увредљив говор, и то тајно у коме је изрекао погрдне речи за самог принцепса. При том је додао да Писон наводно у дому чува отров, као и да је у неколико наврата у Сенат ушао опасан мачем, што је било апсолутно недопустиво, и што је представљало директну увреду за принцепса и саму римску државу. Међутим, преко овога се прешло без кажњавања, јер су оптужбе биле изузетно јаке али и недоказиве. А за друге оптужбе које су се у међувремену накупиле у великом броју, никада није био покренут судски поступак, јер је Писон, умро, у међувремену, природном смрћу. [cf. Тацит, *Ann.*, IV, 21].²¹

Из правних извора, позната је и једна друга расправа, која је вођена у вези са вербалним деликтом којег је починио Вотеин Монтан. Вотеин је наводно држао клеветничке беседе против Тиберија, због којих је био оптужен и кажњен. У настојању да буде што уверљивији у доказивању Вотеинове кривице, сведок Емилиј, обичан војник, детаљно је изнео погрдне речи и сочне беседе које је држао Вотеин против принцепса. Иако су сви сенатори, због личног присуства Тиберија на саслушању, надвикивали сведока у нади да ће се просвестити и стати са изношењем ових погрдних речи и беседа, а у крајњем циљу да овај престане са непријатностима у излагању, до тога није дошло, јер је сведок настојао са великом упорношћу да докаже кривицу окривљеног. То је и резултовало тиме да се и сам Тибериј видно потресао и изгубио контролу, што њему није било својствено, па је почео гласно да виче и да се правда за све изнете неистине и клевете. Да би га смирили његови најближи

²⁰ О томе: Тацит, *op. cit.*, 116–117.

²¹ Види: Тацит, *op. cit.*, 203.

сарадници почели су да му ласкају и да га моле како би се завео ред на суђењу, што је било атипично за то време. [cf. Tac., *Ann.*, IV, 42].²²

Такође, у време Тиберијевог владавине био је још један случај вербалног деликта за кога се судило брачном прау Германик Силији и његовој жени Сосији Гали. Иако је заправо било речи о вербалном деликту, у кривицу им се приписивало да су злоупотребили службени положај. Званично, били су оптужени од стране актуелног конзула Виселија Варона, који је покренуо поступак под изговором да је реч о одмазди за непријатељства учињена према његовом оцу. Заправо, окривљени Сариј био је кућни пријатељ са покојним војсковођом Германиком, а његова жена је била блиска са Германиком супругом Агрипином. Германик се прочуо као заповедник легија у области Горње Рајне, и победио је чувеног германског вођу Сакровира. Многи су веровали да је знао да се припремају непријатељска дејства и да је врло често вођен самољубљем говорио против Тиберија у намери да изазве преврт и да се тако домогне власти. [cf. Tac., *Ann.*, IV, 18].²³ Из тог разлога био је окривљен за многа дела: стављало му се у кривицу да се самохвалио, да је знао за сваку опасности непријатељске војске, а да је ипак прекривао дуго припреман војни напад од стране непријатељског вође Сакровира; и да је његова жена, Сосија била саучесник, јер је у то време боравила са њим у провинцији. [cf. Tac., *Ann.*, IV, 19]:

*Обвинетиот замолил за кусо одлагање [на процесот], додека обвинителот [Варон] не ја напушти конзулската должност. Но, на ова се спротивставил принципсот [Тибериј], под изговор дека е вообичаено магистратите да повикуваат приватни лица пред суд и дека [во овој случај нема ништо специфично, па] не треба да се кришат правата на конзулот... [По ваквиот расплет] обвинетиот [главно] молчел или, ако почнел да се брани, не скривал од чија омраза е притиснат... Силиј [откако предосетил како сè ова ќе заврши], со доброволна смрт, ја претекнал осудата што му претстоела.*²⁴

Неколико векова касније, у периоду Домината, а поводом истог кривичног дела “изговарање неумесних речи против императора”, цареви

²² Види: Тацит, *op. cit.*, 216–217.

²³ Види: Тацит, *op. cit.*, 199–200.

²⁴ Види: Тацит, *op. cit.*, стр. 201.

Теодосије, Аркадије и Хонорије писали су преторском префекту Руфин [cf. Mont., *De l'ésprit*, II, 12, 9 и 12]:

*Ако неко изговара погрдне речи против наше личности и наше владавине, не желимо да буде кажњен: ако тај изговара погрдне речи због лакомислености, требало би да буде презрен, ако говори због глупости требало би га жалити; а ако приметите овакве радње требало би нас одмах обавестити и оставити нама да му судимо за изговорене речи сходно речима које је личност изрекла. Ми ћемо добро да одмеримо да ли да га подвргнемо суђењу или пак томе нећемо придавати никакву пажњу.*²⁵

3. Одговорност за неумесне радње

Када је реч о кажњавању за различите актове, гестове, поступке и радње који се подводе под мајестатска злодела, не можемо а да не наведемо покушаје да се оптуже за ова дела скромни римски витези Фаланије и Рубиј [cf. Тас., *Ап.*, I, 73]:

Тужилац је теретио [првопоменутог] Фаланија што је приликом продаје свога дворишта (врта), блуднику и развратнику Касију продао и кип Августа. Другопоментуом, Рубирију, стављало се у кривицу што је наводно са кривоклетством обешчистио божанственог Августа! Али, када је све ово било саопштено Тиберију, он је написа конзулима (који су били судије сенаторским фамилијама) да небеске почести његовог адоптивног оца Августа нису дате да би он био тема за подсмевање и подкусуивање од стране грађана. И да се не поступа супротно религији када се његов лик заједно са киповима других биожанства, укључује у купопродају вртова и домова. Што се тиче кривоклетста, [које се ставља на терет Рубирију] требало би да се сматра да је измамио

²⁵ *Si id ex levitate processerit, contemnendum est; si ex insania miseratione dignissimum; si ab injuria, remittendum.* Leg. Unica, Cod. Si quis imperat. maled. Види: Montesкје, op. cit. (Том I), стр. 219 [ф. 36].

*[бога] Јупитера [а не цара] – па за увреду божанства, нека сами богови воде бригу.*²⁶

Неколико година касније, Граниј Маркел – који је био претор Битиније²⁷ - исто тако је био окривљен за повреду угледа и части његовог величанства и то од стране његовог квастора Цепиона Криспина. Криспину се касније у оптужби придружио и Роман Хиспон. Тужилац Цепион био је бедан, непознат човек немирног духа, који је тајним пријавама покушавао да се додвори Принцепсу. Тако је временом доводио у опасност сваког виђеног човека, па је зато постао омиљен код принцепса, а омражен код народа. Они који су следили његов пример од сиромаша и презрених, постајали су “богате тужи-бабе” и са застраживањем су наносили штету другима а на крају, у крајњој линији, и сами себи [cf. Тас., *Ап.*, I, 74]:

Тужилац [Цепион] је оптужио Маркел да лоше говори за [принцепса] Тиберија, а то је неизбежно злодело – отуда је тужилац одабрао све што је најружније у карактер принцепса и ставио је у кривицу као изговорене речи оптуженом... Хиспон, је, пак, на ово додао још и то да је статуа Маркела [намерно] била постављена више од кипова цезара и да, је на једној друој статуи, била изломљена глава [божанственог] Августа, а да је била стављена глава Тиберија! На ово се Тиберије толко расрдио и изјавио је да у овом процесу сам тај има да пусти глас и јавно да се закууне... Али и у овом случају је остало неколико тргова слободе, која је била већ и изумирању, па је на ово Гај Писон рекао: ‘По који пут ће да искажеш своје мишљење, Кајсаре? Ако гласаш први имаћу кога да следим, али ако гласаш последњи плашим се да се не понесем супротно од тебе!? Збуњен овим [луцидним]речима, Тиберије се покајао и наредио је тужиоцу да одустане од даљег гоњења, као и да се оптужени ослободи кривице за повреду његовог величанства; а за другу оптужбу за проневеру-

²⁶ Види: Тацит, *op. cit.*, стр. 78 [ф. 120–122].

²⁷ Битинија (*Bitinia*) је освојена римска област у Азији, која се налазила између Пропонтида и Црног Мора.

изјаснио се да се оптужени пошаље код судија-рекуператора.²⁸

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Средином другог века пре наше ере, специјални, екстраординарни, истражни и привремени квестии - односно нередовни сенаторско-поротни кривични судови, тачније 149. године пре наше ере, прерастају у редовне кривичне судове. Ови судови су заседали на Форуму и били су називани Ординарним квестима (**Quaestiones ordinariae**) или другачије „перпетуалним /перманентним, редовним судовима“ (**Quaestiones perpetuae**). Да не би било забуне, битно је напоменути да ови судови нису били општи кривични судови. Њихова јурисдикција није била одређивана преко критеријума „казна“, као што је то био случај у когниционом поступку, него преко вида дела (*crimina*). При том, квестиони судови нису судили само за тачно одређена кривична дела, него су били надлежни за целе групе сродних недозвољених радњи тј. за јавне деликте. Овакво решење квестионих судова показало се као згодно и еластичније, па су квестиони судови у најбурнија времена за Рим у великој мери истиснули раније форме кривичног правосуђа, и крајем периода Републике афирмисали су јединствени систем форми у кривичном правосуђу. Свака од постојећих квесција била је основана посебним јудицијарним законом. Њиме су била одређивана сва битна питања везана за конституисање, редовно и нормално функционисање судова: делокруг и домен поступања; начин попуњавања листе потенцијалних судова; састављање судског савета који председава у конкретном случају; редослед фаза суђења; одвијање поступка доказивања кривице; начин гласања и изрицање пресуде; каи и вид висина и модалитет за извршавање казне. Са касније донетим специјалним законима вршене су најразличитије промене у надлежности и функционисању већ постојећих квесција, па је отуда процедура пред овим судовима била прилично различита. Међутим, сви они слагали су се у једном, а то је да је са њиховим постојањем власт правосудних магистрата у великој мери ограничавана, и постепено преузимања са свим ингеренцијама које су произилазиле из њиховог имеријума.

²⁸ Рекуператори (*recuperatores*) су били најмање тројица судија који су судили грађанске парнице у другој фази класичног поступка – тзв. *apud iudicem*. Они су, као правосудни орган, ишчезли у постколасичном римском праву и о њима нема података у јустинијановм законодавству. Детаљније: Тацит, *op. cit.*, стр. 79.

Marija Ignjatović, Ph.D.

Associate Professor

Faculty of Law, University of Niš

Dimitar Apasiev, Ph.D.

Teaching Assistant

Faculty of Law, University “Goce Delčev”, Štip

**QUAESTIO MAIESTATIS:
TRIAL BEFORE THE QUAESTIO MAIESTATIS - A REGULAR
ROMAN CRIMINAL COURT OF INQUIRY**

Summary

Due to the development of the Roman state and the ensuing class conflicts in the Roman society, which became prominent in the mid-period of the Roman Republic, the Senate became the central and the most important body of public life. In addition to being a long-term protector of the interests of the aristocracy, the Senate jurisdiction was significantly expanded during this period, and it started interfering with the area of criminal justice. In effect, the Senate intervention in this area had two main objectives: on the one hand, the intervention was aimed at limiting the power of the people's legislative assemblies (*comitia*), with an ultimate intent of abolishing them altogether, which was eventually done by revoking the subjective civil procedure right to appeal to the assembly on the abuse of the magisterial power (*ius provocationis*); on the other hand, the intervention was aimed at limiting the Roman magistrates' right to issue coercive punishment in summary proceedings (*ius coercionis*) and reducing the magistrates the Senate's executive body (which was ultimately accomplished).

The newly established specialized courts were only entitled to propose and enforce the awarded penalties as an inherent matter of law (*quaestio juris*), whereas the Senate (i.e. its members/senators) reserved the exclusive right to decide on the culpability of the accused as a matter of fact (*quaestio facti*). This important authority vested in the Senate was conducted through the special senatorial (standing) juries (*quaestiones*) who were in charge of adjudicating serious crimes. These criminal courts of inquiry (*quaestiones*) were introduced in order to fully protect the privileged position of the nobility. From the period of the late Roman Republic, the number and types of ordinary criminal courts were constantly increasing. Thus, towards the end of the Roman Republic (more specifically, during the reign of the dictator Sulla (Lucius Cornelius Sulla Felix, from 138 to 78 BC), there were seven such courts of this kind. In the

subsequent period, the number of these courts dramatically increased, but the most prominent variety was the *quaestio maiestatis* which was in charge of adjudicating serious criminal offences against the state.

Др Драгана Ђорић

Доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

О ДИСКРИМИНАЦИЈИ – УЧИЊЕНА НЕПРАВДА (НИ)ЈЕ УВЕК И ДИСКРИМИНАЦИЈА

Апстракт: *Универзална дефиниција о дискриминацији не постоји, али постоје оне које су мање или више потпуне, спрам тога колико су облика дискриминације препознале. Позитивно право Републике Србије има најпотпунију (законску) дефиницију дискриминације, али чак и она оставља простор за сопствено тематско проширење будући да нови облици дискриминације стално настају. Битно је истаћи да дискриминација у својој основи има увек неправду учињену према одређеном лицу или одређеној категорији лица. Но, није свака неправда истовремено и увек и дискриминаторни чин. Нека неправда нестане из незнања, нека због предрасуда и стереотипова којима смо окружени, а неке настају из намере за повређивањем достојанства и самопоштовања других. Танка је линија између обичне неправде и дискриминаторне неправде, а самим тим и њихово кажњавање постаје битно другачије.*

Кључне речи: *дискриминација, неправда.*

Уводне напомене

Дискриминација се у позитивном праву Републике Србије, тачније у Закону о забрани дискриминације (као кровном закону о овој области), дефинише на следећи начин:

„...свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе као и на чланове њихових породица, или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварним, односно претпостављеним личним

својствима“¹. Схватамо ову дефиницију као најширу могућу, будући да се у јавности као видови дискриминације перципирају само неки од наведених облика- тј. најчешће се говори о дискриминацији на основу пола, националној припадности, верском убеђењу, или у последње време, на основу сексуалне оријентације. Но, евидентно је да је дискриминација негација људских права и слобода, те је и њена дефиниција помало парадоксална- дефинишући дискриминацију, ми заправо дефинишемо све оне негативне појаве против којих треба да се боримо као друштво и као систем. Препознавањем појавних облика дискриминације, ми препознајемо рањиве друштвене групе унутар сопственог друштва, и дајемо им легитимитет да потраже помоћ и истакну захтев да њихова дискриминација, искључивање из друштва по неком од ових основа престану а да починилац тога буде адекватно кажњен.

Примера ради, многи људи у САД не би дискриминацијом назвали сваку неправду у друштву, јер „не разумеју термин на начин који је својствен новим социјалним покретима“². Сходно овом становишту, дискриминација носи „јаку конотацију освајања и колонијалне доминације..те сада означава неповољну позицију и неправду коју неки људи трпе не због тираније, већ због свакодневне праксе и политике добронамерног либералног друштва“³. Неретко дискриминаторни чин проистиче из „добре намере“, делује тако као да се нико не осуђује нити да постоји намера за искључивањем било кога из друштва по основу њиховог статуса, већ да се чак чини „добра ствар“- да се похваљује неко ко је нпр. једне националности и да је изузетно добар у ономе што ради иако важи потпуно супротно мишљење о свим припадницима његовог народа⁴. Неки аутори сматрају да је оваква дискриминација заправо још опаснија од директно учињене дискриминације, будући да је корен оваквог дискриминисања дубоко у стереотиповима, предрасудама, обичајима, религији или другим друштвеним нормама и правилима. Тако се често врши дискриминација жена узимањем, „из најбољих намера“ у обзир њихових природних и урођених разлика у односу на мушкарце.

¹ Члан 2 . Закона о забрани дискриминације, Сл. гласник РС", бр. 22/2009.

² Пuteви остваривања родне равноправности и једнаких могућности- од идеје до праксе, Приручник за лица и тела задужена за равноправност полова у општинама. Издавач: *Савет за равноправност полова, Влада Републике Србије и Организација за европску безбедност и сарадњу-Мисија ОЕБС у Србији*, 2007, Београд, стр. 12.

³ Ibid.

⁴ Слично код : Aleksandra Vesić Antić, *Sterotipi i predrasude kao uzroci nejednakosti, sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije*, 2012.

Родне разлике су научене, тврде неки аутори,⁵ јер се заснивају на претпоставкама шта се то очекује од жена или мушкараца. Дискриминација по полу даље је инспирисана и социјалним упоређивање категорија по другим параметрима: висини плате, могућности напредовања и сл. Наведено делује демотивационо, утиче на пад ефикасности радника, и то не само оних који се налазе у групи оних који сматрају да ће бити дискриминисани, већ и у групи оних који сматрају да су привилеговани- јер сматрају да ће без обзира на свој стварни учинак увек бити заштићени.

Лица дискриминације

„Људи треба да буду третирани као индивидуе, не као чланови група, и слободни да обликују своје животе без стереотипа или правила групе“⁶. Дискриминација је, према индивидуалистичком становишту, нешто што се дешава када се људи класификују у групе. Због тога што их други идентификују као групу, они су искључени и дискриминисани. Дакле, иако није вид, интензитет дискриминације или искључивања у свим случајевима исти, иста је увек негативна последица: немогућност или постојање изузетно мале могућности да неко лице, зато што припада, „класификовано“ је у оквиру неке групе, искаже на потпун и слободан начин своје способности, мисли или емоције.

Свако од нас током свог живота „игра“ више различитих друштвених улога; искључивање по основу једне друштвене улоге га аутоматски онемогућава или сужава могућности за напредовање у свим осталим улогама.

Закон о забрани дискриминације говори о следећим облицима дискриминације:

1. „**Непосредна дискриминација** постоји ако се лице или група лица, због његовог односно њиховог личног својства у истој или сличној ситуацији, било којим актом, радњом или пропуштањем, стављају или су стављени у неповољнији положај, или би могли бити стављени у неповољнији положај“⁷. Битно је истицање могућности да би могли бити стављени у неповољнији положај. Правда је

⁵ Наташа Перишић-Павловић: Дискриминација жена на радном месту, приручник за потребе инспекције рада. Издавач: Управа за родну равноправност министарства рада и социјалне политике РС, 2009, стр 19.

⁶ Приручник за тренере и тренерике организација цивилног друштва о дискриминацији, ауторски тим: Биљана Јањић, Биљана Малетин Уљаревић и Весна Петровић, издавач: Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2014. стр. 42.

⁷ Члан 6. Закона о забрани дискриминације РС.

појам са много претпоставки⁸, без иједне константе, стога и неправда може бити претпостављена и доказивана.

2. **„Посредна дискриминација”**⁹ постоји ако се лице или група лица, због његовог односно њиховог личног својства, ставља у неповољнији положај актом, радњом или пропуштањем које је привидно засновано на начелу једнакости и забране дискриминације, осим ако је то оправдано законитим циљем, а средства за постизање тог циља су примерена и нужна“. Приручник за заштиту од дискриминације наводи примере посредне дискриминације¹⁰: *„...Оглас за посао којим се, као услов, поставља положен возачки испит (возачка дозвола), иако за обављање тог посла није неопходна возачка дозвола – нпр. тражи се административни радник или продавац у маркету итд.*„ Дакле, посредну дискриминацију препознајемо у ситуацијама када су постављени неки услови који делују наизглед једнаки према свима, међутим су то услови који уопште нису неопходни да се остваре да би се постигао неки други циљ, сем искључивања одређене групе лица. Ако се возачка дозвола захтева за радно место возача, или другу позицију, која по природи свог посла може бити везана за често или стално путовање или покретљивост у том смислу, онда дискриминација не постоји.
3. **„Повреда начела једнаких права и обавеза”**¹¹ постоји ако се лицу или групи лица, због његовог односно њиховог личног својства, неоправдано ускраћују права и слободе или намећу обавезе које се у истој или сличној ситуацији не ускраћују или не намећу другом лицу или групи лица, ако су циљ или последица предузетих мера неоправдани, као и ако не постоји сразмера између предузетих мера и циља који се овим мерама остварује“. Тако је одлука једне општине, коју ћемо касније у тексту детаљније описати, проглашена за пример повреде начела једнаких права и обавеза, јер је услов који је постављен: да ли је неко од родитеља имао раније ванбрачну заједницу или децу из те ванбрачне заједнице, ирелевантан у погледу циља одлуке а то подизање наталитета и добијање финансијске помоћи за одржавање породице.

⁸ Социјалдемократска читанка 1, уредник Тобијас Гомберт, превод Сања Катарћ, *Фондација Fridrich Ebert Stiftung*, 2012, стр. 22.

⁹ Члан 7. Закона о забрани дискриминације РС.

¹⁰ Невена Петрушић, Косана Бекер: *Практикум за заштиту од дискриминације*, издавач: *Партнери за демократске промене Србија и Центар за алтернативно решавање сукоба*, Београд, 2012., стр. 33.

¹¹ Члан 8. Закона о забрани дискриминације РС.

4. „Дискриминација постоји ако се према лицу или групи лица неоправдано поступа лошије¹² него што се поступа или би се поступало према другима, искључиво или углавном због тога што су тражили, односно намеравају да траже заштиту од дискриминације или због тога што су понудили или намеравају да понуде доказе о дискриминаторском поступању“. Позивање на одговорност лица због тога што су указала на дискриминацију других или тражила помоћ у случају сопствене стварне или претпостављене дискриминације, не може и не сме бити основ да даље искључивање тих лица
5. „**Удруживање ради вршења дискриминације**¹³, односно деловање организација или група које је усмерено на кршење уставом, правилима међународног права и законом зајамчених слобода и права или на изазивање националне, расне, верске и друге мржње, раздора или нетрпељивости“ је такође вид дискриминације. Удруживање у овом смислу може имати и свој неформални вид, окупљање око једне одређене „идеје“, која обухвата раније наведене ставке.
6. „Изражавање идеја¹⁴, информација и мишљења којима се подстиче дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог личног својства, у јавним гласилима и другим публикацијама, на скуповима и местима доступним јавности, исписивањем и приказивањем порука или симбола и на други начин“. У свакодневном говору познат као говор мржње, овај вид дискриминације је највише и заступљен јер има више својих појавних облика: поред усменог или писаног саопштавања оваквих изјава, довољно је утврђивање дискриминације по овом основу и исписаним графит на улици, перформанс, или објава у писаним или електронским медијима.
7. „**Узнемиравање и понижавајуће поступање**¹⁵ које има за циљ или представља повреду достојанства лица или групе лица на основу њиховог личног својства, а нарочито ако се тиме ствара страх или непријатељско, понижавајуће и увредљиво окружење“. Као облици овог вида дискриминације се јављају изјаве у којима се нека лица погрдно изражавају о другом лицу или групи лица, или као све чешћи облик сексуалног узнемиравања.

¹² Члан 9. Закона о забрани дискриминације РС.

¹³ Члан 10. Закона о забрани дискриминације РС.

¹⁴ Члан 11. Закона о забрани дискриминације РС.

¹⁵ Члан 12. Закона о забрани дискриминације РС.

Постоје и тежи облици дискриминације¹⁶, као што су: пропагирање или вршење дискриминације од стране органа јавне власти и у поступцима пред органима јавне власти; пропагирање дискриминације путем јавних гласила; ропство, трговина људима, апартхејд, геноцид, етничко чишћење и њихово пропагирање, вишеструка и поновљена дискриминација, и др.

Јанг¹⁷ то посматра другачије, те каже да дискриминација има својих пет лица:

1. **експлоатација**- дискриминација жена је „школски пример“ експлоатације, и почива на нереципрочном трансферу моћи од жена ка мушкарцима. Неправда која се налази у основи сваког дискриминативног чина је у неравноправној подели, тврди Јанг, посебно када се узме у обзир улога(или улоге) жене које обавља у браку.
2. **Маргинализација**- Јанг сматра да је маргинализација опаснија од експлоатације, јер је једна категорија људи потпуно искључена из успешног учешћа у друштвеном животу, или уопште из учешћа у друштвеном животу, због тога што прпадају одређеној групи. Као ни у једном другом случају, маргинализација уништава појединца због предрасуде или стереотипа о групи којој припада. Друштво које не реагује на овакву појаву чини институционалну, системску дискриминацију. Супротно, друштво које је објективно и праведно пружа могућности свакој индивидуи да испољи све своје вредности, квалитете и жеље. Тип дискриминације који се најчешће заснива на маргинализацији је по основу националне припадности, или брачног статуса(нпр.самохрани родитељ)
3. **Немоћ**- лица која немају ауторитет, нити легитимитет да се успротиве некоме ко је позиционо, на било који начин, виши од њих.Често се под ову категорију подводи дискриминација по основу стручне спреме, чак се наводи да овај проблем чешће имају стручњаци, којих је процентуално мање у односу на лица са нижом стручном спремом. Одијум према онима који су добри или најбољи у групи је одувек постојао, што доказују и новија истраживања вршена и у нашој земљи¹⁸: у извештају о остваривању права детета за 2013.

¹⁶ Члан 13. Закона о забрани дискриминације РС.

¹⁷ Young, I. M., “Fives Faces of Oppression”, in: Amdams, M., Blumenfeld, W.J., Castaneda, R., and others, Readings for Diversity and Social Justice, New York and London: Routledge, 2000, p. 35–50, доступно на : <http://www.consumerstar.org/resources/pdf/young.pdf>, датум приступа сајту: мај 2015.

¹⁸ Млади у превенцији насиља и дискриминације, Ужички центар за права детета, 2014, стр. 6.

Годину, наводи се податак да 1/3 репрезентативног узорка младих нема добро мишљење о својим вршњацима који имају одличан или изванредан успех. Стручњаци такве врсте, суочени са гомилом која их не разуме, губе и самопоштовање, након што су претходно изгубили легитимитет да се снагом својих аргумената успротиве руљи која нема никакве аргументе. Са друге стране, добри ђаци су, наставља се у овом Извештају, двоструко етикетирани- поред неодобравања и одбацивања од околине, од њих се увек очекује да буду најбољи те им се никакве грешке не опраштају.

4. **Културни империјализам**- или припадаш једној групи, која је доминантна, не зато што је истински боља, него зато што је можда боље организована, или се њени чланови држе у покорности на неки начин, или су „други“ , другачији а неретко етикетиран и као девијантан.

5. **Насиље**. Питање које Јанг овде поставља је потпуно оправдано: зашто сви теоретичари правде ћуте о порасту насиља и не истражују начине за његово смањење? Насиље више није само физичко, већ је добило неслућене размере у облицима психичког, електронског и другог насиља. Најтеже лице дискриминације, након маргинализације је управо лице насиља, јер припадник групе живи са сазнањем да зато што је припадник једне групе ће често, без икаквих разлога а на основу неке доминантне предрасуде или стереотипа, бити омаловажан, подвргнут свим насилним епизодама. Међутим, Јанг скреће пажњу теоретичарима правде да ово лице дискриминације јесте друштвени феномен, и јесте вид социјалне неправде иако га они одлучно одбијају посматрати као таквог.

Да ли је неправда увек и дискриминација

Кључно питање које је разматрано на тренингу о дискриминацији за представнике цивилног друштва, у организацији канцеларије Поверенице за заштиту равноправности је управо било : да ли је свака неправда истовремено и дискриминација¹⁹. Наиме, код једног броја полазника овог семинара је постојала недоумица када неправду треба прогласити дискриминацијом. Треба имати у виду да неправду посматрамо углавном из личног угла, оног што се нама чини неправедним, иако је то можда-потпуно легално. Лични осећај и лична перспектива посматрања неког случаја умногоме замагљују објективност просуђивања да ли је случај пред нама дискриминаторне природе или не.

¹⁹ Семинар је одржан у периоду јули-септембар 2014. године у Београду.

Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена даје параметре у том смислу, да се дискриминација препознаје тако што се неким актом или нечињењем „прави разлика, искључење или ограничење у погледу пола, што има за последицу или циљ да угрози или онемогући признање, остварење или вршење људских права и основних слобода на политичком, економском, друштвеном, културном, грађанском или другом пољу, без обзира на њихово брачно стање, на основу равноправности мушкараца и жена.“²⁰ И на закон о забрани дискриминације категорије услове за препознавање дискриминације на сличан начин- треба да постоји:

- неоправдано прављење разлике; до којег долази поступањем или пропуштањем;
- које се огледа у искључивању, ограничавању или давању првенства;
- на отворен или прикривен начин;
- према лицима, групама, члановима породице или другим блиским лицима; и
- које је засновано на стварним или претпостављеним личним својствима.

Како то изгледа у пракси?

Притужбе Е.Ц. против Општина Прибој²¹, Сјеница²², и Тутин²³ поводом службене употребе босанског језика и латиничног писма су , иако имају исти основ, различито окончане. У случају Општине Прибој је констатована дискриминација, тј. да општина није предузела мере из своје надлежности како би у службenu употребу поред српског језика и ћирилице увела и босански језик и латиницу. У случају Општине Тутин

²⁰ Члан 1. Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, превод доступан на <http://www.sostelefon.org.rs/zakoni/15.%20Konvencija%20o%20eliminisanju%20svih%20oblika%20diskriminacije%20zen.pdf>, приступ сајту: мај 2015. Године.

²¹ Дел. Бр. 1291/2011 од 29.10. 2011. године , Зборник Мишљења, препорука и упозорења Повереника за заштиту равноправности за период 1. Јул 2010-30. Новембар 2011. године, издавач:Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2011, стр. 56 - 59.

²² Дел.бр.1416/2011 од 29.10. 2011. године , Зборник Мишљења, препорука и упозорења Повереника за заштиту равноправности за период 1. Јул 2010-30. Новембар 2011. године, издавач:Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2011, стр. 60 - 63.

²³ Дел.бр 1417/2011 од 29.10. 2011. године , Зборник Мишљења, препорука и упозорења Повереника за заштиту равноправности за период 1. Јул 2010-30. Новембар 2011. године, издавач:Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2011, стр. 64 - 67.

утврђено да је општина у оквиру својих надлежности учинила све што је могла, али да недостају финансијска средства за израду нових табли назива улица, док су називи државних органа и других институција уредно исписани на оба језика и писма. Сличан проблем, недостатак финансијских средстава за потпуно поштовање одлуке своје локалне скупштине је констатован и у Општини Сјеница, те је и ту утврђено да нема дискриминације.

Притужба Љ.Н. против Д.н.с. због дискриминације у вези са радом на основу старосног доба, решена је негативно²⁴, тј, утврђено је да није извршена дискриминација. Утврђено је да није извршен споразумни раскид радног односа будући да послодавац, сходно позитивном праву, није у обавези да закључи сваку понуду споразумног раскида уговора о раду који му достави запослени. Право на споразумни раскид уговора као такво не постоје, а имајући у виду да је сагласност послодавца на услове из предлога за споразумни раскид које му доставља запослени у оквиру његовог дискреционог права одлучи да ли ће прихватити или не оцењено је да дискриминације нема. У другом случају са истим позивом на дискриминацију по основу старосног доба, утврђено је да је дискриминација извршена²⁵, прописивањем услова банкарског пословања да „ физичка лица не млађа од 18 година у моменту подношења и не старија од 67 година у моменту комплетне отплате-трајања дозвољеног прекорачења“ -што значи да лица старија од 67 година не могу да користе банкарске услуге позајмице по текућем рачуну. Дискриминација на основу старосног доба је учињена и у случају расписивања конкурса за пријем у радни однос на радно место медицинске сестре, где је Клиника, оглашивач радног места, прописала да именована не може бити старија од 35 година.²⁶

Општина Јагодина је својом Одлуком о финансијској помоћи брачним паровима од 23.12.2010. године извршила јасан акт

²⁴ Дел. Бр. 571/2011 од 13.05. 2001, Зборник Мишљења, препорука и упозорења Повереника за заштиту равноправности за период 1. Јул 2010-30. Новембар 2011. године, издавач: Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2011, стр. 178 - 180.

²⁵ Дел. Бр. 947/2011 од 1.8.2011, Зборник Мишљења, препорука и упозорења Повереника за заштиту равноправности за период 1. Јул 2010-30. Новембар 2011. године, издавач: Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2011, стр. 181 - 186.

²⁶ Дел. Бр. 1110/2011 од 12.9. 2011., Зборник Мишљења, препорука и упозорења Повереника за заштиту равноправности за период 1. Јул 2010-30. Новембар 2011. године, издавач: Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2011, стр. 187 - 195.

дискриминације²⁷, избацивши из круга оних који могу да остваре такву врсту помоћи лица која: су склопила ванбрачну заједницу, која нису рођена у Јагодини, који пре закључења брака имају децу из ванбрачних заједница, као и оне који су пре закључења брака били у ванбрачној заједници. Будући да је породично законодавство у Републици Србији изједначило брак и ванбрачну заједницу, дајући предност садржини, тј остваривању породичних складних односа, у односу на форму, Општина Јагодина је починила акт дискриминације те и кршења позитивног права дајући предност форми насупротив садржају који само позитивно законодавство штити. Са друге стране притужба А.М да је послодавац дискриминише јер је супруга бившег директора и бившег председника Управног одбора послодавца је оглашена неоснованом, јер није у питању дискриминација по основу брачног и породичног статуса. Удата је за одређеног мушкарца што се не сматра основом дискриминације. Дискриминација би постојала када би била стављена у неповољни положај зато што је (уопште) удата или није удата²⁸.

У случају сумње у погледу тога да ли је учињена или не дискриминација, пожељно је извршити тзв. ситуационо тестирање- две групе лица се поставе у исту ситуацију, при чему једна група има неку особину која је претпостављени основ дискриминације.²⁹

Чему дискриминација?

На почетку смо навели да је дефинисање дискриминације помало парадоксално, јер се тиме заправо дефинишу све оне негативне појаве које једно друштво треба да смањи или потпуно искорени. Прописи нису можда довољно јако средство за борбу против дискриминације у једном друштву, јер стереотипови и предрасуде на којима се она углавном темељи долазе из самог друштва, из уврежених мишљења, традиционалистичких схватања и дуготрајног веровања у исправност реченог и установљеног. Промена мора доћи „одоздо“, тј из самог друштва и од самих појединаца.

Даље, медији су постали најзначајније средство доказивања нечије невиности или кривице. Ван свих оквира позитивног права, понекад чак

²⁷ Дел.бр 820/2011 од 28.07.2011, Зборник Мишљења, препорука и упозорења Повереника за заштиту равноправности за период 1. Јул 2010-30. Новембар 2011. године, издавач: Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2011, стр.248-255.

²⁸ Приручник за тренере и тренерике организација цивилног друштва о дискриминацији, стр. 28.

²⁹ Изабел Рорив: Доказивање случајева дискриминације-улога ситуационог тестирања, регионални центар за мањине, Београд, 2009.

кршећи и норме морала и сопствене етике, медији лоше принципе и праксе претварају у добре. Тако, преносећи неку дискриминаторну изјаву без трунке осуде од стране аутора текста саучествују у дискриминисању те одају утисак да је таква пракса и такав говор- добар и пожељан.

Човек тежи добром и бољем за себе. Но погрешан је пут остваривања те тежње повређивањем и вређањем других. Дискриминисање других није само лоша и кажњива пракса; посматрано са ове тачке гледишта она унижава и човечност оног ко је чини.

Чему онда, заиста, дискриминација?

Dragana Ćorić, Ph.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University of Novi Sad

ON DISCRIMINATION – INJUSTICE IS(NOT) ALWAYS DISCRIMINATION

Summary

A universal definition of discrimination does not exist, but there are some definitions that are more or less complete, because of how they recognized forms of discrimination. The enacted legislation of the Republic of Serbia has the most complete (legal) definition of Discrimination but it even leaves enough room for its own thematic expansion since new forms of discrimination are still being formed every day. It is important to point out that discrimination has as its core always injustice done to a certain person or a certain category of persons. But not every injustice is, at the same time, always a discriminatory act. There's a thin line between ordinary injustice and discriminatory injustice, and therefore their punishment becomes very different.

Др Наташа Деретић

Доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

Др Лепа Бабић

Ванредни професор Пословног факултета Универзитета Сингидунум
у Београду

ДА ЛИ ЈЕ ПРАВО ИЗЛАГАЊА И ПРОДАЈЕ ДЕЦЕ (IUS EXRONENDI) ВАНВРЕМЕНСКА КАТЕГОРИЈА ¹

Апстракт: *С обзиром да је начело заштите људских права проглашено за универзални принцип оно се односи и на децу са инвалидитетом без родитељског старања. У складу са институцијом старатељства држава треба да обезбеди усвојитеље који ће на адекватан начин бринути о деци са инвалидитетом без родитељског старања. Усвојиоци деце са инвалидитетом би требали да имају посебно развијен осећај за бригу и негу, прихватајући афективни стил и алтруистично самопоимање. Специфичан проблем у нашој средини је мали одзив особа спремних да усвоје децу са инвалидитетом, као и корупција у институцијама усвојитељства. Стога се поставља питање да ли је право излагања и продаје деце категорија која није ишчезла до дан данас упркос развоју демократије.*

Кључне речи: *деца са инвалидитетом, деца вез родитељског старања, усвојитељи, институција старатељства, алтруистичко самопоимање.*

Увод

Појава продаје новорођенчади и мале деце, одраслих као и разни видови самопродаје које срећемо у најстаријим друштвима, надживела је векове. Различите облике продаје људи срећемо и данас. Разлоге треба тражити, не само у сиромаштву и беди, већ и у неким новим погледима на свет, где је новац мерило свих вредности. Сходно томе и продаја људи је

¹ Рад је произашао из Пројекта Биомедицина, заштита животне средине и право (на тему: Заштита личног положаја детета од Римског до савременог права), бр. 179079, Министарство просвете и науке Републике Србије, и пројекта Унапређење конкурентности Србије у процесу приступања Европској унији, Министарство просвете и науке Републике Србије, бр. 47028.

врло уносан посао. Данас се срећемо са излагањем и продајом како своје деце, тако и туђе, с тиме што смо сведоци и једне специфичне самопродаје људи: продаје се своје тело (и душа) било ради проституисања било закључења брака са невољеном особом. Ту су и појаве "сурогат мајки" и "сурогат-очева" односно рађање за другог; у земљама где је то дозвољено, ствара се живот, а да се партнери ни не познају. И то је данас постало уносан посао од кога се лепо зарађује, а судбина деце која су тако зачета и рођена, пуна је неизвесности.

У ситуацији када су родитељи спречени да обављају родитељску дужност јер немају основних средстава за живот или су лишени родитељског старања због занемаривања деце, на сцену ступа држава. Заштита такве деце реализује се кроз институте старатељства, усвојења, хранитељства. Најмаргинализованија и најискљученија група, несумњиво су деца са инвалидитетом (физичким или психичким). Из тог разлога, усвојиоци деце са инвалидитетом би требали да имају посебно развијен осећај за бригу и негу с обзиром на специфичности подизања деце са инвалидитетом. Зато је важно правилно проценити особу усвојитеља; они не смеју имати одбацујући афективни стил који је присутан ког ауторитарних људи. Околност да су усвојиоци такве деце најчешће страни држављани, јасно говори о менталитету наших људи који теже прихватају болесно дете и теже такво дете усвојају.

1. Позадина "права излагања и продаје деце" (IUS EXPONENDI)

Познато је да је у најстаријем периоду развоја римске државе отац породице (*pater familias*) имао највишу власт, што је подразумевало да су му сви остали чланови породице били потчињени. Он је врло дуго током римске историје имао право да кажњава свим казнама чланове своје породице, чак и смртном казном, што је оличено у једној латинској сентенци "*Ius vita ac necis*", а значило је "право живота и смрти".² Очева власт је првенствено настајала рођењем сина или кћери од родитеља у законитом браку, али и накнадно – усвојењем и позакоњењем

² Треба нагласити да је улогу родитеља (*parentes*) имао само предак мушког потомка (отац, деда, прадеда), с обзиром на чињеницу да су само они могли стајати на челу породице, тј. да су само они могли имати улогу *pater familias*- а, који има очинску власт (*patria potestas*). Само је он могао да прихвата, признаје, усваја децу.

³ С обзиром да се усвојењем установљава очева власт над страним лицем (над туђим дететом) - могло се усвојити лице које није под очевом влашћу (*persona sui iuris*, што се звало - *adrogatio*), као и лице које је под влашћу неког оца (*persona alieni iuris*, што

(*legitimitio*).³ Деца рођена у легитимном браку пратила су судбину оца,⁴ док су ванбрачна деца пратила судбину мајке.⁵

У најстарије римско доба за заснивање очинске власти (*patria potestas*) над тек рођеним дететом захтевала су се два услова: први, да је дете рођено од жене која се налазила у браку са *pater familias*-ом или са неким од мушких чланова његовог *domus*-а,⁶ и друго, захтевало се да *pater familias* дете прихвати за члана своје агнатске породице (*tollere liberum*).

се звало – *adoptio*). Колики је значај придаван усвојењу јасно је из праксе да је о томе консултована шира друштвена заједница (скупштина): усвојење је дозвољавано само ономе ко није имао брачних потомака и ко их с обзиром на године старости вероватно више није могао ни имати. Жене нису могле да усвајају децу све до Јустинијана; од тада су и жене, уз одобрење цара могле да се нађу у улози усвојиоца како би се утешиле због изгубљене (умрле) деце (*Iust. Inst. 1, 11, 10: Feminae quoque adoptare non possunt... sed ex indulgentia principis ad solutum liberorum amissionem adoptare possunt*). Накнадно установљење очинске власти вршило се и путем *позакоњења*, при чему су положај законите деце добијала не туђа деца, него деца која су рођена од датих родитеља или ванбрачно (уколико их је родила конкубина патерфамилиаса). Позакоњење је могло да се установи: а) склапањем брака после рођења детета (*subsequens matrimonium*), ако је у време зачећа детета био могућ брак између конкубине и природног оца, ако је постојао уговор о позакоњењу и ако је дете, уколико је било одрасло, дало пристанак (*Nov. 74*); б) признавањем деце од стране оба родитеља, која су рођена ванбрачно (*liberi naturales*); в) путем добијања одговарајућег императорског рескрипта (*rescriptum principis*) – тј. "по милости принцепса", када је накнадни брак између родитеља био немогућ због смрти конкубине, због њене недостојности или због "завета чистоће конкубине" (*Nov. 74*); г) путем учлањења сина у курију (*oblatio curiae*), а кћерке, путем удаје за члана курије, уколико природни отац није имао законите деце која би га наследила у куријалним дужностима.

⁴ Dig. 50, 16, 196 : "...quia qui nascuntur, patris familiam sequuntur".

⁵ Положај ванбрачне деце (*liberi naturalis*) у римском друштву био специфичан; она су се рађала као лица *sui iuris*. Дуго времена су ванбрачна деца била препуштена сама себи јер није постојала дужност издржавања ванбрачне деце. Крајем класичног и у посткласичном праву ванбрачна деца су добила право издржавања од мајке и мајчиних сродника; деца рођена у конкубинату нису могла бити призната (легитимисана) од стране "природног оца". Онда када је заживела установа "утврђивања очинства", ванбрачна деца су добијала издржавање из имовине природног оца, али су могла и наследити имовину оца уколико он није имао своје брачне деце. У спору поводом утврђивања очинства, доношена је пресуда која је гласила: "*in ea causa est, ut agnosci debeat*" ("у случају спора...обавеза је на родбини") - *Ulpiani Libro 34 ad edictum: Dig. 25, 3, 1, 16*.

⁶ Природно очинство се претпостављало јер се полазило од тога да је "отац онај на кога брак указује" (*pater is est, quem nuptiae demonstrant*). Тако се сматрало да се та претпоставка односи на децу која су рођена шест месеци након закључења брака и на децу рођену најкасније са завршетком десетог месеца после престанка брака. Ако је брак престао разводом, да би дете добило положај брачног детета, жена је била обавезна да најдаље месец дана после развода обавести мужа да очекује дете. Наведено према: Пухан И. Римско право, Београд, 1977, стр. 173.

Ритуал примања у свој дом, био је врло сликовит: тек рођено дете је стављано пред ноге оца породице, а он је требао да се сагне и подигне га са земље. Дете које није било рођено од жене у браку, као и дете које није патер фамилиас желео да прихвати за члана домус-а, могло је бити изложено (одбачено) и тако осуђено на пропаст. Тако велика власт фамилиаса над животом и смрћу тек рођене деце била је ублажена краљевским законима и Законом 12 таблица.⁷ Од тада су под власт шефа породице улазила сва мушка деца и прворођена ћерка.⁸ Остале ћерке и лица рођена са великим дефектима и надаље су могла бити одбачена.⁹ У класичном периоду право одбацивања или излагања деце било је само изузетно допуштено и то за *portenta, monstria prodigia*.¹⁰ У класичном праву отац који ипак изложи дете или га убије (осим ако се не ради о кћерки коју је затекао у прељуби) био је строго кажњаван.¹¹

Поменуто "право излагања" детета (*ius exponendi*), по схватању неких романиста, разликовало се од једног другог излагања деце – због сиромаштва и беде родитеља (*propter nimiam paupertatem egestatemque*)¹²; циљ таквог излагања детета (које срећемо увек када је друштво у кризи) био је да оно буде нађено, да преживи и да заврши у некој другој породици.¹³ У посткласичном праву се и такво излагање деце кажњавало,¹⁴ да би 365. године н.е., једном Валентијановом конституцијом потпуно било укинута *ius vitae ac necisque*.¹⁵ Иако је у току посткласичног периода "излагање деце" строго забрањено, практиковала се "продаја слободних лица због сиромаштва; они у време робовласништва постају робови, да би у средњем веку постали кметови".¹⁶

И онда када је у најстаријем периоду римске историје, важило правило да је очева потпуна власт над сином доживотна (што се приписује Ромулу), он ту своју власт није смео да злоупотребљава. Забрана

⁷ Tab. IV, 2.: *Sipaterfiliumtervenumduuit, filiusapatreliberesto.*

⁸ Dionisius, нав. дело, II, 15, 2. 11.

⁹ Tab. IV, 1.: Cicero (de leg. 3, 8, 19) :*cito necatus tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitater puer* – "наказно дете треба брзо (одмах) убити.

¹⁰ Dionisius, нав. дело, II, 15, 2: *Necessitatem imposuit Romulus civibus, omnem virile prolem educare et filias primogentias, necare vero nullum fetum triennio minorem, nisi natum mutilum aut monstrum statim post partum: hos a parentibus exponi non prohibuit dummodo eos prius ostenderent quinque vicinis proximis.*

¹¹ С. 9, 17.

¹² С. 4, 43.

¹³ Опширније: Сич М.: *Излагање и продаја деце у римској империји*, Правни живот, бр. 9/2001. стр. 576.

¹⁴ С. 9, 17.

¹⁵ С.Ј. 9, 15, 1.

¹⁶ Сич М., нав. дело, стр. 583.

шканирања важила је и у овом сегменту друштва. Власт према деци, отац породице је морао да врши сходно високом степену обичајне свести и религијском веровању; то време је у знаку страха од гнева богова. У супротном могао је бити проглашен за непожељну особу (*saceresto*), пред надлежном скупштином, и у крајњем случају је могао бити искључени из заједнице (сацеритет) и као таквог могао га је било ко убити "као посвећеног боговима".¹⁷ Дионисије нас још упознаје са праксом да отац породице, у том најстаријем периоду римске историје, није могао да убије своје здраво дете до навршене треће године, уколико најпре не добије сагласност чланова "породичног савета" (*consilium propinquorum*).¹⁸ И касније у периоду републике, иако нема више страха од "божје казне", нити породичног савета, ту је страх од цензора који је могао уз име неодговорног оца да упише тзв. цензорску белешку (*nota censoria*) која је повлачила за собом епитет нечасне односно, инфамне особе, што је имало своје последице. О томе колико је коначно, очинска власт коригована, јасно сведочи Марцијанова реченица да "очинска власт треба да се састоји од пажње (бриге), а не од окрутности".¹⁹

2. Судбина "права излагања и продаје деце" детета у савременом праву

Након средњег века где такође срећемо продају новорођенади и мале деце на Истоку, и продаје деце и одраслих као и самопродају одраслих на Западу²⁰, и савремена друштво се суочило са појавом продаје и самопродаје људи. У покушају да се стане на пут тој нечовечној појави, доносе се многобројне декларације и грађански законици. Полазна основа за сва права човека као људског бића је свакако Француска *Декларација о праву човека и грађанина* донета августа 1789 године. Ту се децидно прописује, између осталог, "да су људи слободни и да остају слободни са једнаким правима". Када се схватило да су и деца људска бића која имају своја властита права, и да су будућност сваког друштва које тежи опстанку и напретку, Лига народа је 1924. године направила први корак у заштити детета и донела је *Декларацију о правима детета*. Од тада па до данас међународна заједница је константно доносила бројне декларације, споразуме и конвенције којима су регулисана људска права. Тако *Општа*

¹⁷ Дионисије, *Римске старине*: 2, 10: "...quod si quis eiusmodi facinoris convictus esset, proditiōnis lege, quam Romulus sanxerat obnoxius fuit, condemnatumque interficere, ut Diti sacrum, cui libet licebat".

¹⁸ Dionisius, нав. дело, II, 26, 27.

¹⁹ Dig. 48, 9, 5.

²⁰ Сич М., нав. дело, стр. 582.

декларација о људским правима (1948.) полази од тога да је "људско право нешто чега нико и нигде не може бити лишен, а да тиме правда не буде тешко окрњена".²¹ Почиње с најважнијим правом – право на живот и слободу. Уследило је доношење *Универзалне декларације о правима човека*, где је у чл. 1. децидно речено да се "сва људска бића рађају слободна и једнака у достојанству и правима. Они су обдарени разумом и свешћу и треба једни према другима да поступају у духу братства".²² Даље у чл. 4 стоји да су "ропство и трговина робљем забрањени у свим облицима" и да "свако има право на стандард живота који обезбеђује здравље и благостање..., а да мајке и деца имају право на нарочито старање и помоћ... Сва деца, рођена у браку или ван њега, уживају једнаку социјалну заштиту". Начело заштите људских права је проглашено за универзални принцип савког друштва које жели да буде демократско. У том смислу је 1953 године ступила на снагу *Конвенција о заштити људских права и основних слобода* којом се штите како права грађана, тако и права странаца, лица без држављанства, лица без пословне способности, као што су деца и особе са тешким оштећењима. *Конвенција о правима детета* (1989) наводи да деца без икакве дискриминације, на сваком месту имају право на: преживљавање и пуни развој, заштиту од експлоатације, да буду равноправни члан породице; ... све мере које се предузимају у области дечје заштите, морају бити предузете у интересу детета... У реалном животу, међутим, наведене одредбе су често мртво слово на папиру. У многим земљама, па и овој нашој, где је долазило до ратних сукоба, конфликта и разних облика насиља у породици – најпре страдају деца. Деца немају пословнију способност и о њима се старају родитељи. Ако изостане њихова брига онда на сцену ступа држава која кроз различите облике заштите, преузима бригу о деци.

Законски облици заштите детета без родитељског старања реализује се кроз институте старатељства, усвојења, хранитељства. Све битне одлике о наведеним облицима заштите детета без родитељског старања, доноси Центар за социјални рад, који се уобичајено назива "орган старатељства". Центар по прописаној процедури одлучује о стављању под старатељство, о усвојењу и хранитељству и престанку истих. О неким животним проблемима који прате институт старатељства над децом без родитељског старања на овим просторима, писано је у

²¹ Васиљевић В., *Права човека* (Зборник докумената о правима човека), Београд, 1991, стр.33.

²² Универзална декларација о правима човека је усвојена и прокламована резолуцијом Генералне скупштине УН 217 А (III) од 10 децембра 1948.

једном од радова,²³ тако да ће се овај рад укратко осврнути само на институт усвојења деце са инвалидитетом, посебно на неке од психолошких аспеката усвојења деце са инвалидитетом без родитељског старања.

2. 1. Усвојење деце са инвалидитетом без родитељског старања

Неспорно је да је институт усвојења у социолошком смислу прастара установа. Током векова, институт усвојења је претрпео промене у погледу правне природе, облика, услова, дејства и начина настанка и престанка. Посебно је важно истаћи да је током векова дошло до еволуирања циља усвојења – од римског - продужење породице,²⁴ до савременог – збрињавање и заштита малолетног детета. Усвојење више није уговор приватног права (како је предвиђао Закон о браку и породичним односима), већ је облик заштите детета без родитељског старања о коме одлучује надлежни орган старатељства – решењем, како је прописано важећим Породичним законом.²⁵

Обичај који познају сва примитивна друштва, где се породице поносе здравом децом (посебно ако је мушког пола) док се на децу са неком врстом инвалидитета (психичким или физичким) гледа као на неку врсту срамоте, проклетства – надживео је векове. И данас се свакодневно бележе случајеви да се деца рођена са неким обликом инвалидитета (који је видљив при самом чину рођења) напуштају одмах по рођењу; чак се често и не пријављују да су рођена. Судбина такве деце је очигледно иста као и деце у Риму које патер фамилиас није хтео да прихвати, па су излагана на форуму и могао је да их узме ко је хтео.

Судбина деце чији инвалидитет није видљив при самом рођењу, већ се испољи накнадно, након неколико месеци по рођењу, је такође неизвесна. Уколико родитељи не желе или не могу да се старају о таквом детету, онда бригу о њима преузима надлежни државни орган који их смешта у одговарајуће институције.

²³ О неким проблемима у вези са старатељством над децом без родитељског старања опширније: Деретић Н. "Реформа установе старатељства у Републици Србији", Зборник радова са међународне научне конференције са темом "Изградња модерног правног система", Сарајево, Бурч универзитет, 2014, стр. 138.

²⁴ У Риму се изумирање породице сматрало несрећом, па се усвојењем решавала судбина једне породице као дела производних снага генса. Када је генс почео да слаби јер су поједине породице почеле изумирати, усвојењем се обнављала породица онога који није имао потомака, а због година старости било је вероватно да их више неће ни имати.

²⁵ „Сл. гласник РС“, бр.72/2011, чл. 88.

Једна од новина у српском законодавству односи се на могућност само потпуног усвојења као и то да се не може усвојити дете пре навршена три месеца живота. Тиме се спречава, односно, умањује могућност злоупотребе. У Србији се још не стишава бура око наводних "отмица беба" из породилишта. И поред тога што је 2006. формиран Анкетни одбор Народне скупштине Републике Србије није се скоро ништа расветлило. Родитељи који сумњају да су им бебе отете, па продате, траже да се у Скупштини донесе закон којим ће се такве појаве квалификовати као кривична дела која не застаревају.

Новину представља и могућност усвајања и од стране ванбрачних партнера, као и могућност да усвојилац буде и страни држављанин. Околност да страни држављани усвајају нашу децу са инвалидитетом говори о менталитету наших људи. Непросвећено друштво због дубоких трагова примитивне свести још увек на болест и даље гледа као на срамоту. Битно је да се болест дешава неком другом.

2. 2. Психолошки аспекти усвајања деце са инвалидитетом

Занимљива је историјска компонента усвојења деце са инвалидитетом, након робовласничке епохе. Познато је да се у периоду средњег века на дете се гледало као на „малог човека“ што се види и по сликама из датог периода где се често деца сликају као умањени одрасли људи. Однос према деци је био изузетно груб и лишен емоционалности. Могући разлог таквог односа лежи у високом морталитету деце у то време. Половином XVIII века у Лондону само 25% деце би доживело узраст од пет година.²⁶ Тек је просветитељство скренуло пажњу на потребу развоја деце и постепеног формирања у одраслу особу. Пут развоја детета у одраслог човека је био тежак и када су здрава деца у питању, али је посебно био "посут трњем" када су у питању деца са неким обликом инвалидитета. И тада и данас.

Данашња истраживања указују не само на важност родитељског односа према деци већ и на активну улогу беба у развоју. Тиме се наглашава интерактивни карактер односа родитељ – беба. Утврђено је да бебе могу утицати на интензитет и темпо интеракције преусмеравањем

²⁶ Maccoby, E. E., *Social Development: Psychological Growth and Parent-Child Relationship*. New York, 1980, Harcourt Brace Jovanovich.

погледа.²⁷ Дакле, бебе на активан начин теже укључивању у комуникацију и обликовању комуникације.

Поред интерактивности важан је квалитет контатка између родитеља и деце. Од половине прошлог века све више се говори о значају интимног, топлог и трајног односа мајке и бебе за нормалан психички развој, што је Џон Болби означио термином приврженост²⁸, али се код нас чешће употребљава термин „афективна везаност“. Истраживања инспирисана Болбијевом теоријом довела су до промене у разумевању односа мајка – беба и значајно утицала на законске одредбе којима се регулише породилско одсуство. Дужином породилског одсуства омогућава се мајкама да током раног развоја допринесу расту и развоју детета кључним елементима бриге у које, поред осталог, улазе карактеристике привржености (интима, топлина, трајност).

Утврђено је да постоје сигурни и несигурни стилови афективног везивања²⁹ и да од дечјег темперамента и родитељског стила овиси који ће се стил везивања развити.³⁰ Дакле, оба члана у интеракцији су значајна за развој одређеног стила афективног везивања. Родитељски квалитети су посебно значајни код деце са склоношћу несигурним стиловима везивања.³¹ Деца са несигурним стиловима везивања показују јаче емотивне реакције на одвајање од родитеља и с њима се теже успоставља контакт након поновног појављивања родитеља. У ситуацији поновног сусрета са родитељима деца несигурног стила имају тенденцију да се повлаче у себе и избегавају контакт са родитељима или да љутито протестују што су били остављени. У оба случаја родитељи имају проблем да са децом успоставе нормалну комуникацију.

Кад посматрамо колико су значајни разни елементи и аспекти односа родитељ дете онда можемо замислити са каквим се тешкоћама сусрећу усвојитељи и усвојеници када треба да успоставе основну комуникацију као гарант за успешно одвијање процеса социјализације

²⁷ Trevarthen, C. The primary motives for cooperative understanding. U B. Butterworth & P. Light, Eds. *Social cognition. Studies of the development of understanding*. Chicago, 1982, University of Chicago Press.

²⁸ Bowlby, J. *Maternal Care and Mental Health*. Geneva, 1951, World health Organization.

²⁹ Ainsworth, M.D.S., Blehar, M.C., Waters, E. & Wall, S. *Patterns of attachment: A psychological study of the strange situation*. Hillsdale, 1978, NJ: Erlbaum.

³⁰ Calkins, S. D. & Fox, N. A. (1992). The relations among infant temperament, security of attachment, and behavioral inhibition at twenty-four months. *Child Development*, 63, 1456-1472.

³¹ Kagan, J. Biology and the child. In W. Damon & N. Eisenbert, Eds, *Handbook of child development, Vol. 3: Emotional and peronality development (177-236)*. New York, 1998, Willey.

детета. Стога је значај родитељских квалитета усвојиоца далеко већи него у природним породицама. Службе које процељују родитељске квалитета усвојиоца треба да воде рачуна о томе како се развија интеракција између усвојитеља и усвојеника. Пожељно је да усвојитељи немају одбацујући афективни стил који је пристуан код ауторитарног и запостављајућег родитељског стила.³² Пожељан је прихватајући афективни стил присутан код ауторитативног и попустљивог родитељског стила. Разлика између ауторитативног и попустљивог родитељског стила је у степену изражености родитељске контроле. За ауторитативни стил је карактеристично да родитељи наглашавају стандарде у понашању и поштују дечја права и дечју индивидуалност, док попустљиви родитељски стил карактерише мање доследно спровођење стандарда понашања.³³

Поред тога, усвојиоци деце са инвалидитетом би требали да имају посебно развијен осећај за бригу и негу с обзиром на специфичности подизања деце са инвалидитетом. За очекивати је да се прихвате родитељства над децом са инвалидитетом особе које имају алтруистичко самопоимање и потребу да помогну слабијима од себе у складу са нормом социјалне одговорности.

Узимајући у обзир да се комуникација најбоље развија између родитеља и деце, посебан проблем представљају породице које имају децу са инвалидитетом али немају довољно средстава за обезбеђивање адекватне бриге и неге таквог детета. Психолошка истраживања подржавају она правна решења која помажу да деца остану са својим природним родитељима, уколико је реч о особама које нису психолошки упадљиве. Одузимање деце са инвалидитетом сиромашним родитељима доприноси трауматичности ситуације услед насилног одвајања које значи прекид топле, интимне и трајне комуникације карактеристичне за афективно везивање. Навикавање на усвојиоце ће бити отежано због природе раздвајања.

С обзиром на мали проценат усвајања деце са инвалидитетом у Србији треба се осврнути и на налазе пројеката који су за циљ имали усвајање деце са инвалидитетом. Показало се да је медијска кампања веома значајан фактор у ширењу информације да постоје деца са инвалидитетом која чекају на усвајање.³⁴ Такође постоји недостатак у

³² Maccoby, E. E. & Martin, J. A. Socialization in the context of the family: Parent-child interaction. In P. Mussen & M. Hetherington, *Handbook of child development, Vol. 4: Socialization, personality and social development* (1-101). New York, 1983, Willey.

³³ Baumrind, D. (1971). Current patterns of parental authority. *Developmental Psychology Monograph*, 4 (1, Pt.2).

³⁴ Wimmer, J. S. & Richardson, S. (1990). Adoption of Children with Developmental Disabilities. *Child Welfare*, 69(6), 563-569.

услугама које се нуде при усвајању деце са инвалидитетом јер оне не представљају приоритет међу услугама центара за социјални рад. Међу услуге спада помоћ стручних лица у образовању потенцијалих усвојитељских породица о подизању деце са инвалидитетом, у помоћи која се пружа при уклапању породице и детета, као и саветодавној помоћи након што је дете усвојено. Додатну тешкоћу представљају врло мала средства која се издвајају као помоћ породицама са децом са инвалидитетом тако да се особе које прихватају децу са инвалидитетом радије одлучују да буду хранитељи а не усвојитељи. Специфичну тешкоћу представљају социјални радници који мисле да не постоје људи који би прихватили да се брину о деци са инвалидитетом па такву децу посматрају као ону која се не могу усвојити, те не предузимају никакве мере на упознавању јавности са постојањем потребе за усвајањем деце са инвалидитетом.

ЗАКЉУЧАК

С обзиром да је инвалидност сложен друштвени феномен који практично задире у све области савременог живота - друштво које тежи да буде уређено и цивилизовано треба да уложи велики напор како би зло оличено у занемаривању и продаји деце уопште, а посебно деце са инвалидитетом, било онемогућено.

Због чињенице да су инвалидна деца не само запостављена већ су и готово невидљива, УНИЦЕФ свакодневно упозорава да су потребне корените промене у односу друштва према инвалидној деци, или ће њихова права и даље бити запостављена, а они изложени дискриминацији, насиљу, злоупотреби и искључивању из заједнице.

И ако у чл. 1. Породичног закона Републике Србије³⁵ пише да се "овим законом уређује: брак, односи родитеља и деце, усвојење, хранитељство, старатељство...", често се у стварном животу питамо да ли ова правила на адекватан начин штите угрожене: малолетну децу (како здраву тако и ону са неким обликом инвалидитета) и пословно неспособне особе. Посебно што смо сведоци тужних судбина да родитељи не својом кривицом, јер су остели без основних средстава за живот, не могу да се брину о својој деци, ни здравој ни болесној. Држава олако прибегава решењу да децу са неким обликом инвалидитета одузима од родитеља и даје их или на усвојење или у хранитељску породицу. Узалудни су вапаји родитеља такве деце, да им се изједначи положај са хранитељским породицама: да им се дају већа финансијска средства и да им држава

³⁵ Сл. Гласник РС бр.72/11.

уплаћује радни стаж јер они не могу да раде и да брину о болесном детету, истовремено. Опоро звуче речи једног надобудног државног службеника који је такав захтев родитеља инвалидне деце прокоментарисао речима: "Не може држава вама да плаћа да будете родитељи". При томе је превидео чињеницу да су они родитељи болесног детета коме треба највише родитељска брига. А уз то и мало више слуха од стране државне администрације, која нажалост заборавља да она "треба да служи интересина грађана".

Неспорно је да су деца са инвалидитетом најмаргинализованија и најискљученија група, често нерегистрована на рођењу, суочена са злостављањем, дискриминацијом па чак и убијањем (као мали албини у Танзанији). Таква деца су често злостављана не само у породици већ и у институцијама за смештај и рехабилитацију особа са инвалидитетом. Они су често жртве различитих облика насиља: не само физичког насиља, већ и насиља које се огледа у принудној изолацији инвалидног детета, које се крије од осталог света; чести су случајеви да су таква деца и жртве саксуалног насиља.

Nataša Deretić, Ph.D.

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Novi Sad

Lepa Babić, Ph.D.

Associate Professor

Faculty for Business, University Singidunum

IS THE RIGHT TO EXPOSE AND SELL THE CHILDREN (IUS EXPONENDI) TIMELESS CATEGORY

Summary

Given that the principle of protection of human rights is proclaimed a universal principle, it also applies to disabled children without parental care. In accordance with the institution of child custody, the state should provide adopters who will adequately take care of children with disabilities. Adoptive parents of children with disabilities should have a particularly developed sense of care, an accepting affective style and altruistic self. A specific problem in our environment is the low turnout of people willing to adopt children with disabilities, as well as corruption in the institutions of child custody. Therefore, the question arises whether the right of exposure and sale of children is a category that has not disappeared to this day despite the development of democracy.

Dr Samir Aličić

**Docent Pravnog departmana Državnog Univerziteta u Novom Pazaru i
Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu**

Mr Tina Miletić

Asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

IZIGRAVANJE ODREDBI O OGRANIČAVANJU NASLJEDNOG PRAVA ŽENA PUTEM LEGATA I FIDEIKOMISA U RIMSKOM PRAVU

Apstrakt: *U rimskom pravnom sustavu, napose u oblasti nasljeđivanja, jasno su bile vidljive razlike između muškaraca i žena. To je išlo čak dotle da su određenim zakonima žene praktički bile onemogućene da nasljeđuju i stječu imanja svojih predaka. Razlozi se mogu tražiti najprije u javnom i političkom životu Rima u kojem su glavnu riječ imali muškarci, a za bilo kakvu ulogu i napredovanje bili su potrebni resursi. Resursi koje se zato moralo spriječiti da dođu u ruke žena i izgube svoju primarnu svrhu. Međutim, još od najranijih vremena Rimljanima je bio poznat institut pravne praznine, odnosno legalnog načina zaobilaženja propisa. Tako su nalazili različite načine na koje su uspijevali ženskim nasljednicama ostaviti svoju imovinu, a najpoznatiji i najjednostavniji načini su bili putem legata i fideikomisa.*

Ključne riječi: *rimsko pravo, nasljedno pravo, lex Voconia, legati, fideikomisi*

UVOD

Rimsko nasljedno pravo svoj je razvoj započelo u najranijim razdobljima pravne povijesti i uvijek je bilo blisko povezano s institucijom obitelji. Još je Zakonik XII ploča poznao zakonsko i oporučno nasljeđivanje. Pravila zakonskog nasljeđivanja određivala su kome će se i na koji način ostavina raspodijeliti ako ostavitelj nije naznačio svoje želje oko prijenosa svoje imovine nakon smrti. S evolucijom rimskog društva oporučno nasljeđivanje je dobivalo sve veću važnost. To je dovelo do potrebe donošenja propisa koji su regulirali tko je mogao sastaviti oporuku ili na drugi način raspolagati svojom imovinom poslije smrti, tko je mogao biti nasljednikom, koja su bila ograničenja u nasljeđivanju, ali s druge strane i do iznalaženja iznimno zanimljivih i nadasve kreativnih načina zaobilaženja istih. Upravo jedan mali segment te interesantne, ali nedovoljno istražene materije, tema je ovog rada.

Kada govorimo o ograničavanju nasljeđivanja, bilo u vidu veličine nasljednog dijela ili pak osoba koje su mogle nasljeđivati, moramo spomenuti dva zakona od krucijalne važnosti: *lex Voconia* (169. p.n.e.) i *lex Falcidia* (40. p.n.e.). *Lex Voconia* je sadržavao nekoliko odredbi vezanih za nasljedno pravo. Tako se nije dopuštalo ženama da budu nasljednice ako je imovina premašivala određeni iznos¹; kao zakonske nasljednice među agnatskim srođnicima priznavalo se samo sestre preminulog; ni muški ni ženski legatar nije mogao primiti više nego nasljednik.

I

Svrha zakona poput *lex Voconia*, ranijeg *lex Furia testamentaria*² ili kasnijeg *lex Falcidia*³, koji su ograničavali iznos legata, bila je da što veći iznos nasljedstva ostane nasljednicima te da se odbijanje nasljedstva svede na najmanju mjeru.⁴ S druge strane, *lex Voconia* sprječavao je da ženske osobe

¹ U literaturi se često koristi iznos od 100,000 sestercija – *centum millia aeris* (tako primjerice Smith, William Sir; Anthon, Charles: *A Dictionary of Greek and Roman antiquities*, Harper & brothers, New York, 1878, str. 442 i Giraud, M: *Du vrai caractère de la Loi Voconia chez les Romains*, Firmin Didot frères, Paris, 1841, str. 25. Njihovo tumačenje temelji se prvenstveno na Cic. Ver. 1.42. i Gaius, 2.274: "*Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.*"

Drugačije međutim smatra Berger, A. u *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society Philadelphia, 1953, str. 561, gdje navodi kako o točnom iznosu povjesničari još uvijek nisu usuglašeni, ali se najčešće barata s iznosom od 200,000 asa.

Ovo ograničenje se nije odnosilo na Vestalske djevice niti na žene najviših svećenika (tzv. *flaminica Dialis*), a postojale su i mogućnosti zakonitog izbjegavanja istog (v. *infra*).

² *Lex Furia testamentaria*, nastao između 204. i 169. g.p.n.e., bio je jedan od najranijih zakona koji je propisivao maksimalni iznos legata, s iznimkom najbližih srođnika ili supružnika (Berger, *op. cit.*, str. 552).

V. Longo, *Voce Lex Furia testamentaria*, Novissimo Digesto Italiano IX, Torino, 1963, str. 809 i Wesel: *Über den Zusammenhang der lex Furia, Voconia und Falcidia*, ZSS. 81/1964, str. 308 - 316.

³ *Lex Falcidia* zabranjivao je da se legitima iscrpi više od tri četvrtine nasljedstva. U slučaju postojanja više nasljednika svaki od njih je trebao dobiti najmanje jednu četvrtinu od onoga što bi mu pripalo da nije bilo legata.

⁴ Činjenica da Gaj spominje da su nasljednici odbijali prihvati nasljedstva zbog male ili nikakve imovinske koristi ukazuje na to da je i prije *lex Voconia* u pravnoj praksi postojao razlog zbog kojeg su ostavitelji nastojali da što veći dio svoje imovine ostave putem legata (Gaius, 2.224 i 2.225). Razlog je vjerojatno taj što bi imenovanje osoba van obitelji za nasljednike bilo dovoljan razlog za poništenje oporuke putem *querella inofficiosi testamenti*. Tim prije bi to bio slučaj kada bi netko imenovao žensku osobu van obitelji za nasljednicu. Moguće je također da bi se oporuka mogla poništiti i ako bi netko dao veći dio

nasljeđuju velika imanja, odnosno najbogatije Rimljane.⁵ Postavlja se pitanje o razlozima donošenja ovakvog "antifeminističkog" zakona, a svako objašnjenje polazi od sačuvanih fragmenata Katonovog⁶ govora⁷ koji se ističe kao jedan od glavnih dokaza ozlojađenosti muškaraca naspram mogućnosti da žene bude nasljednice najbogatijih građana Rima i općenito protiv bogatijih žena.⁸ Zanimljiv je i Ciceronov komentar⁹ kada kaže:

nasljedstva ženskoj djeci ili supruzi putem oporuke. Sve u svemu, može se ustvrditi da je i prije *lex Voconia* bilo nastojanja da se kroz praksu ograniči mogućnost da žena bude imenovana za nasljednika. No, ostavitelj je svakako mogao imenovati sinove za nasljednike, a veći dio imovine razdijeliti putem legata. Morao je ipak pri tome biti oprezan, da ne bi došao u situaciju da dio koji bi pripao imenovanom nasljedniku bude toliko malen, da ovaj uopće nema interesa da prihvati nasljedstvo, za što Gaj tvrdi da se događalo, i što je bio razlog donošenja *lex Furia testamentaria* oko 200. god. p.n.e, kojim je zabranjeno da se legatarima, izuzev određenih srodnika, ostavi legat u iznosu većem od 1000 asa. Zakon je bio *lex minus quam perfecta*, što je značilo da on nije poništavao oporuku, već je propisivao kaznu *in quadruplum* protiv legatara koji bi prihvatio više od određenog iznosa. Zakon se međutim, kako kaže Gaj, lako mogao izigrati putem dijeljenja na veći broj manjih legata, ostavljenih istoj osobi.

⁵ Detaljnije o razlozima uvođenja *lex Voconia* v. u Guarino, A: *Lex Voconia*, Labeo (28), 1982, str. 188 – 191. i Vangerow, Karl Adolph von: *Ueber die lex Voconia ...*, Heidelberg, 1863; Buigues Oliver, Gabriel: *La posición jurídica de la mujer en Roma. Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer*, Librería Editorial Dykinson, 2014, str. 95 – 97, Vigneron, R: *L'antiféministe loi Voconia et les 'Schleichwege des Lebens'*, Labeo (29), 1983, str. 140 - 153; J.A.J.M. van der Meer: *The Lex Voconia. Made for Men. Mulier heres institui non potest*, Eijsden, 1996.

⁶ Za više informacija o životu i djelu Katona v. Astin: *Cato the Censor*, Oxford University Press, 1978. i Bauman: *Lawyers in Roman Republican Politics: A Study of the Roman Jurists in Their Political Setting, 316-82 BC*, C.H. Beck, 1983.

⁷ *M. Cato Voconiam legem suadens verbis hisce usus est: Principio vobis mulier magnam dotem adtulit; tum magnam pecuniam recipit, quam in viri potestatem non committit, eam pecuniam viro mutuum dat; postea, ubi irata facta est, servum recepticium sectari atque flagitare virum iubet.*

Marko Katon kada preporuča Vokonijev zakon kaže: Na početku bi žena donosila veliki miraz, onda drži u rezervi velik iznos novca, koji ne povjerava svom mužu, nego pozajmljuje svome mužu. Kasnije, kada se naljuti na njega, naređuje "*servus recepticius*" ili svom osobnom robu da vrši pritisak i zahtijeva novac.

⁸ Zanimljivo je objašnjenje i Hallet, Judith: *Fathers and Daughters in Roman Society: Women and the Elite Family*, Princeton University Press, 2014, koja smatra da su bogate nasljednice smatrane prijjetnjom rimskoj patrijahalnoj socijalnoj strukturi.

S druge strane, opet ističe kako su pojedini Rimljani iznalazili načine da svojim kćerima ostave imanja i iznad propisanog iznosa pa daje primjer P. Anniusa Asellusa 75.g. p.n.e. koji je za sobom ostavio kćer jedinicu i želeći joj ostaviti cijelo svoje imanje, naprosto se nije registrirao u imovinski cenzus kojem je pripadao te je na taj način zaobišao *lex Voconia*.

⁹ Cicero *De Re Publica* 3.10.17

"(*voconia lex*) *quidem ipsa lex utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena est iniuriae. Cur enim pecuniam non habeat mulier? Cur virgini Vestali sit heres, non sit matri suae?*", odnosno da je Vokonijev zakon u interesu muškaraca, a pun nepravdi prema ženama. Interes o kojem Ciceron govori odnosi se prvenstveno na utjecaj bogatstva na socijalni i politički status pojedinca u rimskom društvu, posebice u razdoblju donošenja Zakona. Naime, bogatstvo koje se nalazi u rukama žena onemogućeno je u cirkuliranju, u jednakoj mjeri u kojoj je ženama onemogućen pristup važnim državnim funkcijama i pozicijama i kao takvo nema svoju primarnu svrhu. Tumačenje svrhe Zakona na način da se željelo osigurati ostanak najbogatijih Rimljana na vrhu javnog i političkog života, a ne samo iskazati neprijateljstvo prema ženama i "antifeminizam" *per se*, vjerodostojnije je objašnjenje.¹⁰ Tomu u prilog govori i to što je iznos koji se spominje u Zakonu vjerojatno u to vrijeme predstavljao donju granicu imovine koja se po cenzusu zahtijevala za upis u klasu ekvestara. Naime, ovim je praktički onemogućeno imenovanje žena nasljednicima ovog staleža.

Bitno je naglasiti činjenicu kako se *lex Voconia* odnosio isključivo na oporučno nasljeđivanje, tako da je intestatnim nasljeđivanjem¹¹ još uvijek bilo moguće da ženski nasljednik dobije imovinu neograničene vrijednosti.¹²

Gaius, 2.124:

" *Ceteras uero liberorum personas si praeterierit testator, ualet testamentum: sed praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem ad crescunt, si sui heredes sint, in uirilem, si extranei, in dimidiam: id est, si quis tres uerbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia ad crescendo pro quarta parte fit heres et ea ratione id consequitur, quod ab intestato patre mortuo habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia ad crescendo ex dimidia parte fit heres. Quae de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus ceteris liberorum personis seu masculini seu fe minini sexus dicta intellegemus.*"¹³

¹⁰ Tako i Gardner, Jane F: *Women in Roman Law and Society*, Routledge, London, 1990, str. 170-175.

¹¹ *Gaius*, 3.1; 3.2.

¹² Valja, međutim, naglasiti činjenicu da su rimski građani imali običaj sastavljanja oporuke, odnosno znatno su rjeđi bili slučajevi zakonskog nasljeđivanja. Tako i Romac u Romac, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Zagreb, 1998, str. 418, naglašava kako je intestatno nasljeđivanje supsidijarni oblik prijenosa imovine, ali i napominje kako se u tom segmentu nasljednog prava bolje odražavaju stanje i prilike u društvu negoli je to moguće vidjeti iz oporuke.

¹³ Ako bi ostavitelj ispustio neke osobe, oporuka se ne poništava, već izostavljene osobe dolaze u raspodjelu imovine zajedno s nasljednicima imenovanima u oporuci, uzimajući odgovarajući dio ako su potonji nasljednici slobodne osobe, a polovinu ako su stranci (osobe van obitelji). Tako ako čovjek ima tri sina i imenuje ih svojim nasljednicima, ne

Gaj međutim ističe još jedan važan aspekt Vokonijeveg zakona, a to je da u slučaju postojanja više legata, dio koji bi na kraju pripao nasljedniku ili nasljednicima može biti jako malen, pa i potpuno neznatne vrijednosti.¹⁴ Naime, *lex Voconia* je određivao kako legatar ne može dobiti više od nasljednika, drugim riječima nasljednikov dio nije smio biti manji od najvećeg legata. _No Gaj primjećuje i ukazuje na pravnu prazninu Zakona¹⁵ koja će lako kasnije poslužiti za izigravanje cjelokupnih odredbi o nasljednopravnom položaju žena, odnosno o ograničavanju njihovih nasljednih prava.

Tek je Falcidijevim zakonom (*lex Falcidia*) propisana jedna uspješna mjera, koja se održala i u kasnijem pravu, protiv izigravanja odredbi Vokonijeveg zakona putem legata: zabranjeno je da se legatima raspolaže s više od tri četvrtine ostavine.¹⁶ Ako legirani dio prelazi tri četvrtine vrijednosti nasljedstva, onda se on *ipso iure*, čak i bez zahtjeva oštećenog nasljednika, smanjuje do propisanog iznosa.

II

Osim putem brojnih legata, postojao je još jedan način legalnog zaobilaženja Vokonijskog zakona – putem fideikomisa.¹⁷ Fideikomisi, u svojim

govoreći ništa o svojoj kćeri, kćer se uzima kao sunasljednik i uzima četvrti dio imovine, s pravom na dio koji bi joj bio prenijet na osnovu zakonskog nasljeđivanja; ali kada su ustanovljeni nasljednici stranci, kćer, ako je zaobiđena, dolazi i uzima polovinu. Ono što je rečeno za kćer, odnosi se i na sinovu djecu, mušku i žensku.

¹⁴ Gaius, 2.226: *Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisue causa capere liceret quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere uidebantur; sed tamen fere uitium simile nascebatur; nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat (testator) adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.*

¹⁵ Više od stoljeća nakon donošenja Vokonijeveg zakona, ova će praznina biti ispravljena s Falcidijevim zakonom (*lex Falcidia*) 40. god. p.n.e. po kojem je nasljedniku trebala ostati najmanje jedna četvrtina cjelokupne ostavine, tzv. *quarta Falcidia*.

¹⁶ O *lex Falcidia* v.: Schwarz, F.: *Die Rechtswirkungen der Lex Falcidia*, ZSS (63) 1943, str. 314 - 367; Bonifacio, F.: *Ricerche sulla lex Falcidia de legatis*, Napoli 1948; Schwarz, F.: *War die ‚lex Falcidia‘ eine ‚lex perfecta‘?*, SDHI 17/1951, str. 224 - 247; Bonifacio, F.: *In tema di Lex Falcidia*, IVRA 3/1952, str. 229 - 233; Nicosia, G.: *Legato sub modo e Falcidia (Noterella esegetica)*, IVRA 8/1957, str. 87 - 92; Longo, G.: *Voce ‚Lex Falcidia de legatis‘*, Novissimo Digesto Italiano IX, Torino, 1963, str. 807; Wesel, U: *Über den Zusammenhang der lex Furia, Voconia und Falcidia*, ZSS 81/1964, str. 308 - 316; Mannino, V.: *Cervidio Scevola e l'applicazione della ‚Falcidia‘ ai legati fra loro connessi*, BIDR. 84/1981, str. 125 - 157; Stein, P.: *Lex Falcidia*, Athenaeum 65, 1987, str. 453 - 457.

¹⁷ Gaius, 2.274: *Item mulier quae ab eo qui centum milia aeris census est per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.*

počecima, nisu bili zaštićeni pravnim normama¹⁸ i imali su samo moralni karakter¹⁹. Tu je posebno dolazila do izražaja njihova specifičnost u odnosu na legatate, uzimajući u obzir da oni nisu bili vezani uz oporuku te su mogli biti upućeni fiducijaru i kao zakonskom nasljedniku ili čak samome fideikomisararu. Uvođenjem pravne zaštite za fideikomise, dolazi do postavljanja okvira unutar kojih je ostavitelj mogao postavljati zahtjeve fiducijaru.

Ograničenje se uvodi oko 75. god. n. e. sa *SC Pegasianum*²⁰ koje postavlja pravilo analogno onome iz Falcidijevog zakona, odnosno postavlja četvrtinu ostavine kao minimum koji je morao biti prepušten nasljedniku – tzv. *quarta Pegasiana*.²¹ Institutom fideikomisa tako je ženskoj osobi bilo moguće ostaviti značajan dio nasljedstva.²²

Pružanjem pravne zaštite fideikomisima otvoren je širok prostor za zloupotrebe. Naime, iako se njima u suštini mogao postići isti efekt kao i legatima, oni iz formalnih razloga nisu bili smatrani legatima pa se na njih nisu primjenjivala ograničenja iz Vokonijevog i ostalih zakona. Senat je reagirao na ovaj problem najprije tako što je za konzulata Trebelija Maksima i Aneja Seneke (vjerojatno 56. godine) donesena odluka (*SC Trebellianum*) kojom je

Žena koja ne može naslijediti po Vokonijevom zakonu ostavitelja koji prelazi cenzus od sto tisuća sestercija, može naslijediti dio koji joj je namijenjen putem fideikomisa.

¹⁸ To je vidljivo i iz same etimologije pojma *fideicommissum* koji dolazi od lat. *fides* – povjerenje, vjera i *committere* – prepustiti, dati. Međutim, od doba cara Augusta fideikomisi dobivaju zaštitu u ekstraordinarnom postupku.

¹⁹ Ovdje je zanimljivo navesti jedan (svakako ne izoliran) slučaj koji svjedoči o tome koliko je moralna sankcija u određenim situacijama bila nedovoljna. Q. Fadius Gallus je kao ostavitelj "obvezao" fideikomisom svog nasljednika P. Sextiliusa Rufusa da njegovoj kćeri prosljedi čitavo nasljeđe. Kako u razdoblju republike fideikomisi nisu bili pravno obvezujući (sve do razdoblja principata) Sextilius nije bio obvezan poštivati nalog ostavitelja te je zadržao za sebe čitavu ostavinu. O još slučajeva v. Gardner, Jane F.: *op. cit.*, str. 177 – 190.

²⁰ Gaius, 1.31, 2.254, 2.255, 2.256, 2.257, 2.258, 2.259, 2.286a ; Ulp. 3.4 ; Paul. Sent. 4.3

²¹ Justinijan ukida *SC Pegasianum*, ali osnovnu ideju senatskog mišljenja unosi u *SC Trebellianum* (donijetog 56. god. n.e). Naime, na ovaj način se otklonila opasnost koja je prijetila nasljednicima u slučaju da univerzalni fideikomisar ne podmiri ostaviteljeve dugove, jer bi oni u slučaju odgovarali za njih vlastitom imovinom (s obzirom da su po civilnom pravu bili nasljednici, iako su praktički mogli dobiti samo neznatan dio ostavine). Fideikomisar je sada nasljeđivao i aktivnu i pasivnu ostavitelja. Detaljnije v. Romac: *Rječnik rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1983, str. 308; Beseler, Gerhard Von: *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, izd. 4, Mohr, 1920, str. 46; Baron Moyle, John: *The Institutes of Justinian*, The Lawbook Exchange, Ltd, 2002, str. 96 – 98; Mousourakis, George: *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer Verlag Berlin Heidelberg, 2012, str. 306 – 307.

²² To primjećuju i Smith, William Sir; Anthon, Charles, *op. cit.*, str. 442 – 443.

propisano da se protiv i u korist fideikomisara dopuštaju sve tužbe koje *ius civile* dopušta u korist i protiv nasljednika. Time se fideikomisari prinuđeni da snose dio dugova iz ostavine.²³

U pravnoj praksi, Vokonijev zakon nije bio jedini koji je ograničavao mogućnost žene da oporučno naslijedi imovinu. Također, legati i fideikomisi nisu bili jedini načini izigravanja ovih odredbi. Tako je u Augustovom kaduknom zakonodavstvu ukinuta primjena Vokonijevog zakona za žene koje rode određeni broj djece, ali su s druge strane postavljena nova ograničenja za žene (doduše, i muškarce) koje nisu bile u braku ili nisu imale djece. Osim toga, postojao je niz ograničenja za osobe koje su iz raznih razloga smatrane nečasnim (infamnim). Izgleda da su i ona u većoj mjeri pogađala žene, posebno one koje su se bavile prostitucijom. Uostalom, i *ratio legis* Vokonijevog zakona mogao je vrlo lako biti u tome da se pretpostavljalo da najčešći motiv ostavljanja velikog iznosa ženskoj osobi sa kojom netko nije bio u bliskom agnatskom srodstvu može biti financijsko osiguranje konkubine za slučaj smrti. U praksi su se iznalazili načini da im se ipak ostavi dio nasljeđa putem fiktivnih pravnih poslova. Oni nisu uvijek bili uspješni, kao što pokazuje primjer pokušaja ostavljanja legata konkubini u formi fiktivnog zajma, koji spominje Valerije Maksim, a koji je tumačenjem pravnika Gaja Akvilija proglašen ništavim (8.2.2).²⁴

III

Ranije spomenuta Pegazova senatska odluka bila je dio šireg procesa reformi singularnih sukcesija u oporučnom nasljeđivanju koje je proveo senat sredinom prvog stoljeća. Uz već spomenutu Trebelijanovu senatsku odluku, poznata je i senatska odluka donesena na prijedlog cara Nerona (SC

²³ V. Bartosek, M.: *Il senatoconsulto Trebelliano*, Scritti in onore di Contardo Ferrini 3, Milano, 1948, str. 308 -336.

²⁴ 8.2.2 *Notum suis temporibus iudicium commemoravi, sed ne quod relaturus quidem sum oblitteratum silentio. C. Visellius Varro graui morbo correptus trecenta milia nummum ab Otacilia Laterensis, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut, si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse uoluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. Euasit deinde ex illa tempestate aduersus uota Otaciliae. Quae offensa, quod spem praedae suae morte non maturasset, ex amica obsequenti subito destrictam feneratoricem agere coepit, nummos petendo, quos ut fronte inuerecunda, ita inani stipulatione captauerat. De qua re C. Aquilius uir magnae auctoritatis et scientia iuris ciuilis excellens iudex adductus adhibitis in consilium principibus ciuitatis prudentia et religione sua mulierem reppulit. Quod si eadem formula Varro et damnari et (ab) aduersaria absolui potuisset, eius quoque non dubito quin turpem et inconcessum errorem libenter castigaturus fuerit: nunc priuatae actionis calumniam ipse conpescuit, adulterii crimen publicae quaestioni uindicandum reliquit.*

Neronianum), koja propisuje da se legat ostavljen u neodgovarajućoj formi ima smatrati za legat *per vindicationem* i na taj način konvalidirati.²⁵ Cilj ove reforme je bio da se smanji formalizam legatnih raspolaganja i smanji razlika između legata i fideikomisa.

Originalni tekst *SC Pegasianum* nije sačuvan²⁶, ali na osnovu izvora u kojima je prepričan²⁷ možemo rekonstruirati njegov sadržaj.

²⁵ V. Aličić, S.: *Regula Catoniana i SC Neronianum*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/41/2007, str. 459 - 481.

²⁶ Do sada najopsežnija objavljena studija o ovom senatskoj odluci je Manthe: *Das senatus consultum Pegasianum*, Berlin, 1989. te Sixto, M.: *'Pecunia mortis causa capta' y 'quarta Pegasiana'*, BIDR. 98-99/1995-1996, str. 337 i dalje.

²⁷ Podaci kojima raspolazemo potječu uglavnom iz ranijih izvora, prije svega iz Gajevih Institucija, ali i Paulovih Sentencija (P.S.4.3.), Usporedbi Mojsijevog i Rimskog prava (Co.T.6A), i Ulpijanovih Epitoma (UE.25.14-15). Gajevo izlaganje, kojem drugi izvori nemaju mnogo nadodati, glasi: Gaius, 2.254. *Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendi ius conceditur: ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquantur, eadem retentio permissa est. per quod senatus consultum ipse heres onera hereditaria sustinet; ille autem, qui ex fideicommissum reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarri loco est, id est eius legatarii, cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio uocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. unde effectum est, ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit. 255. Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatus consulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem iure ciuili, in eum uero, qui recipit hereditatem, ex senatus consulto Trebelliano; quamquam heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet eique et in eum solidae actiones competunt; sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet. 256. At si quis plus quam dodrantem uel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatus consulto. 257. Sed is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua uoluntate adierit, siue retinuerit quartam partem siue noluerit retinere, ipse uniuersa onera hereditaria sustinet; sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tamquam inter partiarium legatarium et heredem; si uero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et uenditae hereditatis stipulationes interponendae sunt. 258. Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cauetur Pegasiano senatus consulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat, proindeque ei et in eum, qui receperit, actiones dentur, ac iuris esset ex senatus consulto Trebelliano. quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui receperit hereditatem. 259. Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus aut*

Naime, *SC Pegasianum* je propisao da nasljednik od kojeg je putem fideikomisa zahtijevano da preda cijelu ili više od tri četvrtine ostavine ima pravo zadržati jednu četvrtinu ostavine, kao što je *lex Falcidia* propisao u slučaju legata.

totam hereditatem aut pro parte restituere rogetur, an ex parte heres institutus aut totam eam partem aut partis partem restituere rogetur. nam et hoc casu de quarta parte eius partis ratio ex Pegasiano senatus consulto haberi solet.

U prijevodu: 2.254: Ali s druge strane, budući da su imenovani nasljednici od kojih je putem fideikomisa zahtijevano da predaju cijelo ili skoro cijelo nasljedstvo, oni su odbijali da se prihvate nasljedstva zbog nikakve ili sasvim male koristi i zbog toga su se gasili i fideikomisi, nakon toga je za konzulata Pegaza i Puziona senat odlučio, da je onom, od koga je zahtijevano da preda nasljedstvo, na osnovu toga dopušteno da zadrži četvrti dio, kao što je Falcidijevim zakonom bilo dodijeljeno pravo da se zadrži kod legata; dopušteno je isto zadržavanje pojedinačnih stvari također, koje su ostavljene fideikomisom. Na osnovu ove senatske odluke nasljednik na isti način snosi i terete ostavine; a onaj, koji primi dio nasljedstva koji mu je ostavljen fideikomisom, u položaju je diobnog legatara, to jest onog legatara kome je legiran dio dobara; koja se vrsta legata zove diobna, zato što legatar dijeli ostavinu s nasljednikom. Iz toga proizlazi, da stipulacije za koje je uobičajeno da se zaključuju između nasljednika i diobnog legatara budu zaključene između onog koji je po osnovu fideikomisa primio nasljedstvo i nasljednika, to jest da i korist i terete nasljedstva podijele između sebe na jednake dijelove. 255. Dakle, ako je od nekog zahtijevano da preda ne više od tri četvrtine nasljedstva, tada na osnovu Trebelijanove senatske odluke on treba predati nasljedstvo, i protiv obojice se daju nasljedne tužbe srazmjerno njihovom udjelu, i to protiv nasljednika po civilnom pravu, a protiv onog, koji je primio nasljeđe, po osnovu Trebelijanove senatske odluke; budući da nasljednik isto tako na onom dijelu, koji predaje, ostaje nasljednik, njemu i protiv njega se daju solidarne tužbe; ali on ne može biti opterećen više nego što mu preostaje koristi iz nasljedstva, niti mu se daje tužba preko toga. 256. A ako se od nekog zahtijeva da preda više od tri četvrtine ili isto tako cijelo nasljedstvo, primjenjuje se Pegazova senatska odluka. 257. Ali na onog, koji je jednom prihvatio nasljedstvo, ukoliko ga je prihvatio svojom voljom, bilo da je zadržao četvrtinu bilo da je nije htio zadržati, pada cijeli teret nasljedstva; a ako je međutim zadržao četvrtinu treba zaključiti stipulacije da duguje ili potražuje na osnovu četvrtine na isti način kao između diobnog legatara i nasljednika; a ako je predao cijelo nasljedstvo, treba zaključiti stipulacije po uzoru na one kod kupoprodaje nasljedstva. 258. A ako imenovani nasljednik odbije primiti nasljedstvo jer kaže da sumnja da bi mu ono moglo štetiti, propisano je Pegazovom senatskom odlukom, da u slučaju da onaj kojem treba predati nasljedstvo to želi, po naređenju pretora prima i predaje nasljedstvo, na osnovu čega se onome i protiv onoga koji je primio daju tužbe, kakvo je pravo po Trebelijanovoj senatskoj odluci. U tom slučaju nema potrebe za bilo kakvim stipulacijama, jer je istovremeno i onome koji je predao dana garancija, i nasljedne tužbe prenijete na onoga tko je primio nasljedstvo. 259. Ali nema nikakve veze, da li je netko imenovan za nasljednika na cijelom ili dijelu nasljedstva ili da li treba predati cijelo ili dio nasljedstva ili svog dijela. Jer u svakom slučaju je uobičajeno da mu pripada četvrtina njegovog udjela na osnovu Pegazove senatske odluke.

Fideikomisar dobiva položaj diobnog legatara, što znači da se na stvarima koje su mu ostavljene u fideikomis konstituiraju suvlasništvo u korist nasljednika na svima stvarima iz nasljedstva, a na isti način on dobiva udio u ostalim stvarnim pravima i potraživanjima razmjerno postotku umanjena fideikomisa. Drugim riječima, stvara se jedna vrsta nasljedničke zajednice. Također, senatskom odlukom je propisano da će nasljednik i fideikomisar dijeliti terete iz ostavine srazmjerno svom udjelu, a u skladu s odredbama Trebelijanove senatske odluke.

Što se tiče ostalih odredbi, nije uvijek lako razlučiti proizlaze li one direktno iz teksta senatske odluke ili su plod kasnijih interpretacija pravnika. Iz Gajevog izlaganja proizlazi da su se razlikovale sljedeće situacije:

- I) Ako je od nasljednika traženo da preda ne više od tri četvrtine nasljedstva primjenjuje se Trebelijanova senatska odluka i nasljednik je dužan predati traženi dio, pri čemu on (nasljednik) snosi terete razmjerno dijelu koji je preostao.
- II) Ako se od nasljednika tražilo da preda više od tri četvrtine ili cijelu ostavinu putem fideikomisa, a on želi zadržati jednu četvrtinu, primjenjivat će se Pegazova senatska odluka, što znači da će se fideikomis razmjerno umanjiti. U tom slučaju potrebne su procesne garancije u formi stipulacije između nasljednika i fideikomisara da će svatko razmjerno snositi svoj dio tereta.
- III) Ako se nasljednik ne želi pozvati na *SC Pegasianum*, ali ipak želi predati cijelu ili više od tri četvrtine ostavine fideikomisaru, također je trebao tražiti garanciju da će fideikomisar snositi sve ili razmjerni dio dugova.
- IV) Ako nasljednik u cijelosti odbije prihvat nasljedstva zbog postojanja rizika da je prezaduženo, budući da bi u tom slučaju i fideikomis ostao bez pravne snage, pretor ga prisiljava da prihvati nasljedstvo i prenese ga u cijelosti na fideikomisara u skladu s Pegazovom senatskom odlukom. U ovom slučaju nije potrebna garancija, jer u skladu s odredbama Trebelijanove senatske odluke dug pada na fideikomisara, ali samo do iznosa vrijednosti nasljedstva.

Nema utjecaja činjenica je li netko imenovan za nasljednika cijele ili dijela ostavine, jer u potonjem slučaju ima pravo na dio koji bi po oporuci dobio.²⁸

Gaj također kaže kako je sa *SC Pegasianum* propisano da se na fideikomise ostavljene osobama bez djece primjenjuje isto pravilo kao na

²⁸ Npr. ako je netko imenovao tri nasljednika i nasljedstvo raspodijelio na jednake dijelove, svaki od njih ima pravo zadržati jednu dvanaestinu ostavine.

nasljedstva i legatate, tj. da dio nasljedstva koji ne mogu primiti (kadukni dio)²⁹ prirasta dijelu osoba sa djecom spomenutih u oporuci, a ako njih nema javnoj blagajni. Ovo pravilo je pravna znanost po analogiji proširila i na nevjenčane osobe.³⁰

Nije sasvim sigurno radi li se o istoj Pegazovoj senatskoj odluci kojom je ograničenje slobode raspolaganja imovinom putem fideikomisa ograničeno na tri četvrtine ostavine ili pak o posebnoj senatskoj odluci donesenoj na prijedlog Pegaza.

Mogućnost izigravanja zakona u Gajevo vrijeme je smanjena u odnosu na Pegazovo. Car Hadrijan je senatskom odlukom oduzeo pravnu snagu fideikomisima u korist peregrina, neodređenih osoba i djeteta rođenog nakon očeve smrti (Gaius, 2.285; 2.287). Ipak, i u Gajevo doba, fideikomisi su se i dalje mogli koristiti za izigravanje pravila Vokonijevog zakona, ali u okvirima *SC Pegasianum* ženama su se ovim putem mogle ostaviti najviše tri četvrtine ostavine.

ZAKLJUČNE NAPOMENE

Možemo ustvrditi kako je rimsko nasljedno pravo stavljalo žene u povoljniji položaj u pogledu zakonskog nasljeđivanja negoli je to slučaj u većini antičkih, pa čak i u nekim suvremenim pravima. Ipak kada govorimo o pravima žena da nasljeđuju imovinu putem oporuke, uočljivo je nastojanje tijekom razdoblja kasne republike i ranog principata da se ovo pravo ograniči putem zakonodavstva i pravne prakse. Ono je bilo posljedica težnje za sprječavanjem slabljenja najviših slojeva društva, s obzirom da su visoke javne

²⁹ Od lat. *caducus* – koji je pao, otpao; *cadere* – pasti, otpasti.

³⁰ Gaius, 2.286. *Caelibes quoque, qui per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa uidebantur capere posse. 286a. Item orbi, qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa uidebantur capere posse. sed postea senatus consulto Pegasiano proinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt; eaque translata sunt ad eos, qui in eo testamento liberos habent, aut si nulli liberos habebunt, ad populum, sicuti iuris est in legatis et in hereditatibus, quae eadem aut simili ex causa caduca fiunt.*

2.286. Osobe koje nisu u braku također, kojima se po Julijevom zakonu zabranjuje uzimati nasljedstva i legatate, nekada se smatralo da su mogla primiti fideikomise. 286a. Zatim osobe bez djece, koja po Papijevom zakonu zbog toga, što nemaju djece, gube polovinu nasljedstva i legatate, nekada se smatralo da mogu uzimati fideikomise u cijelosti. Ali kasnije im je Pegazovom senatskom odlukom zabranjeno da uzmu fideikomise na isti način kao i legatate; oni se prenose na one osobe (spomenute) u oporuci koje imaju djece, a ako nitko ne bude imao djece, na narod, kakvo je pravo u pogledu legatate i nasljedstva, koji iz istog ili sličnog razloga postaju kadukni.

i političke funkcije bile dostupne samo muškarcima, ali također i kao posljedica želje za očuvanjem patrijahalnog društvenog ustroja rimske obitelji.

Sustav ograničavanja *testamenti factio passiva* ženama uglavnom se temeljio na odredbama Vokonijevo zakona. Pravna praksa je, međutim, stalno nalazila pravne praznine, kao i nove načine izigravanja postojećih propisa, uglavnom putem legata i fideikomisa. Vlast je na to uvijek reagirala na isti način – donošenjem novih propisa sa željom što detaljnije regulacije spornih pravnih područja. Otprilike od sredine razdoblja principata nisu zabilježeni novi pokušaji sprječavanja izigravanja odredbi o ograničavanju nasljednih prava žena. U svom konačnom obliku, pravni je sustav omogućavao ženama koje nisu bile u srodstvu s bogatim ostaviteljem da nasljede tri četvrtine njegove ostavine. Dakle, možemo kazati kako je izvjesno ograničenje ostalo, ali je ipak bilo postavljeno dosta liberalno.

Pokušaj ograničavanja nasljednog prava žena u rimskom pravu pretrpio je neuspjeh iz jednostavnog razloga što je razvoj društva naprosto tekao u suprotnom pravcu, ali i zahvaljujući kreativnosti pravnih praktičara koji su redovito nalazili načine za njihovo zaobilaznje. Ipak ovaj je pokušaj ostavio važan trag u pravnoj povijesti: potaknuo je donošenje *lex Falcidia* i drugih propisa koji su spriječili da se rimska oporuka pretvori u niz singularnih raspolaganja bez univerzalnog sukcesora, ali je i doprinio u zaštiti instituta nužnog dijela od izigravanja, čime je omogućen njegov opstanak do danas.

Samir Aličić, Ph.D.
Assistant Professor
Department of Law, University of Novi Pazar
Faculty of Law, University Eastern Sarajevo
Tina Miletić, LLM
Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Split

**CIRCUMVENTION PROVISIONS ON THE RESTRAINT
INHERITANCE RIGHTS OF WOMEN THROUGH LEGACIES AND
FIDEICOMMISSA IN ROMAN LAW**

Summary

In Roman law system, especially in the law of succession, differences between men and women were obvious. It was up to the fact that by certain legislation rules women were incapacitated to inherit and to acquire estates. Reasons may be found in public and political life of Rome where men had the last word, and assets were essential part of any function or political progress. That is why those assets had to be prevented from getting into possession of women and losing their primary purpose. However, from the archaic time Romans were familiar with finding ways around the laws. Thereupon, they managed to find different ways of appointing women as heirs, and some of the most familiar and simplest were legacies and *fideicommissa*.

Мр Сања Савић

Виши асистент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву

ПРАВНИ СИСТЕМ И ДИСКРИМИНАЦИЈА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ ЗА ВРЕМЕ АУСТРОУГАРСКЕ ВЛАДАВИНЕ

Апстракт: *Аустроугарска владавина Босном и Херцеговином је трајала четири деценије (1878-1918). У том периоду босанскохерцеговачко становништво је било дискриминисано на различите начине. Кроз рад ће бити сагледана два вида дискриминације – немогућност босанскохерцеговачког становништва да буде представљено у Делегацијама и његов неједнак третман у односу на досељено становништво, у смислу ускраћивања одређених грађанских права и слобода. У суштини, и један и други облик дискриминације произилазио је из нерешеног државноправног положаја Босне и Херцеговине у оквиру Аустро-Угарске.*

Кључне речи: *Босна и Херцеговина, Аустро-Угарска, државно-правни положај, земаљско припадништво, бирачко право, дискриминација.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Одлуком Берлинског конгреса 1878. године Босна и Херцеговина је окупирана од стране Аустро-Угарске и под њеном влашћу је остала све до 1918. године. Иако је та владавина трајала само четири деценије, она је оставила значајан траг у политичкој, правној, економској и културној историји Босне и Херцеговине. Са друге стране, Босна и Херцеговина је представљала крупан изазов за аустроугарску политику, чија је унутрашња стабилност у великој мери зависила управо од стања у овој покрајини.

2. ДРЖАВНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ У САСТАВУ АУСТРОУГАРСКЕ МОНАРХИЈЕ

Аустро-Угарска је представљала двојну монархију која је настала 1867. године на темељу нагодбе између аустријског царства и мађарског краљевства. Оваква заједница се у теорији уставног права назива реалном

Мр Сања Савић

унијом.¹ Монархија је имала заједничког монарха и три заједничка министарства: спољних послова, финансија и одбране. Заједничка министарства су била под парламентарном контролом тзв. делегација. Чланове делегација су из своје средине бирали аустријски и угарски парламенти, при чему они нису били везани упуствима органа који их је изабрао. Делегације су по правилу радиле засебно, сем у оним случајевима када је требало решити неко спорно питање. У таквим ситуацијама су држане заједничке седнице на којима су одлуке доношене апсолутном већином гласова.²

Дилеме и расправе око међународно-правног положаја Босне и Херцеговине након окупације коначно су решене 1908. године, када је Аустро-Угарска анектирала ову покрајину. Самим тим она је својој територији припојила целу територију Босне и Херцеговине, те над њом стекла и пуни суверенитет. Међутим, иако је анексијом решено питање међународно-правног положаја Босне и Херцеговине, питање њеног државно-правног положаја је и даље остало нерегулисано. За разлику од аустријских, угарских и заједничких аустроугарских органа који су имали право да утичу на управљање Босном и Херцеговином, анектирана покрајина не само да није имала право да буде представљена у Делегацијама и тако равноправно учествује у заједничким пословима, него није добила ни могућност да формира сопствену унутрашњу управу.

Оваква дискриминација босанскохерцеговачког становништва се покушала делимично превазићи путем установљавања Земаљског савета. До његовог увођења дошло је на иницијативу министра Буријана. По његовом мишљењу савет је требао да представља неку врсту компензације грађанима Босне и Херцеговине за ограничену надлежност Сабора и чињеницу да нису имали право да учествују у раду Делегација. На тај начин био би отклоњен, или бар ублажен, њихов осећај да су грађани другог реда.³

Идеју о потреби да се државноправни положај Босне и Херцеговине реформише изнео је министар Билински у писму које је 22. маја 1913. године упутио генералу Поћореку. Његова идеја је била да она буде заступљена са по три представника (Србин, Муслиман, Хрват) у

¹ Више о реалној унији види: Маријана Пајванчић, *Уставно право – уставне институције*, Нови Сад 2003, стр. 315 - 316.

² Слободан Јовановић, *О држави – основи једне правне теорије*, Београд 2011, стр. 214 - 215.

³ Цевад Јузбашић, „Земаљски устав – састав и дјелокруг Сабора“, *Национално-политички односи у босанскохерцеговачком Сабору и језичко питање (1910 - 1914)*, књига LXXIII, Сарајево 1999, стр. 51.

аустријској и угарској делегацији.⁴ Међутим, ни он сам није био сигуран у реализацију ове идеје. Иако је добио подршку цара Франца Јозефа I (Franz Joseph) да покрене ово питање, Билински је био свестан да ће Мађари пружити отпор.⁵

Поћорек је са своје стране подржавао ову идеју верујући да ће се кроз пружање могућности учешћа у заједничким пословима изаћи у сусрет жељама Сабора, а самим тим и ојачати веза између Босне и Херцеговине и Монархије.⁶ Међутим, како би учешће представника Босне и Херцеговине непосредно у делегацијама било супротно нагодбеним законима из 1867. године о избору и саставу делегација и дуалистичком устројству Монархије, Поћорек је изнео и тезу да би било једноставније решење да се Сабору дозволи да у парламанте обију држава Монархије шаље по шест својих представника. За реализацију идеје о учешћу босанскохерцеговачких представника како у делегацијама, тако и у парламентима било би неопходно да се квалификованом већином усвоје одговарајући закони у парламентима Аустрије и Угарске. У Босни и Херцеговини то питање би могло бити решено једноставно владаревом одлуком.⁷

Исту идеју је заступао и престолонаследник Франц Фердинанд. Према његовом мишљењу делегације је требало реформисати на начин да и Босна и Херцеговина, сходно броју свог становништва, добије право да пошаље своје представнике у ово тело: *„Садашња ситуација становништва у провинцијама је таква да оно нема никаквог парламентарног представништва када се одлучује о питањима која су од интереса за читаву Монархију, а тако исто и о питањима која спадају у делокруг Сабора; такво се стање не може одржати за сва времена, јер је неправедно и неправично, и своди Босанце на статус грађана другог реда.“*⁸

Због својих историјских аспирација ка Босни и Херцеговини Мађари су били противници идеје да она добије своје представнике у делегацијама. Тим поводом је и бивши председник угарске владе Шандор Векерле (Sandor Wekerle) истицао да би ова покрајина требала бити

⁴ Ц. Јузбашић, „Реформни планови – тешкоће у образовању саборске радне већине”, *Национално-политички односи у босанскохерцеговачком Сабору и језичко питање (1910-1914)*, књига LXXIII, Сарајево 1999, стр. 162.

⁵ *Ibid*, стр. 165.

⁶ *Ibid*, стр. 164.

⁷ *Ibid*, стр. 164 - 165.

⁸ В.ладимир Дедијер, *Сарајево 1914*, Београд 1966, стр. 220.

подељена између Аустрије и Угарске, па би у том случају оба њена дела могла бити заступљена и у једној и у другој делегацији.⁹

3. ГРАЂАНСКА ПРАВА И СЛОБОДЕ

У деветнаест параграфа првог дела Земаљског устава (штатута) из 1910. године који носи назив „Општа грађанска права“ била су загарантована основна лична и политичка права. Осим тога уставом су заштићена и она права која се у науци означавају као економска. Начин на који ће бити остваривана заштита наведених права није био регулисан уставом.

Основна претпоставка за уживање наведених права јесте једнакост грађана. Тако је и у §2 устава предвиђена једнакост босанскохерцеговачких припадника пред законом. С тим у вези може се поставити и питање да ли су права и слободе предвиђени уставом и законима важили смо за њих, или су их уживали и други становници ове покрајине. Анализом уставних одредаба постаје јасно да је већина уставно гарантованих права и слобода била доступна свима. Само је у три случаја изричито наглашено да се одређена права односе само на земаљске припаднике. Реч је о §5, §11 и §18. Први случај се односи на слободу избора пребивалишта, односно боравишта, стицања и располагања непокретностима, као и бављења привредним делатностима. У параграфу 11 земаљским припадницима је гарантовано очување народне особености и језика, док је §18 посвећен праву окупљања. Такође, и бирачко право које није било регулисано уставом него посебним законом, било је резервисано искључиво за она лица која су имала својство земаљских припадника.

Основни услов за уживање одређених грађанских права и слобода јесте постојање одређене везе између појединца као носиоца тих права и државе као места где та права треба да се остварују. По правилу та веза се означава као држављанство. Међутим, како од сваког правила постоји изузетак тако је и појам држављанства у Земаљском уставу замењен термином „земаљског припадништва“.

Увођење ове терминолошке новине дошло је као последица специфичног државно-правног положаја у коме се Босна и Херцеговина нашла након анексије. Наиме, иако је анексијом Босна и Херцеговина постала саставни део Аустро-Угарске, она није инкорпорисана у ову сложу заједницу као њен трећи, равноправни члан. Напротив. Како се Фрањо Јосиф показао као верни присталица дуалистичког устројства

⁹ Ц. Јузбашић, „Реформни планови...”, стр. 166.

анексијом је измењен једино међународно-правни положај Босне и Херцеговине, док је њен државно-правни положај и даље остао исти. Она је и даље представљала само засебно управно подручје (*corpus separatum*) које је било и остало под управом заједничког министарства финансија. Такав положај Босне и Херцеговине утицао је и на питање државне припадности њених становника. Домаће босанскохерцеговачко становништво није након анексије добило ни аустроугарско, ни држављанство неке од држава чланица Монархије, а по логици ствари није могло имати ни држављанство Босне и Херцеговине. Међутим, како се приликом израде устава морала употребити одређена ознака за везу између тог становништва и покрајине коју је оно насељавало решење је пронађено у „земаљском припадништву“.

Како је угарска влада због бојазни од евентуалног тријализма и увођења трећег држављанства у Монархији спречила да се донесе посебан закон којим би било регулисано питање босанскохерцеговачког земаљског припадништва, оно је делимично регулисано Земаљским уставом.¹⁰ Начин на који се постајало земаљским припадником прописан је §3 устава: „Босанско – херцеговачки припадници јесу они, који су то својство стекли или ће га у будуће стећи: 1. законитим рођењем од родитеља земаљских припадника или незаконитим рођењем од матере земаљске припаднице; 2. позакоњењем по оцу земаљском припаднику; 3. удајом за мужа земаљског припадника; 4. сталним намјештањем аустројског или угарског држављанина у јавној служби у Босни и Херцеговини; 5. нарочитим подјелењем по надлежном мјесту. Својство босанско – херцеговачког припадника, које је стекао муж, протеже се такође и на његову жену као и на његову малољетну закониту дјецу.“ Осим наведеног, земаљским припадницима су сматрани и сви они који су рођени или нађени и одгојени у Босни и Херцеговини, док се не докаже супротно.

Начин губитка својства земаљског припадника није дефинисан уставом. Уместо тога §4. упућује на примену важећих прописа.¹¹

¹⁰ Ц. Јузбашевић, „Покретање језичког питања у Сабору – аграрно питање и појава хрватско-муслиманског блока“, *Национално-политички односи у босанскохерцеговачком Сабору и језичко питање*, књига LXXIII, Сарајево 1999, стр. 63.

¹¹ Реч је о Нацрту правила којима је регулисано питање пријема и отпуста из земаљског припадништва, а које је Заједничко министарство финансија израдило 1880. године. Наиме, Земаљска влада је 29. маја 1880. године упутила два дописа Заједничком министарству финансија која су се тицала питања примања и отпуштања из земаљске припадности Босне и Херцеговине, те тражила упутства ради даљег поступања. Након што је заједнички министар финансија о томе обавестио

Уколико се упореде права босанскохерцеговачких земаљских припадника са једне и аустријских, односно угарских држављана са друге стране видећемо да је земаљско припадништво доносило много мање бенефиција у односу на држављанство. Као прво, статус земаљског припадника су под одређеним условима могли стећи и аустријски и угарски држављани. Самим тим они су могли уживати и она права која би из тога произилазила. Насупрот томе, домаће становништво није анексијом Босне и Херцеговине стекло држављанство ни Монархије, нити неке од њених држава чланица. Следствено томе оно није било у прилици да ужива у Монархији сва она права која су била доступна аустријским, односно угарским држављанима. Тако нпр. босанскохерцеговачко становништво није имало могућност да шаље своје представнике у Делегације, или један од парламената. Такође, аустријски односно угарски држављани су и у Босни и Херцеговини имали неких предности у односу на домаће становништво, нарочито када је реч о јавној служби.

Против овакве деградације домаћег елемента који је био сведен на грађанина другог реда свој глас су дизали и саборски посланици.¹²

друга два заједничка министарства одржано је саветовање 21. августа на коме је углавном разматрано примање у земаљску припадност. Ово питање је регулисано путем шест параграфа: 1. Странци стичу земаљску припадност или путем брака са земаљским припадником, или путем дозволе од стране власти. Дозволу издаје Заједничко министарство посредством захтева које упуту Земаљска влада; 2. Путем земаљске припадности стичу странци сва права и дужности које имају и они који су рођењем земаљски припадници; 3. Земаљска припадност може бити додељена сваком странцу који отпуштање из свог ранијег државног савеза, или доказ о свом, према домовинском закону важећем, предузетом иступању из истог донесе; докаже пунољетство и изворе добара или прихода од чега се може издржавати његова породица, те ако је у моралном и политичком смислу беспрекорног понашања; 4. Пунољетство интересента је просуђено према закону оне државе којој је исти пре припадао; 5. Додела земаљске припадности ограничава се на супругу интересента као и на његову малолетну децу, уколико последњи према закону домовине нису искључени од исељавања; 6. Малолетни интересенти могли би према члану 3. стећи земаљску припадност преко својих законских представника. Аустријска влада је ова правила одобрила, али их је угарске одбацила.

Амила Касумовић, „Земаљска припадност становника Босне и Херцеговине у првим годинама аустроугарске управе“, *Хисторијска трагања*, бр. 6, Сарајево 2010, стр. 15 (ф.17).

¹² Посланик Јозо Сунарић је у свом говору посебно апострофирао питање држављанства, наводећи да је уставом становницима Босне и Херцеговине ово право одузето: „*Ми, господо, читав народ у Босни и Херцеговини немамо никакова држављанства, ми смо деградирани испод најнижег индивидуа азијатских пространих пољана. Ми имадемо на мјесто тога један сурогат, измишљен и успостављен у најмодерније доба, који у осталом знаност није никада одобрила и*

Међутим, то није имало значајнијег одјека у ушима властодржаца. Такође, на неравноправан положај домаћег становништва указивали су и поједини инострани политичари. Тако је у Одбору за босанска питања аустријског прадставничког тела др Матко Лагиња, посланик из Истре, 20. јуна 1912. године предложио резолуцију по којој би се законски изједначила права и обавезе која произилазе из босанскохерцеговачког земаљског припадништва са онима која проистичу из држављанства. Међутим, такав захтев није прихваћен.¹³

Један од најочитијих примера дискриминације било је бирачко право. Наиме, према одредбама §1. Закона о изборном реду право да бирају на изборима имали су сви босанскохерцеговачки припадници који су на дан избора навршили 24. године, који су били самовласни и становали у земљи најмање годину дана. Овде се првенствено мислило на домаће мушко становништво. Женама је активно бирачко право било доступно само уколико су поред општих наведених услова плаћале најмање 140 К пореза на име поседовања земљишта. Осим тога, док су мушкарци своје право остваривали лично, жене су то могле чинити само преко пуномоћника који је гласао у истој курији.

Посебно занимљивим чини се други став првог параграфа који је допуштао аустријским и угарским држављанима да у Босни и Херцеговини остварују активно бирачко право. Наиме, ова лица су то право могла уживати само уколико су били запослени као чиновници, учитељи и радници на босанскохерцеговачким железницама. Поред тога, морали су испуњавати и напред поменуте опште услове.

Дакле, у креирању политичке сцене у Босни и Херцеговини поред домаћег становништва могли су да учествују и „дошљаци“. С тим у вези, не сме се никако занемарити чињеница да се за време аустроугарске владавине доселио знатан број становника из Аустрије, Угарске и Њемачке. Због неповерења према домаћем становништву чиновнички кадар су углавном и чинили досељеници.¹⁴ Ова одредба о активном бирачком праву странаца је занимљива и дискутабилна и са становишта реципроцитета права и обавеза. Наиме, аустријски или угарски држављани који би стекли својство земаљског припадника могли су путем свог активног бирачког права утицати на формирање власти у Босни и Херцеговини. Са друге стране, чињеница да ни након анексије

неће га никада одобрити, ми имадемо quasi сурогат држављанства, босанско-херцеговачко земаљско припадништво.“

¹³ Џ. Јузбашић, „Покретање језичког питања у Сабору...“, стр. 62 - 63.

¹⁴ Ђорђе Пејановић, *Становништво Босне и Херцеговине*, Српска академија наука – посебна издања, књига ССХХХ, Београд 1955, стр. 41.

становништво ових покрајина није стекло држављанство ни једне државе чланице Монархије упућује на закључак да на територијама тих држава није ни могло остваривати поменуто право, а самим тим ни утицати на избор носилаца власти.

Пасивно бирачко право је регулисано §4. Право да буду бирани имали су само мушкарци са активним бирачким правом који су навршили 30. година и уживали сва грађанска права. Као што видимо, жене нису имале право да буду биране. Осим њих то право нису имали ни „чиновници и намјештеници, који активно служе у грађанској управној служби Босне и Херцеговине, као и код босанско-херцеговачких земаљских жељезница, надаље учитељи и намјештеници на јавним школама.“¹⁵

Видели смо да су аустријски и угарски држављани као земаљски припадници у Босни и Херцеговини уживали активно бирачко право, па се у вези с тим само по себи намеће и питање шта је са њиховим пасивним бирачким правом? Иако то није изричито поменуто одредбе о стицању земаљског припадништва дају макар теоријску могућност да и страни држављанин буде биран на изборима.

Наиме, према §3. Земаљског устава један од начина стицања својства земаљског припадника јесте и позакоњење по оцу земаљском припаднику. Уколико би нпр. мушкарац, земаљски припадник признао за свог законитог сина лице које има аустријско или угарско држављанство, то лице би самим тим стекло и својство земаљског припадника. Како стицање тог својства није условљено одрицањем од ранијег држављанства то лице би могло да задржи и држављанство које је до тада имало. Даље, стичући својство земаљског припадника оно је стицало и сва права која из тога произилазе. Самим тим уколико би такво лице испуњавало услове у погледу старосне доби и уживања грађанских права, не би било никаквих, барем не теоријских, препрека да ужива и пасивно бирачко право. Посматрано на овај начин, а уз чињеницу да у закону нису били изричито поменути аустријски и угарски држављани као лица која немају пасивно бирачко право, могао би се извести закључак да су неки од њих то право у пракси и имали.

4. ЗАКЉУЧАК

Иако је анексијом Босна и Херцеговина постала саставни део Аустроугарске монархије она није укључена у ову сложену заједницу две државе као њен трећи, равноправни члан, него је и даље остала *corpus separatum* – засебно управно подручје. Последица тога била је и

¹⁵ §4. Закона о изборном реду

немогућност Босне и Херцеговине да делегира своје представнике у зајдничке органе власти. Све одлуке које су се тичале Босне и Херцеговине доношене су на нивоу заједничких аустроугарских органа и без могућности да представници ове покрајине учествују у томе.

Као последица специфичног државно-правног положаја у коме се Босна и Херцеговина нашла након анексије уведен је и појам земаљског припадништва. Наиме, домаће босанскохерцеговачко становништво није након анексије добило ни аустријско ни угарско држављанство, а по природи ствари није могло имати ни држављанство Босне и Херцеговине. Последица тога је била и чињеница да оно није могло уживати у Монархији сва она права која су аустријски и угарски држављани као земаљски припадници имали у Босни и Херцеговини.

Sanja Savić, LL.M

Senior Assistant

Faculty of Law, University of Eastern Sarajevo

THE LEGAL SYSTEM AND DISCRIMINATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA DURING THE AUSTRO-HUNGARIAN RULE

Summary

Although the annexation of Bosnia and Herzegovina became part of the Austro-Hungarian monarchy it is not included in this complex community of the two states as its third, an equal member, but has remained a *corpus separatum* - a separate administrative area. The consequence was the inability of Bosnia and Herzegovina to be represented in the shared government. All decisions related to Bosnia and Herzegovina were taken at the level of the common Austro-Hungarian authorities and without the possibility that representatives of the province participate.

As a consequence of the specific state and legal position that Bosnia and Herzegovina found itself after the annexation was introduced the concept of earthly belonging. The homemade Bosnian-Herzegovinian population is not received even after the annexation of the Austrian nor Hungarian citizenship, and the nature of things could not have citizenship of Bosnia and Herzegovina. The consequence of that was the fact that it could not enjoy the monarchy all the rights that the Austrian and Hungarian citizens as earthly belonging have had in Bosnia and Herzegovina.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

Зборник радова међународне научне конференције
„Правни систем и заштита од дискриминације“,
Правни факултет Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици.

Тираж 100