

HARMONIUS

Journal of Legal and Social Studies in South East Europe

Editor in chief/Glavni urednik: *Christa Jessel-Holst*, Dr. Dr. h.c., MPI for Comparative and International Private Law, Hamburg

Editors/Urednici: *Milena Đorđević*, PhD, Assistant Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Nenad Tešić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law

Editorial board – domestic members/Uređivački odbor – domaći članovi: *Vanja Bajović*, PhD, Associate professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vladimir Vinš*, Assistant Minister of Justice of the Republic of Serbia; *Filip Bojić*, PhD, Assistant Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vuk Cucić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Uglješa Grušić*, PhD, Associate Professor, UCL Faculty of Law, London; *Dalibor Đukić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Mateja Đurović*, PhD, Lecturer, The Dickson Poon School of Law, Kings College London; *Tatjana Jovanić*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Marko Knežević*, PhD, Assistant Professor, University of Novi Sad, Faculty of Law; *Ljubinka Kovačević*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Svetislav Kostić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Snežana Marković*, President of Constitutional Court of the Republic of Serbia; *Bojan Milisavljević*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Mirjana Radović*, Full Professor, PhD, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vuk Radović*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Marko Stanković*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Nataša Petrović Tomić*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vladimir Vuletić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Nenad Vujić*, Director of Judicial Academy; *Velimir Živković*, PhD, Associate Professor, University of Warwick, School of Law

Editorial board – foreign members/Uređivački odbor – inostrani članovi: *Dejan Bodul*, PhD, Associate Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; *Tatjana Josipović*, PhD, Full Professor, University of Zagreb, Faculty of Law; *Boštjan Koritnik*, Secretary-General of the Association of Slovenian Lawyers Societies; *Rainer Kulms*, Priv.-Doz. Dr., MPI for Comparative and International Private Law, Hamburg; J. J. Strossmayer University, Osijek; *Florian Grisel*, PhD, Associate Professor of Socio-Legal Studies, University of Oxford, Centre for Socio-Legal Studies; *Lazar Jovevski*, PhD, Full Professor, University “Ss. Cyril and Methodius”, Skopje; *Balša Kaščelan*, PhD, Assistant, University of Podgorica, Faculty of Law; *Zlatan Meškić*, PhD, Full Professor, Prince Sultan University, Riyadh; *Damjan Možina*, PhD, Full Professor, University of Ljubljana, Faculty of Law; *Emilia Mišćenić*, PhD, Full professor, University of Rijeka, Faculty of Law; *Tunjica Petrašević*, PhD, Associate Professor, Faculty of Law, J. J. Strossmayer University, Osijek; *Meliha Povolakić*, PhD, Full Professor, University of Sarajevo, Faculty of Law; *Angel Ristov*, PhD, Full Professor, University “Ss. Cyril and Methodius”, Skopje

Secretaries/Sekretari: *Marija Vlajković*, Assistant, University of Belgrade, Faculty of Law; *Stefan Jovanović*, Assistant, University of Belgrade, Faculty of Law

Publishers/Izdavači:



Harmonius, Bulevar Zorana Đinđića 123v, 11000 Belgrade



University of Belgrade, Faculty of Law, Publication center / *Univerzitet u Beogradu*, *Pravni fakultet*, Centar za publikacije, Bulevar kralja Aleksandra 67, 11200 Belgrade

Supported by/Uz podršku:



ПРАВОСУДНА
АКАДЕМИЈА

Judicial Academy of the Republic of Serbia /*Pravosudna akademija Republike Srbije*, Terazije 8/1, 11000 Belgrade

Design/Dizajn: *Peđa Hadžimanović*

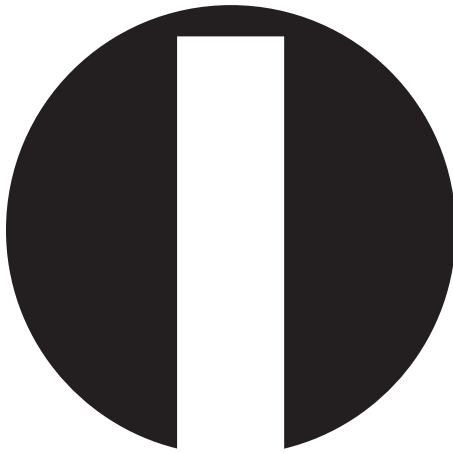
Preparation and printing/priprema i štampa: *Dosije studio*, Belgrade

Number of copies/Tiraž: 50

Year XIII Issue 2024, publishing annually/Godina XIII broj 2024, Objavljuje se jednom godišnje

HARMONIUS

Journal of Legal and Social Studies in South East Europe



HARMONIUS

Journal of Legal and Social Studies in South East Europe

YEAR XIII ISSUE 2024

Editor in chief/Glavni urednik: *Christa Jessel-Holst*, Dr. Dr. h.c., MPI for Comparative and International Private Law, Hamburg

Editors/Urednici: *Milena Đorđević*, PhD, Assistant Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Nenad Tešić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law

Editorial board – domestic members/Uređivački odbor – domaći članovi: *Vanja Bajović*, PhD, Associate professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vladimir Vinš*, Assistant Minister of Justice of the Republic of Serbia; *Filip Bojić*, PhD, Assistant Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vuk Cucić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Uglješa Grušić*, PhD, Associate Professor, UCL Faculty of Law, London; *Dalibor Đukić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Mateja Đurović*, PhD, Lecturer, The Dickson Poon School of Law, Kings College London; *Tatjana Jovanić*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Marko Knežević*, PhD, Assistant Professor, University of Novi Sad, Faculty of Law; *Ljubinka Kovačević*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Svetislav Kostić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Snežana Marković*, President of Constitutional Court of the Republic of Serbia; *Bojan Milisavljević*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Mirjana Radović*, Full Professor, PhD, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vuk Radović*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Marko Stanković*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Nataša Petrović Tomić*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vladimir Vuletić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Nenad Vujić*, Director of Judicial Academy; *Velimir Živković*, PhD, Associate Professor, University of Warwick, School of Law

Editorial board – foreign members/Uređivački odbor – inostrani članovi: *Dejan Bodul*, PhD, Associate Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; *Tatjana Josipović*, PhD, Full Professor, University of Zagreb, Faculty of Law; *Boštjan Koritnik*, Secretary-General of the Association of Slovenian Lawyers Societies; *Rainer Kulms*, Priv.-Doz. Dr., MPI for Comparative and International Private Law, Hamburg; J. J. Strossmayer University, Osijek; *Florian Grisel*, PhD, Associate Professor of Socio-Legal Studies, University of Oxford, Centre for Socio-Legal Studies; *Lazar Jovevski*, PhD, Full Professor, University “Ss. Cyril and Methodius”, Skopje; *Balša Kaščelan*, PhD, Assistant, University of Podgorica, Faculty of Law; *Zlatan Meškić*, PhD, Full Professor, Prince Sultan University, Riyadh; *Damjan Možina*, PhD, Full Professor, University of Ljubljana, Faculty of Law; *Emilia Mišćenić*, PhD, Full professor, University of Rijeka, Faculty of Law; *Tunjica Petrašević*, PhD, Associate Professor, Faculty of Law, J. J. Strossmayer University, Osijek; *Meliha Powlakić*, PhD, Full Professor, University of Sarajevo, Faculty of Law; *Angel Ristov*, PhD, Full Professor, University “Ss. Cyril and Methodius”, Skopje

Secretaries/Sekretari: *Marija Vlajković*, Assistant, University of Belgrade, Faculty of Law; *Stefan Jovanović*, Assistant, University of Belgrade, Faculty of Law

Publishers/Izdavači:

Harmonius, Bulevar Zorana Đinđića 123v, 11000 Belgrade

University of Belgrade, Faculty of Law, Publication center / *Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet*, Centar za publikacije, Bulevar kralja Aleksandra 67, 11200 Belgrade

Supported by/Uz podršku:

Judicial Academy of the Republic of Serbia / *Pravosudna akademija Republike Srbije*, Terazije 8/1, 11000 Belgrade

Design/Dizajn: Peđa Hadžimanović

Preparation and printing/priprema i štampa: Dosije studio, Belgrade

Number of copies/Tiraž: 50

Year XIII Issue 2024, publishing annually/Godina XIII broj 2024, Objavljuje se jednom godišnje

ISSN 2334-6566

SADRŽAJ

PREDGOVOR	9
-----------------	---

ORIGINALNI NAUČNI ČLANCI

<i>Žarko Dimitrijević, Dušan J. Simjanović</i> APPLICATION OF AHP METHOD IN ENFORCEMENT PROCEDURES: THE CASE OF SELLING SPECIFIC GOODS	15
<i>Sanja Grbić, Dejan Bodul</i> PRAVO NA OBRAZOVANJE: IZAZOVI BUDUĆNOSTI KROZ JUDIKATE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA	33
<i>Dušan Jablan</i> WHAT'S CISG GOT TO DO WITH IT? – APPLICABILITY OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS TO ARBITRATION AGREEMENTS	54
<i>Olivera Jokić</i> PRAVO NA BESPLATNOG PUNOMOĆNIKA U PARNIČNOM POSTUPKU	82
<i>Vladislava Milić</i> POSTUPAK ODMERAVANJA VISINE NAKNADE ŠTETE I NAKNADA ŠTETE	131
<i>Maja Milojević Kolarević</i> VAT IMPLICATIONS OF TRANSFER PRICING IN SERBIA – JOINING THE INCOMPATIBLE	160
<i>Emilia Mišćenić, Lidija Ileković</i> NOVO UREĐENJE ISPORUKE DIGITALNOG SADRŽAJA I DIGITALNIH USLUGA U HRVATSKOM POTROŠAČKOM PRAVU	193

<i>Damir Muminović</i> MEĐUNARODNI STANDARDI ZAPOŠLJAVANJA OSOBA SA INVALIDITETOM (UZ POSEBAN OSVRT NA BOSNU I HERCEGOVINU)	236
<i>Tunjica Petrašević, Sanja Mišević, Veronika Sudar</i> PRIMJENA DIREKTIVE O ZAJEDNIČKOM SUSTAVU POREZA NA DODATNU VRIJEDNOST 2006/112/EZ U POREZNIM POSTUPCIMA U REPUBLICI HRVATSKOJ ...	254
<i>Besfort Ramadani</i> ZASTARELOST POTRAŽIVANJA IZ IZVRŠNE ISPRAVE	273
<i>Martina Tičić</i> OSOBE S INVALIDITETOM U PRAVNIČKOJ STRUCI: PERSPEKTIVA REPUBLIKE HRVATSKE	288
<i>Igor Vuković</i> KRIVIČNO DELO NADRILEKARSTVA I NADRIAPOTEKARSTVA (ČL. 254 KRIVIČNOG ZAKONIKA)	311

PREGLEDNI ČLANCI

<i>Stevan Adžić</i> KLAUZULA ZABRANE KONKURENCIJE I PRAVA ZAPOSLENIH	361
<i>Vladimir Mikić</i> PREDSTAVLJANJE STUDENATA NA UNIVERZITETIMA I PRAVNIM FAKULTETIMA U DRŽAVAMA ZAPADNOG BALKANA	382
<i>Filip Mirić</i> PERSONALNA ASISTENCIJA KAO PREDUSLOV ZAPOŠLJAVANJA I RADNOG ANGAŽOVANJA OSOBA SA INVALIDITETOM	394
UPUTSTVO ZA AUTORE	405
UPUTSTVO ZA AUTORE NA ENGLJESKOM JEZIKU	410

TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL NOTE	9
----------------------	---

ORIGINAL SCIENTIFIC PAPERS

<i>Žarko Dimitrijević, Dušan J. Simjanović</i> APPLICATION OF AHP METHOD IN ENFORCEMENT PROCEDURES: THE CASE OF SELLING SPECIFIC GOODS	15
<i>Sanja Grbić, Dejan Bodul</i> RIGHT TO EDUCATION: CHALLENGES OF THE FUTURE THROUGH THE JUDGEMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS	33
<i>Dušan Jablan</i> WHAT'S CISG GOT TO DO WITH IT? – APPLICABILITY OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS TO ARBITRATION AGREEMENTS	54
<i>Olivera Jokić</i> REPRESENTATION BASED ON FREE LEGAL AID IN SERBIAN CIVIL PROCEDURE.....	82
<i>Vladislava Milić</i> THE PROCEDURE FOR MEASURING THE AMOUNT OF DAMAGES AND COMPENSATION FOR DAMAGES.....	131
<i>Maja Milojević Kolarević</i> VAT IMPLICATIONS OF TRANSFER PRICING IN SERBIA – JOINING THE INCOMPATIBLE	160
<i>Emilia Mišćenić, Lidija Ileković</i> NEW REGULATION OF THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND DIGITAL SERVICES IN CROATIAN CONSUMER LAW	193

<i>Damir Muminović</i> INTERNATIONAL STANDARDS FOR EMPLOYMENT OF PERSONS WITH DISABILITIES (WITH SPECIAL REFERENCE TO BOSNIA AND HERZEGOVINA).....	236
<i>Tunjica Petrašević, Sanja Mišević, Veronika Sudar</i> APPLICATION OF THE COUNCIL DIRECTIVE 2006/112/EC OF 28 NOVEMBER 2006 ON THE COMMON SYSTEM OF VALUE ADDED TAX IN TAX PROCEDURES IN THE REPUBLIC OF CROATIA.....	254
<i>Besfort Ramadani</i> STATUTE OF LIMITATIONS ON CLAIMS ARISING FROM ENFORCEABLE INSTRUMENTS	273
<i>Martina Tičić</i> PERSONS WITH DISABILITIES IN THE LEGAL PROFESSION: PERSPECTIVE OF THE REPUBLIC OF CROATIA.....	288
<i>Igor Vuković</i> THE CRIMINAL OFFENSE OF QUACK MEDICINE AND QUACK PHARMACY (ART. 254 OF THE CRIMINAL CODE).	311

REVIEW PAPERS

<i>Stevan Adžić</i> NON-COMPETITION CLAUSE AND EMPLOYEE RIGHTS ...	361
<i>Vladimir Mikić</i> REPRESENTATION OF STUDENTS AT UNIVERSITITES AND FACULTIES IN THE WESTERN BALKANS COUNTRIES.....	382
<i>Filip Mirić</i> PERSONAL ASSISTANCE AS A FORM OF SUPPORT FOR EMPLOYMENT OF PERSONS WITH DISABILITIES.....	394
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS IN SERBIAN.....	405
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS IN ENGLISH	410

EDITORIAL NOTE

The Editors are pleased to present the latest issue of *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 2024. This journal continues to advance its mission of promoting the harmonisation of law in the SEE region with EU law and general principles of international law, while offering a platform for the exchange of ideas and research by scholars, young members of academia, and legal practitioners from the region and beyond.

This issue includes 15 contributions addressing significant topics, the majority of which were presented at the annual international conference – the XIX Harmonius School of Law, titled “*Harmonising the Law of a Former ‘Powder Keg’: How to Boost the Four Freedoms’ Balkan Common Market?*” The conference featured prominent legal scholars, experts, and practitioners from Bosnia and Herzegovina, Croatia, and Serbia. It was organized by the Harmonius Association, this year as part of the Legal Pro Forum 2024 titled “*The Future of Legal Services: Added Value Through Cooperation in the Western Balkans+*” and took place on October 20–23, 2024, at Zlatibor, Republic of Serbia.

The Organising Team of this year’s conference and the Harmonius 2024 edition included Associate Professor Dr. Nenad Tešić, Assistant Professor Dr. Milena Đorđević, and Teaching Assistants Marija Vlajković, Stefan Jovanović, Darko Stevanović, Jelisaveta Boljanović, and Mina Kuzminac. This nineteenth edition of the Harmonius School of Law examined pressing legal issues in several thematic panels, covering procedural, corporate, labor, arbitration, European, private, and public law, along with economic and political perspectives.

The first and main panel of the XIX Harmonius School of Law, titled “*Harmonising the Law of a Former ‘Powder Keg’: How to Boost the Four Freedoms’ Balkan Common Market?*”, was moderated by Secretary of the Harmonius Journal, Marija Vlajković. During the panel, Associate Professor Dejan Bodul and Professor Sanja Grbić from the University of Rijeka, Croatia, presented their paper titled: “*Right to Education: Challenges of the Future Through the Judgements of the European Court of Human Rights,*” followed by Prof. Dr. Emilia Mišćenić and Dr. iur.

Lidija Ileković from the University of Rijeka, Croatia, who presented on “*New Regulation of the Supply of Digital Content and Digital Services in Croatian Consumer Law.*” Professor Dr. Tunjica Petrašević and Teaching Assistant Veronika Sudar from the University Josip Juraj Strossmayer in Osijek, Croatia, together with Sanja Mišević, attorney at law, presented their paper on “*Application of the Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the Common System of Value Added Tax in Tax Procedures in the Republic of Croatia.*”

In the second part of the panel, the focus shifted to procedural law and its current challenges. Vladislava Milić, PhD, Judge at the Third Basic Court in Belgrade, Serbia, presented “*The Procedure for Measuring the Amount of Damages and Compensation for Damages,*” followed by Olivera Jokić, Teaching Assistant at the Faculty of Law, University of Novi Sad, with her paper “*Representation Based on Free Legal Aid in Serbian Civil Procedure.*” Bosfort Ramadani, counselor at the Constitutional Court of the Republic of Serbia, presented “*Statute of Limitations on Claims Arising from Enforceable Instruments.*”

The second Harmonius Panel addressed the topic: “*Is the Legal Profession Inclusive for Disabled Colleagues?*”. Damir Muminović, Senior Teaching Assistant at the University of Sarajevo Faculty of Law, Bosnia and Herzegovina, discussed “*International Standards for Employment of Persons with Disabilities (With Special Reference to Bosnia and Herzegovina),*” while Martina Tičić, LL.M., Teaching Assistant at the University of Rijeka, Faculty of Law, Croatia, presented “*Persons with Disabilities in the Legal Profession: Perspectives from the Republic of Croatia.*” Filip Mirić, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Serbia, contributed with “*Personal Assistance as a Form of Support for Employment of Persons with Disabilities.*”

Finally, the Harmonius School of Law Panel titled “*Student Participation in Law School Management in the Western Balkans+*” included Vladimir Mikić, PhD, Research Associate at the Institute for Comparative Law, Belgrade, who presented “*Representation of Students at Universities and Faculties in the Western Balkans Countries.*”

Equally important are written contributions to this issue were provided by Igor Vuković, Professor at the University of Belgrade – Faculty of Law, with “*The Criminal Offense of Quack Medicine and Quack Pharmacy (Art. 254 of the Criminal Code),*” and Maja Milojević Kolarević, PhD Student at the University of Union Faculty of Law,

with “VAT Implications of Transfer Pricing in Serbia – Joining the Incompatible.” Dušan Jablan contributed a paper awarded at the “Gašo Knežević” competition for the best papers in alternative dispute resolution titled “What’s CISG Got to Do with It? – Applicability of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Arbitration Agreements.” Stevan Adžić wrote about “Non-Competition Clause and Employee Rights,” while Žarko Dimitrijević, PhD, and Dušan J. Simjanović, PhD, presented “Application of AHP Method in Enforcement Procedures: The Case of Selling Specific Goods.”

The Editorial Board expresses deep gratitude to the Judicial Academy of the Republic of Serbia for their continued support in publishing this journal. We also extend our sincere thanks to the distinguished professors and scholars who reviewed the articles and to all contributors whose efforts made this issue possible.

We believe this issue will capture the interest of readers across South East Europe, given its thematic relevance and contemporary focus. We also hope it will inspire future contributions and continue attracting authors from diverse jurisdictions, furthering our mission of legal harmonisation and scholarly exchange.

Editors

ORIGINALNI NAUČNI ČLANCI

*Žarko Dimitrijević, PhD**

*Dušan J. Simjanović, PhD***

APPLICATION OF AHP METHOD IN ENFORCEMENT PROCEDURES: THE CASE OF SELLING SPECIFIC GOODS

The concept of specific goods is considered by the authors from the perspective of a particular attribute that makes ordinary goods specific. Specific goods are not intended for the broad market; they either have buyers or do not. Machine learning and artificial intelligence models can certainly be of help in studying the market, but what if the existing models cannot lead to concrete buyers? Economic theory suggests that in regular sales of goods, anyone is a potential buyer, even outside the target group. The same principle can be applied to the sale of specific goods. In the paper, the authors point out a possible way of thinking and provide a basis for training machine learning and artificial intelligence models in finding buyers of specific goods using the Analytic Hierarchy Process (AHP) mathematical method. The authors found a representative example of regular goods that became specific due to one or more attributes in the sales of former industrial facilities. To test the hypothesis, the authors utilized a database of completed sales conducted by a public enforcement officer. The authors' initial assumption was that in the AHP method, an optimal number of appropriately ranked criteria can be developed to indicate buyers outside the target group for such specific goods based on the obtained results. The results and developed methodology can be further applied in training machine learning and artificial intelligence models in finding buyers.

Key words: *Multi-criteria decision-making. – AI. – AHP method. – Economic Field: Technical and technological sciences.*

* The author is public enforcement officer, dimitrijevic.zarko@gmail.com (Republic of Serbia).

** The author is Assistant Professor at the Faculty of Information Technology, Belgrade Metropolitan University, dušan.simjanovic@metropolitan.ac.rs (Republic of Serbia).

1. INTRODUCTION

The sale of specific goods can be viewed from the perspective of finding a customer and going for a proper price in regular market dynamics. It can also be viewed from the aspect of debt collection, selling specific goods of the judgment debtor due to the unpaid debt arising from the non-payment of other goods or services provided. In the international cash flow system, the sale of specific goods is a common occurrence. An adequate level of production produces refined market preferences. However, for the purposes of this example, the authors observed goods that, after production, became more specific due to the addition and/or alteration of one or more attributes, i.e., sales of goods after production and/or initial use. The majority of realised such sales were found in procedures for realising claims through legal (enforcement) means. The offered goods often lack labels, and due to complicated procedures, their exact condition cannot be determined with absolute certainty, which makes them “specific”. Such goods need to be presented to the market, but identifying an appropriate target group first can be essential. The specificities of this particular example can, *mutatis mutandis*, be applied to the sale of any other item with a “specificity” and is sold in any manner¹.

Numerous forced sale procedures are the result of a decadent business culture or the realisation of uncalculated business risks. In relation to the total financial transactions, the problem of illiquidity is certainly minor, but it is still significant from the perspective of money that has been “drained” and has not met the expectations of individuals. This situation also raises questions about the quality of the item being purchased, affecting its specificity and raising doubts about its proper use and maintenance².

Laws of market are often limited in their applicability. The procedural situation is very close to the Forced Sale, which is also recognised by international appraisal standards. It is in the debtor’s interest that movable or immovable property is sold at the highest possible price.

-
- 1 Scott Fay, Jinhong Xie, “Probabilistic goods: A creative way of selling products and services”, *Marketing Science* 27/2008, 674–690.
 - 2 Meliha Powlakić, Tahir Herenda, Nasir Muftić, “Mogućnost zloupotrebe prava u postupku javnog nadmetanja za prodaju nekretnina u izvršnom postupku u pravu BiH”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 71/2021, 301–346.

On the other hand, for the creditor, although being one of the goals, it is certainly not the primary one. If the creditor's claim is significantly lower than the value of the property, the achieved sale price may not be a priority for them, but rather the speed of collection. Additionally, the creditor may have an interest in buying the item being sold, in which case their goal will be contrary to the debtor's interest; they will want to purchase the item for the lowest possible amount of money.

Selling goods typically involves two main actors: the buyer and the seller. The buyer aims to purchase at the lowest possible price, while the seller wants to sell at the highest possible price. Besides the debtor-creditor relationship, other actors can be involved in the enforcement procedure. Each of these actors defends their own interests. The interests varies; however, what is common is that, in the context of the type of item being sold, criteria can be established in each specific case that are relevant for both the actors and potential buyers who might be interested in purchasing a specific item³.

When it comes to attractive consumer goods, it is relatively easy to sell a movable item. The same applies to an attractive real estate property. However, if the requirement is to sell an item that is otherwise challenging to sell, such as a former production facility, at the best possible price, considering all the mentioned specificities, it is necessary to find a method that can be applied to the regular sequence of events during standard market sales. This method should also take into account all the specificities of the sale to achieve the desired result.

The authors see the solution in the application of the Analytic Hierarchy Process (AHP), a multi-criteria decision-making method where criteria are appropriately ranked. Based on these criteria, in addition to regular market laws, it will be possible to include the broadest range of specificities related to the specific sale of goods. The goal is a dramatic increase in the success of the sale. Although, for the sake of meeting the conditions of a high degree of "specificity", the example of a forced sale was taken, the AHP method, with appropriate criteria ranking, can be applied to less "specific" sales as well to find the right target group. The AHP method or some of its newest variants have

3 Victoria Atiushkina, Anastasia Zhekul, "Analysis of the impact of goods characteristics on the results of personal selling", *Маркетингі і цифрові технології* 3/2019, 34–50.

been applied in the product selection service⁴, e-commerce platform design⁵, online purchase behaviour⁶, and many other economic areas.

2. METHODOLOGY

In real life, a person is often faced with various choices. With the development of society and economy, the complexity of the real world is growing rapidly and making the best decisions is becoming an increasingly demanding task. The ability to make adequate decisions that bring benefits and suitability in various life situations is one of the characteristics of humans. Criteria and alternatives are important elements of the decision-making process, while the process itself means the selection of the best alternative among the several offered, the one that is, in the opinion of the decision maker, the most acceptable. Human decisions involving preferences are often vague or uncertain because often the choice of alternative is made based on complex and incomplete information. By increasing the complexity of the system, both the uncertainty of problems and the uncertainty of human thinking grow, so the need for a system that provides a reliable and precise solution while addressing incomplete and uncertain information is clear. Classical decision-making and decision-making systems are applied under the auspices of complete and specific information, but their application does not always provide an accurate solution to complex problems, especially in various circumstances and situations of real life.

The problem of choosing the best assessment in criteria or factors can be achieved by applying multi-criteria decision-making methods that play a significant role in all spheres of life. To make sensible decisions successfully, Thomas L. Saaty designed the Analytic Hierarchy Process (AHP) which, due to the use of natural numbers to

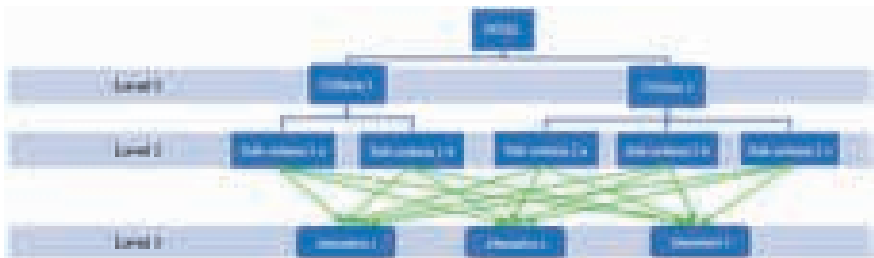
4 Deng-Neng Chen, Chih-Wei Tseng, Chia-Yi Lin, "Applying fuzzy AHP on product selection service in e-commerce", *International Joint Conference on Service Sciences* 2011, 198–202.

5 Dušan Simjanović, Nemanja Zdravković, Nenad Vesić, "On the factors of successful e-commerce platform design during and after COVID-19 pandemic Using extended fuzzy AHP method", *Axioms* 11/2022, 105.

6 Changlong Yu, Wei Liu, Yinan Fei, Jiaqi Chen, Ziyang Hu, "Influencing factors of online furniture purchase behavior based on analytic hierarchy process", *BioResources* 18/2023, 2857.

describe the influence of criteria, and its mathematical persuasiveness and its ability to determine contradictions in expert evaluations, has often been applied in various scientific disciplines⁷. In the AHP process, the decision-making model, as can be seen in Figure 1, consists of the decomposition of a complex problem into a hierarchical structure, where the goal is at the top of the hierarchy, and criteria, sub-criteria, and alternatives are at lower levels. Also, this method allows a complex problem with a large number of criteria and sub-criteria to determine the factors that influence the problem, their relative influence, as well as the interrelationship, the dominance of one factor over the other.

Figure 1: The hierarchical structure of the AHP



The AHP method is based on four axioms:

Reciprocity axiom: If element x_i is n times more significant than element x_j , then the element x_j is $1/n$ times more significant than the element x_i ;

Homogeneity axiom: Comparison only makes sense when the elements are comparable.

Dependency axiom: Allows the comparison among the set of criteria of one level with the criteria of a higher level. Comparisons at lower levels depend on the elements of a higher level.

Axiom of expectations: Recalculation is needed if any change in the structure of the hierarchy appears.

Decision makers give their opinions (their estimates) on a set of criteria and based on this, form a matrix of comparisons. This square

7 Thomas L. Saaty, *The Analytic Hierarchy Process*, McGraw-Hill; New York, 1980, 1–118. Also: Thomas L. Saaty, “Decision making with dependence and feedback: The analytic network process”, *Pittsburgh: RWS publications* vol. 4922, no. 2, 1996.

matrix $D=(d_{ij})_{(n \times n)}$, composed of a total of $n(n-1)/2$ comparisons of elements by pairs, reflects the importance of one criterion over another. It is clear that the decision maker could encounter a problem when asked to present the rating in the form of a numerical vector for a large number of alternatives. It happens that it is difficult to decide between several alternatives or to eventually realize that the decision made was not the best, all because of human cognitive boundaries and the inability to successfully follow a large number of alternatives. As it is generally accepted that it is not possible to compare more than 7 objects simultaneously⁸, a symmetric Saaty scale of 17 values is used, with the lowest value of 1/9 and a maximum of 9: {9,8,7,6,5,4,3,2,1,1/2,1/3,1/4,4/5,1/6,1/7,1/8,1/9}. Odd values, 1, 3, 5, 7, and 9, where 1 means criteria of equal importance, and 9 means the extreme importance of one criteria over another, are used for estimations, while even numbers are used when compromise is needed. The upper part of the matrix $D=(d_{ij})_{(n \times n)}$, is filled in, while the lower part is being defined as the reciprocal value, i.e. $d_{ij}=1/d_{ji}$, where d_{ij} is the relative importance of criterion x_i over criterion x_j . The eigenvector W corresponding to the comparison matrix D satisfies the condition $D \cdot W = \lambda \cdot W$, where λ is the eigenvalue, mathematically justifying the AHP method. It would be ideal if the eigenvalue λ equals n . Since this is hard to achieve in real life decision-making process, the weights are calculated using normalized eigenvector, corresponding to the maximum eigenvalue λ_{max} .

For matrix $D=(d_{ij})_{(n \times n)}$, we calculate the consistency index CI and consistency ratio CR , $CI=(\lambda_{max}-n)/(n-1)$, $CR=CI/RI$, where RI is a known random index (see the Table 1).

Table 1:
Table of Random Index Numbers and corresponding maximal eigenvalues

n	RI	λ _{max}	CI	CR
3	0.58	3.000	0.000	0.000
4	0.90	4.000	0.000	0.000
5	1.12	5.000	0.000	0.000
6	1.24	6.000	0.000	0.000
7	1.32	7.000	0.000	0.000
8	1.41	8.000	0.000	0.000
9	1.46	9.000	0.000	0.000

8 Dragan Pamučar, Goran Ćirović, Dragoljub Sekulović, Aleksandar Ilić, “A new fuzzy mathematical model for multi criteria decision making: An application of fuzzy mathematical model in a SWOT analysis”, *Scientific Research and Essays* 6/2011, 5374–5386.

For the comparison, for matrix D to be consistent, it should hold that $CR < 0.1$, meaning that consistency index equals 10 per cent of average consistency index of random generated matrices, yielding that the estimates of the relative importance of the criteria are counted as acceptable. For $CR = 0.1$, matrix is fully consistent⁹.

3. SELLING SPECIFIC GOODS AND RELATED CRITERIA

In the given example of selling former industrial facilities, the following points need to be highlighted. Industrial facilities with a high market demand are sold promptly. The rule is that demand exceeds supply, and the application of any method to find potential buyers may not be necessary as buyers actively seek sellers. The purpose of finding the best and fastest selling model is to maximize the received value in the shortest possible time frame. The specificity that necessitates the use of advanced technologies in finding contractors in this example is evident in several facts:

- a) It involves an industrial facility as part of a former business that did not survive in the given market;
- b) It is a product of specific purpose – an industrial facility, which can be considered a joint sale of both movable and immovable property, without initial favoritism of the value of one over the other;
- c) The sale is complicated by the fact that the specific item is subject to various procedures taking place before the relevant authorities, making it additionally “specific”;
- d) It is an item for which there is not a great deal of market interest or a belief that there is none at all.

The concept itself generally assumes that interest exists, based on the fact that there is a buyer for almost every item; the sale is just a matter of time. The authors believe that by applying the AHP method,

9 Mimica Milošević, Dušan Milošević, Ana D. Stanojević, Dragan M. Stević, Dušan J. Simjanović, “Fuzzy and interval AHP approaches in sustainable management for the architectural heritage in smart cities”, *Mathematics* 2021/9, 304.

potential buyers can be identified and their awareness of the need to make a purchase of a specific item even stimulated.

Defining proper criteria for the AHP method is in a particular focus of the authors. In certain industrial facilities, real estate (land and buildings) can make up a significant portion of the overall value. However, there are reverse examples, where installed equipment is worth multiple times more than the used real estate. It is necessary to find criteria that, uniformly applied, could successfully deal with the described dichotomy.

The criteria offered by the European standards for real estate assessment, which are applied to immovables such as distance from the city center, distance from major transportation services (airport, railway and bus stations), access to the property, property size and shape, topography and local infrastructure, physical characteristics of the property (architecture, built-in furniture and equipment, the energy performance certificate's rating, view, luminosity, state of repair, attractiveness and character, etc.), and other relevant information, cannot be fully applied to the presented example. These criteria do not adequately consider the movable items within the facility. Even in cases where all movable items are removed from the facility being sold, the authors believe that the mentioned criteria do not adequately take into account the specific purpose of the item being sold. Therefore, it is necessary to adapt and introduce new criteria to obtain a relevant result.

It would be crucial to rank the existence of items on the premises or their removal because it can be of paramount importance to a potential buyer of an industrial facility. Additionally, the decision to invest in that location for that type of industry, whenever such a decision was made, holds its value (market research, exploration of infrastructure potential, workforce availability research, possibilities for raw material procurement, etc.). Even if market conditions have changed, the former pre-investment expenditure cannot be ignored, making it useful for human potential influence examining¹⁰.

By constant testing and adhering to the four fundamental postulates of the AHP method, with the consultations of three experts in the

10 Aleksandra Penjišević, Branislav Sančanin, "Examining the Influence of Human Potential on Organizational Efficiency in the Company", *REVIZOR – Časopis za upravljanje organizacijama, finansije i reviziju* 27/2024, 1–8

field of economics, the authors find it necessary to classify the mentioned criteria into four major categories, the values of which will be ranked against each other: infrastructure, size, equipment status, and real estate status¹¹.

The above sets of criteria will be presented further on.

Table 2:
Sub-criteria representing Infrastructure (I).

Mark	Criteria
I1	Electricity and proximity of substation
I2	Fire protection network
I3	Stormwater drainage
I4	Width of the access road
I5	Distance from the highway
I6	Accessibility from the highway

Table 3:
Sub-criteria representing Capacity (C).

Mark	Criteria
C1	The size of the land plot
C2	The size of the building
C3	Plot without buildings
C4	Entrance width to the plot
C5	The possibility of building extensions
C6	The height of the building

11 V. Atiushkina, A. Zhekul, 2019, *op. cit.*, 34–50. Also: Susan J. Martin-Davidson, “Selling Goods Internationally: Scope of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Mich. St. U. Coll. LJ Int’l L.* 17/2008, 657. Also: Yung-Tsan Jou, Charmine Sheena Ramirez Saflor, Klint Allen Mariñas, Hannah Maureen Manzano, John Mark Uminga, Nicole Angela Verde, Ginber Dela Fuente, “An Integrated Multi-Criteria Decision Analysis and Structural Equation Modeling Application for the Attributes Influencing the Customer’s Satisfaction and Trust in E-Commerce Applications”, *Sustainability* 16/2024, 1727. Also: Mehedi Hasan Manik, “Addressing the supplier selection problem by using the analytical hierarchy process”, *Heliyon* 9/2023.

Table 4:
Sub-criteria representing Equipment status (E).

Mark	Criteria
E1	New equipment
E2	The equipment with visible signs of use
E3	The equipment that needs reparation
E4	The equipment in bad condition
E5	The equipment cannot be used

Table 5:
Sub-criteria representing Property status (P).

Mark	Criteria
P1	Property is maintained, in excellent condition
P2	Investment in property needed
P3	Investments in property needed for the change of purpose
P4	Property fit for decommissioning

This approach could also be applicable to the development and ranking of the company's competitive position¹².

4. RESULTS AND DISCUSSIONS

In applying the AHP method, the main criteria ranking is discussed first, followed by ranking individual sub-criteria. Finally, all of twenty-one sub-criteria are ranked.

In Table 6, the comparison matrix and weights for the four main sets of criteria are presented. Since the value $CR=0$, matrix is consistent. One can see that criteria I and C, as equally ranked, have equal weights 0.333333, same as criteria E and P, with weights of 0.166667.

12 Aleksandra Penjišević, Branislav Sančanin, Dragan Turanjanin, "The importance of training for the development and strengthening of a company's competitive position", *BizInfo (Blace) Journal of Economics, Management and Informatics* 15/2024, 57–63.

Table 6:
Comparison matrix and weights for main criteria $\lambda_{max} = 4$, (CR=0)

	I	C	II	F	Weights
I	1	1	1	1	0.133333
C	1	1	1	1	0.133333
II	1/2	1/2	1	1	0.166667
F	1/2	1/2	1	1	0.166667

The sub-criteria ranking is conducted in the same manner as the ranking of the main criteria. The comparison matrices are given in Tables 7–10. The results show consistent matrices. The best ranked sub-criterion is I1 – Electricity and proximity of substation, followed by I2 – Fire protection network and I3 – Stormwater drainage. At the bottom is The sub-criterion I6 – Distance from the highway stands at the bottom, being 8.73 times less important than I1, and 1.5 times less important than I5 (see Figure 2). Similarly to the main criteria comparison, the AHP method yields equal ranking in some cases, namely, in C-Capacity. Out of six sub-criteria, there are two pairs of equal rankings, in the highest and lowest rank. Sub-criteria C1 and C2, corresponding to the size of the land plot and the size of the building, respectively, have equal ranking. The possibility of building extensions (C5) and the height of the building, (C6) are the least important in this set of sub-criteria.

Table 7:
Comparison matrix for the criterion I ($\lambda_{max} = 6.123$, CR=0.02)

I	II	I3	I4	I5	I6	Weights	
I1	1	2	3	4	5	6	0.179157
I2	1/2	1	2	3	4	5	0.14885
I3	1/3	1/2	1	2	3	4	0.100434
I4	1/4	1/3	1/2	1	2	3	0.072443
I5	1/5	1/4	1/3	1/2	1	2	0.051484
I6	1/6	1/5	1/4	1/3	1/2	1	0.040545

Table 8:
Comparison matrix for the criterion I ($\lambda_{max} = 6.046, CR=0.007$)

C	C1	C2	C3	C4	C5	C6	Weights
C1	1	1	2	3	4	4	0.292943
C2	1	1	2	3	4	4	0.292943
C3	0.5	0.5	1	2	3	3	0.177927
C4	0.33	0.33	0.5	1	2	2	0.107958
C5	0.25	0.25	0.33	0.5	1	1	0.064148
C6	0.25	0.25	0.33	0.5	1	1	0.064148

Fig. 2:
The ranking of sub-criteria by group



The highest position in group E referring to the quality of the equipment, as can be seen in Table 7, holds E1 – New equipment, with the weight of 0.416212, and being 2.58 times more important than the third sub-criterion, and 6.67 times more important than the bottom sub-criterion in this group. Sub-criteria P2 and P3, corresponding to the property that needs investment and the property that needs investment for the change of purpose, hold the same rank, following the sub-criterion P1. These two sub-criteria both require additional investment to make the property fit for purpose. At the bottom of this set of sub-criteria is P4, property fit for decommissioning, being 6.26 times less important than P1.

Table 9:
Comparison matrix for the criterion E ($\lambda_{max} = 5.068$, CR=0.015)

E	E1	E2	E3	E4	E5	Weights
E1	1	2	3	4	5	0.116212
E2	1/2	1	2	3	4	0.241788
E3	1/3	1/2	1	2	3	0.16105
E4	1/4	1/3	1/2	1	2	0.098373
E5	1/5	1/4	1/3	1/2	1	0.062176

Table 10:
Comparison matrix for the criterion P ($\lambda_{max} = 4.028$, CR=0.01)

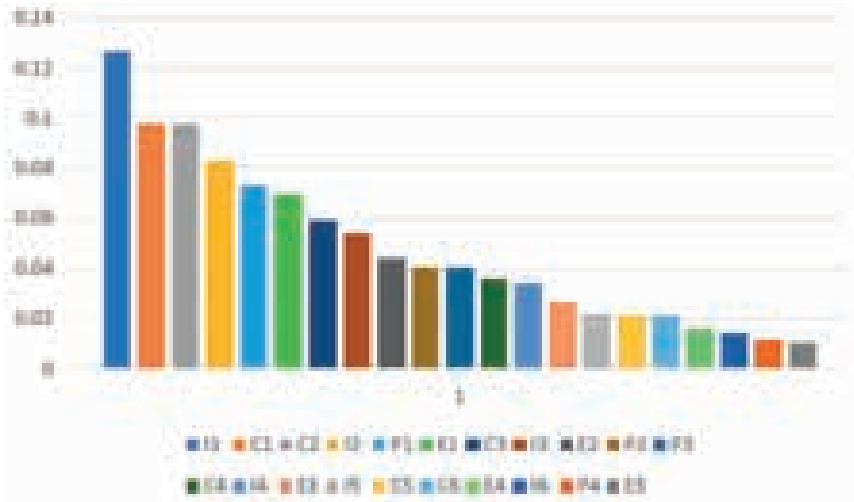
P	P1	P2	P3	P4	Weights
P1	1	2	3	4	0.438216
P2	1/2	1	1	4	0.245394
P3	1/3	1	1	4	0.245394
P4	1/4	1/4	1/4	1	0.069996

At the end, the results of the final ranking of sub-criteria were presented in Figure 3. Sub-criterion I1, the leading sub-criterion from the Infrastructure set, is top-ranked, with the weight of 0.126, followed by the leading sub-criteria from the Capacity set – C1 and C2, holding the same rank, with weights equaling 0.098. The top-ranked sub-criterion from the Property set is ranked fifth, being 1.78 times higher than P2 and P3. Three top-ranked sub-criteria from the E set are ranked sixth, ninth, and fourteenth, respectively, while the sub-criteria C5 and C6 hold equal rank, being the seventeenth, with a weight 0.022. The bottom ranks are reserved for the sub-criteria referring to the decommissioning status of property and the equipment that cannot be used. Their weights are 0.012 and 0.01, respectively.

In this specific example, the obtained results indicate that the search for a buyer should be based on the expressed needs for the amount of electric power that the plant can support. The selection should be made in relation to the industries that can use the existing connections. The results show that this criterion is eliminatory, as it is 23% higher compared to the other two. The first eliminatory crite-

tion determines the target group. Therefore, all those who need higher power capacity than the existing plant are not the target group.

Figure 3:
Final ranking of sub-criteria



In the defined target group, the other two eliminatory criteria should be applied. We refer to them as eliminatory criteria because their strength, compared to the following one along with the first eliminatory criterion, has 32%-impact on the decision. So, in the next step, one should look for property that matches their needs in terms of land size or building size. It is not necessary that the land and building sizes match completely, but to potentially meet their needs. Whether these needs will be satisfied or not depends on the achieved price. Considering the significantly weaker power of other criteria, it can be said that these are decisive. However, when considering a purchase, all attributes will be individually valued, but those with the highest rank will have the greatest impact on the decision-making. The next three criteria: the existence of a fire protection network, the condition of the property, and the condition of the equipment, are certainly significant but not decisive. In this specific case, it means that if a furniture factory were offered for sale to owners of another furniture factory based on the existence of equipment from the same industry, it would unnecessarily narrow down the circle of potential buyers, therefore, limit the

demand, which would negatively impact the final price. The results of the application of AHP method indicate that the logic of selling what is offered should be viewed from a different perspective, and by applying criteria, the factory should be offered to all potentially interested parties, based on the results of the analysis.

5. CONCLUSIONS

The issue of increasing the sales of specific goods can be viewed from the perspective of criteria that, with the application of the appropriate method, can be ranked to improve sales performance. By using the AHP principles or axioms, it is possible to determine criteria for each type of goods, rank them properly, and mathematically reach the target market without the impact of the law of probability.

In case of selling industrially unpopular facilities, by applying the so-called eliminatory criteria, the AHP method algorithm identifies key characteristics of potential buyers and categorises additional criteria by importance to serve as a basis for negotiating the price.

The presented AHP method algorithm in the chosen case can be applied to the sale of any type of specific goods, with the identification of key criteria and their ranking based on generally accepted rules for each specific area. Once defined, these criteria and their relationships could serve for numerous sales until radical changes occur in the market (if they do). Machine learning models could be trained using the AHP method for these purposes, enabling a more precise selection of potential buyers.

Dr Žarko Dimitrijević
Javni izvrštelj, Republika Srbija

Dr Dušan J. Simjanović
Docent na Fakultetu za informacione tehnologije,
Univerzitet Metropolitan u Beogradu.

PRIMENA AHP METODE U IZVRŠNIM POSTUPCIMA: SLUČAJ PRODAJE SPECIFIČNE ROBE

Rezime

Autori razmatraju koncept specifične robe iz perspektive određenih atributa koji običnu robu čine specifičnom. Specifična roba nije namenjena širem tržištu; ona ili ima kupce ili ih nema. Modeli mašinskog učenja i veštačke inteligencije svakako mogu biti od pomoći u istraživanju tržišta, ali šta uraditi ako postojeći modeli ne mogu da dovedu do konkretnih kupaca? Ekonomska teorija ukazuje da u redovnoj prodaji robe svako može biti potencijalni kupac, čak i van ciljne grupe. Isti princip se može primeniti i na prodaju specifične robe. U radu autori ističu moguću način razmišljanja i pružaju osnovu za obučavanje modela mašinskog učenja i veštačke inteligencije u pronalaženju kupaca specifične robe korišćenjem matematičke metode Analitičkog hijerarhijskog procesa (AHP). Autori su pronašli reprezentativan primer obične robe koja je postala specifična usled jednog ili više atributa u prodaji bivših industrijskih objekata. Radi testiranja hipoteze, autori su koristili bazu podataka o završenim prodajama koje je sproveo javni izvrštelj. Početna pretpostavka autora bila je da se u okviru AHP metode može razviti optimalan broj odgovarajuće rangiranih kriterijuma koji, na osnovu dobijenih rezultata, ukazuju na kupce van ciljne grupe za takvu specifičnu robu. Dobijeni rezultati i razvijena metodologija mogu se dalje primeniti u obučavanju modela mašinskog učenja i veštačke inteligencije u pronalaženju kupaca.

Ključne reči: *Višekriterijumsko odlučivanje. – VI. – AHP metoda. – Ekonomska oblast: tehničko-tehnološke nauke.*

LITERATURA

- Atiushkina, V., & Zhekul, A., “Analysis of the impact of goods characteristics on the results of personal selling”, *Маркетинг и цифрові технології* 3(1)/2019, 34–50.
- Chen, D. N., Tseng, C. W., & Lin, C. Y., “Applying fuzzy AHP on product selection service in e-commerce”, *International Joint Conference on Service Sciences* 2011, 198–202.
- Fay, S., & Xie, J., “Probabilistic goods: A creative way of selling products and services”, *Marketing Science* 27(4)/2008, 674–690.
- Jou, Y. T., Saflor, C. S., Mariñas, K. A., Manzano, H. M., Uminga, J. M., Verde, N. A., & Dela Fuente, G., “An Integrated Multi-Criteria Decision Analysis and Structural Equation Modeling Application for the Attributes Influencing the Customer’s Satisfaction and Trust in E-Commerce Applications”, *Sustainability* 16(5)/2024, 1727.
- Manik, M. H., “Addressing the supplier selection problem by using the analytical hierarchy process”, *Heliyon* 9(7)/2023.
- Martin-Davidson, S. J., “Selling Goods Internationally: Scope of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Mich. St. U. Coll. LJ Int’l L.* 17/2008, 657.
- Milošević, M. R., Milošević, D. M., Stanojević, A. D., Stević, D. M., & Simjanović, D. J., “Fuzzy and interval AHP approaches in sustainable management for the architectural heritage in smart cities”, *Mathematics* 9(4)/2021, 304.
- Pamučar, D., Ćirović, G., Sekulović, D., & Ilić, A., “A new fuzzy mathematical model for multi criteria decision making: An application of fuzzy mathematical model in a SWOT analysis”, *Scientific Research and Essays* 6(25)/2011, 5374–5386.
- Penjišević, A., & Sančanin, B. “Examining the Influence of Human Potential on Organizational Efficiency in the Company”, *REVIZOR – Časopis za upravljanje organizacijama, finansije i reviziju* 27(107)/2024, 1–8.
- Penjišević, A., Sančanin, B., & Turanjanin, D., “The importance of training for the development and strengthening of a company’s competitive position”, *BizInfo (Blace) Journal of Economics, Management and Informatics* 15(1)/2024, 57–63.

- Povlakić, M., Herenda, T., & Muftić, N., “Mogućnost zloupotrebe prava u postupku javnog nadmetanja za prodaju nekretnina u izvršnom postupku u pravu BiH”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 71(3–4)/2021, 301–346.
- Saaty, T. L., *The Analytic Hierarchy Process*, McGraw-Hill; New York, 1980, 1–118.
- Saaty, T. L., “Decision making with dependence and feedback: The analytic network process”, *Pittsburgh: RWS publications* vol. 4922, no. 2, 1996.
- Simjanović, D. J., Zdravković, N., & Vesić, N. O., “On the factors of successful e-commerce platform design during and after COVID-19 pandemic Using extended fuzzy AHP method”, *Axioms* 11(3)/2022, 105.
- Yu, C., Liu, W., Fei, Y., Chen, J., & Hu, Z., “Influencing factors of online furniture purchase behavior based on analytic hierarchy process”, *BioResources* 18(2)/2023, 2857.

Article history:

Received: 15. 11. 2024.

Accepted: 10. 12. 2024.

Dr. sc. Sanja Grbić*

Dr sc. Dejan Bodul**

PRAVO NA OBRAZOVANJE: IZAZOVI BUDUĆNOSTI KROZ JUDIKATE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA***

Obrazovanje i njegove reforme u posljednje vrijeme ulaze u žarište političkih rasprava. Prisutni su legislativni iskoraci, ali de facto realizacije još uvijek nema. Ipak, u pravnoj književnosti je naznačeno kako je svaka demokratska država odgovorna upravljati sustavom obrazovanja u skladu s načelom dobrog gospodara, osiguravajući dostupnost svih razina obrazovanja kako u prostornom, vremenskom tako i u financijskom smislu. Iako zakonodavci poduzimaju aktivnosti koje za cilj imaju afirmaciju općeg prava na obrazovanje, jednakog pristupa obrazovanju, zabrane svakog oblika diskriminacije i nejednakosti u obrazovanju i sl. autori će, prvenstveno, analizirajući judikaturu Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) prikazati u kojoj su mjeri Republika Hrvatska i Republika Srbija poduzimanjem legislativnih, administrativnih, institucionalnih i drugih mjera doprinijele istinskoj implementaciji punog i općeg prava na obrazovanje. Sekundarni cilj je sumarno usporediti obrazovno zakonodavstvo u Republici Hrvatskoj sa zakonodavstvom u Republici Srbiji. Usporednopravni prikaz daje uvid u sličnosti i razlike između pravne regulacije, a povijesna pripadnost istoj državi, s obzirom na zajedničku tradiciju i standarde pojedine grane prava, logičan je razlog uzimanja za uzor hrvatskoga i srpskog zakonodavstva.

* Autorica je izvanredna profesorica na Katedri za teoriju prava i države, filozofiju prava, ljudska prava i javnu politiku, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Hrvatska, sanja.grbic@pravri.uniri.hr, ORCID no. R-4134-2018 (Republika Hrvatska).

** Autor je izvanredni profesor na Katedri za građansko postupovno pravo, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Hrvatska, dejan.bodul@pravri.uniri.hr, ORCID no. S-7264-2018 (Republika Hrvatska).

*** Ovaj rad je financiran u okviru projektne linije ZIP UNIRI Univerziteta u Rijeci, za projekat ZIP-UNIRI-130-7-20.

Ključne reči: *Pravo na obrazovanje. – Evropska konvencija o ljudskim pravima. – Evropski sud za ljudska prava. – Odgoj.*

1. OKVIR ZA RASPRAVU

Pravo na obrazovanje može se nazvati osnovnim ljudskim pravom. Rani i predškolski odgoj u Republici Hrvatskoj uređen je Zakonom o predškolskom odgoju i obrazovanju¹ i pripadajućim podzakonskim aktima. Osnovnoškolski odgoj i obrazovanje počinje upisom u prvi razred osnovne škole te je regulirano Zakon o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi.² Novim Zakonom o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti uređuju se temeljna načela obavljanja djelatnosti visokog obrazovanja, znanstvene i umjetničke djelatnosti u funkciji visokog obrazovanja te se utvrđuje osnivanje i djelovanje ustanova u sustavu visokog obrazovanja, znanstvene i umjetničke djelatnosti, stručnog rada, postupak zapošljavanja na radna mjesta i napredovanje znanstvenika, nastavnika i suradnika zaposlenih u ovim ustanovama, te njihova prava i obveze.³ Štoviše, kada analiziramo normativni položaj prava na obrazovanje u pozitivnom zakonodavstvu Republike, nužno je istaknuti da je ono zajamčeno Ustavom kao jedno od ljudskih prava i sloboda.⁴ Analizom možemo zaključiti da je položaj prava na obrazovanje na normativnom planu zadovoljavajući.

Analizirajući zakonodavni okvir Republike Srbije⁵ vezano za pravo na obrazovanje počevši od predškolskog odgoja pa na dalje također možemo konstatirati kako je normativni plan zadovoljavajući.⁶

1 Zakon o predškolskom odgoju i obrazovanju, *Narodne novine*, br. 10/97, 107/07, 94/13, 98/19 i 57/22.

2 Zakon o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi *Narodne novine*, br. 87/08, 86/09, 92/10, ispr. –105/10, 90/11, 16/12, 86/12 – pročišćeni tekst i 94/13, 152/14, 7/, 68/18, 98/19, 64/20. i 151/22.

3 Zakon o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti, *Narodne novine*, br. 13/21.

4 Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 5/14, čl. 64, 66, 129a.

5 Pored ustavnih odredbi, Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06 i 115/21. navedenih u poglavlju 2, čl. 71 (vid. Vladan Petrov, Darko Simović, *Ustavno pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2018) u nekoliko sistemskih zakona postulirano je pravo svakog građanina na besplatno osnovno obrazovanje, a od značaja su i sljedeći zakoni: Zakon o predškolskom vaspitanju i obrazovanju, *Službeni glasnik RS*, br. 18/10, 101/17, 113/17 – dr. zakon, 95/18 – dr.

U obje zemlje, na praktičnoj empirijskoj razini, doktrina je istaknula kako je za kvalitetno obrazovanje nužno poraditi na sljedećim točkama. To su: (1) troškovi putovanja; (2) kapacitet učeničkih domova za mlade u srednjem obrazovanju; (3) kapacitet studentskih domova za studente visokih škola i fakulteta; (4) odnos proračunskog i samofinancirajućeg statusa; (5) opseg stipendija i kredita u troškovima studiranja.⁷ Naravno, ovo su problemi i puno jačih ekonomija.

Dakle, kako su *de lege lata* normativna rješenja u potpunosti usklađena s međunarodnim standardima, analizirati ćemo praksu Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) vezano za postupke povrede prava na obrazovanje jer polazimo od pretpostavke da saznanja o ovome mogu biti ključna za razumijevanje problematike rada, kao i za pravilnu primjenu instituta prava na obrazovanje, koje je utemeljeno na europskom pozitivnom pravu.

2. STUDIJA ODABRANIH SLUČAJEVA

U predmetu „koji se odnosio na određene aspekte prava na upotrebu jezika u obrazovanju u Belgiji“ (Belgijski jezični predmet)⁸

zakon, 10/19, 86/19 – dr. zakon, 157/20 – dr. zakon, 123/21 – dr. zakon i 129/21), Zakon o srednjem obrazovanju i vaspitanju, *Službeni glasnik RS*, br. 55/13, 101/17, 27/18 – dr. zakon, 6/20, 52/21, 129/21, 129/21 – dr. zakon i 92/23; Zakon o visokom obrazovanju, *Službeni glasnik RS*, 88/17, 73/18, 27/18 – dr. zakon, 67/19, 6/20 – dr. zakoni, 11/21 – autentično tumačenje, 67/21, 67/21 – dr. zakon i 76/23; Zakon o učeničkom i studentskom standardu, *Službeni glasnik RS*, br. 18/10, 55/13, 27/18 – dr. zakon i 10/19.

- 6 Sanja Đurđić, Pravo na obrazovanje kao ljudsko pravo, dostupno autorima.
- 7 Agenda za održivi razvoj do 2030. godine (United Nations General Assembly, 2030 Agenda for Sustainable Development with a set of 17 Sustainable Development Goals, <https://sdgs.un.org/goals>, 19.10.2024.); Marko Stojanović, *Celoživotno preduzetničko učenje na Zapadnom Balkanu – Korak napred*, Beogradska otvorena škola, Beograd 2019.; Vesna Jokić, Ksenija Petovar, „Socijalna isključenost i obrazovanje“, *Arhitektura i urbanizam* 27/2009, 46–56 i Dejan Bodul, „O otpustu, tzv. ‘studentskih kredita’ putem instituta potrošačkog stečaja u koautorstvu sa studentima“, *Proces preobrazbe hrvatskoga visokobrazovnog sustava Zbornik koautorskih radova nastavnika Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci i studenata*, (ur. Gabrijela Mihelčić *et al*), Pravni fakultet, Rijeka 2014, 179–199.
- 8 Presuda od 23. srpnja 1968, Predmet koji se odnosi na određene aspekte prava na upotrebu jezika u obrazovanju u Belgiji“ (Belgijski jezični predmet), App. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 i 2126/64.

skupina roditelja žalila se da zakon koji se odnosio na odredbe o obrazovanju diskriminira po osnovi jezika. S obzirom na postojanje francuskih i nizozemskih govornih zajednica u Belgiji, navedeni zakon određuje da država omogućuje ili subvencionira nastavu na francuskom ili na nizozemskom jeziku, ovisno o tome smatra li se regija francuskom ili nizozemskom. Roditelji djece koja govore francuski, a žive u regiji gdje se govori nizozemski, žalili su se jer se mogućnost izobrazbe njihove djece na francuskom jeziku sprječavala ili bitno otežavala. ESLJP je utvrdio da je razlika u postupanju bila opravdana. Odluku je temeljio na činjenici da su regije uglavnom jednojezične i da nastava na oba jezika ne bi bila održiva. Nadalje, obiteljima u nizozemskim regijama nije bilo zabranjeno omogućiti djeci privatnu poduku na francuskom.

Zakon koji određuje jezik na kojem se pruža školsko obrazovanje prema načelu teritorijalnosti ne dovodi do povrede članka 2 Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima (EKLJP).

Pravo na obrazovanje, zajamčeno člankom 2 Protokola br. 1 ne zahtijeva da ugovorne strane na svoj trošak osnivaju ili subvencioniraju obrazovanje određenog tipa ili razine, već jamči pojedincima, pod nadležnošću države ugovornice, da koriste obrazovne ustanove koje postoje na njezinom teritoriju, time neizravno definirajući obvezu države da se suzdrži od nametanja diskriminirajućih ograničenja pristupa svojim obrazovnim strukturama.

Da bi „pravo na obrazovanje“ bilo učinkovito, također je potrebno da osoba se obrazuje ima priliku koristiti se primljenim obrazovanjem, tj. ima pravo na stjecanje obrazovanja u skladu s važećim pravilima u svakoj državi kao i službenog priznanja završenih studija. Međutim, pravo na obrazovanje ne podrazumijeva pravo na primanje obrazovanja na jeziku koji su roditelji odabrali. Stoga zakonodavstvo koje određuje jezik na kojem se obrazovanje treba pružati prema načelu teritorijalnosti ne dovodi do povrede prava zajamčenog člankom 2 Protokola br. 1.

U predmetu *Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen protiv Danske*,⁹ Danska je donijela zakonodavstvo kojim se propisuje obvezna integracija seksualnog obrazovanja u nastavni plan i program državnih škola već u ranoj dobi, kao odgovor na povećanu stopu neželjenih trudnoća

9 Presuda od 7. prosinca 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen protiv Danske*, presuda, App. No. 5095/71, 5920/72, 5926/72.

i pobačaja. Roditelji koji su se protivili tome da njihova djeca primaju takvo obrazovanje podnijeli su zahtjev Europskoj komisiji za ljudska prava, tvrdeći da novi zakoni dovode do povrede njihovog prava kao roditelja na obrazovanje njihove djece u skladu s njihovim vjerskim i filozofskim uvjerenjima, prema članku 2 Protokola br. 1 uz EKLJP, prava na slobodu od vjerske diskriminacije prema članku 14, prava na poštovanje njihovog privatnog i obiteljskog života prema članku 8 i njihovog prava na slobodu mišljenja, savjesti prema čl. 9 EKLJP. Komisija je spojila ove zahtjeve i uputila ih ESLJP. Glavno pitanje je bilo je li integracija seksualnog obrazovanja u nastavni plan i program državnih škola dovela do povrede prava roditelja u odnosu na njihova vjerska i filozofska uvjerenja u obrazovanju njihove djece. ESLJP je zaključio da je svrha i priroda integriranog obrazovanja bila legitimni interes države s ciljem smanjenja stope neželjenih trudnoća, a ne indoktrinacija, te da su pružene informacije bile objektivne činjenice i znanje, a ne načela ili uvjerenja. Drugim riječima, nastavni plan i program nisu zagovarali određen moralni zaključak o ponašanju, a obrazovanje se pružalo na objektivan, kritičan i pluralistički način. Stoga, dodatni je nastavni plan i program, za razliku od vjerskog obrazovanja, bio dopušten kao obavezan i nije doveo do povrede članka 2 Protokola br. 1. Stoga, prava roditelja nisu bila povrijeđena tim zakonodavstvom.

Predmet *G.L. protiv Italije*¹⁰ odnosio se na nemogućnost podnositeljice, mlade djevojke koja pati od neverbalnog autizma, da dobije specijaliziranu potporu u učenju tijekom svoje prve dvije godine osnovnog obrazovanja, iako je ta potpora bila predviđena zakonom. ESLJP je ustanovio da je došlo do povrede članka 14. u vezi s člankom 2. Protokola br. 1, utvrdivši da podnositeljica nije mogla nastaviti pohađati osnovnu školu pod jednakim uvjetima kao i ostala djeca i da je ta razlika nastala zbog njezinog invaliditeta. Posebno je istaknuo da talijanske vlasti nisu nastojale utvrditi stvarne potrebe podnositeljice i pružiti prilagođenu podršku kako bi joj se omogućilo da nastavi svoje osnovno obrazovanje u uvjetima koji bi, koliko je to moguće, bili jednaki onima u kojima druga djeca pohađaju istu školu. Konkretno, vlasti nikada nisu razmatrale mogućnost da bi se nedostatak sredstava mogao nadoknaditi smanjenjem cjelokupne obrazovne naknade, tako da bi bila ravnomjerno raspoređena između učenika bez i onih s invaliditetom. Utvrdio je i kako je diskriminacija koju je pretrpjela

10 Presuda od 3. kolovoza 2000, *G.L. protiv Italije*, presuda, App. No. 22671/93.

podnositeljica bila još ozbiljnija zato što se dogodila u kontekstu osnovnog obrazovanja, koje je činilo temelj obrazovanja djeteta i njezine društvene integracije, pružajući djeci prvo iskustvo zajedničkog života u zajednici.

U predmetu *Leyla Sahin protiv Turske*¹¹ podnositeljica je turska državljanka koja je živjela je u Beču od 1999. otkad je otišla iz Istanbula kako bi nastavila svoje školovanje na Fakultetu Medicine na bečkom Sveučilištu. Dolazi iz muslimanske obitelji koja prakticira tradicionalni islam i smatra da joj je vjerska obveza nositi muslimansku maramu na glavi. U relevantno vrijeme bila je student medicine na petoj godini na istanbulskom Sveučilištu. Podnositeljici je, jer je nosila muslimansku maramu, zabranjen pristup na pisani ispit jednog predmeta kojeg je pohađala. Naknadno, Sveučilišne službe, po istoj osnovi, nisu joj dozvolile da se upiše na drugi kolegij, niti joj dopustile pristup različitim predavanjima ili pisanim ispitima. Također, Sveučilište joj je izdalo upozorenje zbog protivljenja Sveučilišnim pravilima odijevanja i suspendiralo ju je sa Sveučilišta na jedan semestar zbog sudjelovala u nedozvoljenom skupu okupljenom u znak protesta protiv tih pravila. Sve disciplinske mjere koje su joj izrečene, opozvane su prema jednom zakonu o amnestiji.

ESLJP ponavlja da je bilo od presudne važnosti da EKLJP bude tumačena i primijenjena na način koji će njezina prava učiniti djelotvornim, a ne teoretskim i iluzornim. Štoviše EKLJP je živi instrument koji mora biti tumačen u svjetlu današnjih okolnosti. Dok prva rečenica članka 2 u biti utvrđuje pristup osnovnom i srednjem obrazovanju, ne postoji jasna granica koja bi visoko obrazovanje odvojila od ostalih formi obrazovanja. Vijeće Europe je naglasilo ključnu ulogu i važnost visokog obrazovanja u promociji ljudskih prava i temeljnih sloboda kao i za osnaživanje demokracije. Stoga, bilo bi teško zamisliti da u današnje vrijeme postoje institucije visokog obrazovanja koje ne ulaze u opseg prve rečenice članka 2 Protokola br. 1. Iako taj članak ne nameće državi ugovornici obvezu da uspostavi takve institucije, bilo koja država koja to učini ima obvezu omogućiti učinkovito pravo na pristup tim institucijama. U demokratskom društvu, pravo na obrazovanje, koje je nužno u promociji ljudskih prava, ima temeljnu ulogu tako da restriktivno tumačenje prve rečenice članka 2 Protokola br. 1, ne bi bilo u skladu s ciljem ili smislom te odredbe. Stoga, ESLJP je smatrao

11 Presuda od 10. studenog, *Leyla Sahin protiv Turske*, App. No. 44774/98.

da bilo koja institucija visokog obrazovanja koja postoji u današnje vrijeme, ulazi u domašaj prve rečenice članka 2 Protokola br. 1, budući da je pravo na pristup takvim institucijama sastavni dio prava navedene odredbe. U ovom predmetu, ocjenjujući analogijom pitanje postojanja miješanja prema članku 9 ESLJP je prihvatio da su pravila, temeljem kojih je podnositeljici odbijen pristup različitim predavanjima i ispitima zbog nošenja marame, doveo do ograničenja njezinog prava na obrazovanje, usprkos činjenici da je imala pristup sveučilištu i imala pravo pohađati kolegije po vlastitom izboru u skladu s rezultatima postignutim na prijemnim ispitima za sveučilište. U skladu s člankom 9 ograničenje je bilo predviđeno, imalo je legitimni cilj, a i korištene mjere bile su proporcionalne. Poduzete mjere očigledno nisu sprječavale studente u obavljanju obveza određenih uobičajenim oblicima vjerskog izražavanja. Službe na sveučilištu tražile su sredstva kojima bi mogle izbjeći udaljavanje sa sveučilišta onih studenata koji nose marame, u isto vrijeme poštujući obvezu zaštite prava drugih kao i interese obrazovnog sustava. Osim toga, podnositeljica je mogla realno predvidjeti rizik odbijanja pristupa predavanjima i ispitima ukoliko, a što se i dogodilo, nastavi nositi maramu na glavi nakon 23. veljače 1998. U takvim okolnostima, zabrana nošenja marame nije umanjila samu suštinu podnositeljčinog prava na obrazovanje u svjetlu onog što je utvrdio ESLJP u odnosu na ostale članke koji se odnose na podnositeljicu. Također, ono nije bilo u sukobu sa drugim pravima iz EKLJP i pripadajući protokolima. ESLJP je stoga utvrdio da nema povrede čl. 2 Protokola br. 1.

U *Folgero i ostali protiv Norveške*¹² podnositelji u članovi Norveške humanističke organizacije (*Human-Etisk Forbund*) i roditelji čija su djeca u relevantnom razdoblju išla u osnovnu školu.

U jesen 1997. promijenila se satnica u norveškim osnovnim školama na način da je umjesto dva odvojena predmeta – Kršćanstva i Filozofije – uveden poseban predmet Kršćanstvo, religija i filozofija, tzv. KRL. Prije toga su roditelji mogli odlučiti da njihova djeca ne pohađaju predmet Kršćanstvo. Nakon navedenih izmjena, bilo je moguće da djeca ne pohađaju samo pojedine dijelove novog predmeta. U okviru KRL-a učilo se o Bibliji i kršćanstvu kao obliku kulturnog nasljeđa, evangelističkoj luteranskoj vjeri (službena vjera u Norveškoj, 86% stanovnika Norveške pripada toj religiji), ostalim kršćanskim religijama,

12 Presuda od 29. lipnja 2007, *Folgero i ostali protiv Norveške*, App. No. 15472/02.

ostalim religijama i filozofijama u svijetu te o etici i filozofiji općenito. Također, bilo je zamišljeno da će se na taj način promovirati međureligijski dijalog i poštovanje i snošljivost prema pripadnicima različitih vjerovanja i kultura. KRL je uveden u sve razrede tijekom školske godine 1999./2000. Podnositelji i drugi roditelji su bezuspješno zahtijevali da njihova djeca ne pohađaju KRL. Zakon o obrazovanju iz 1998. godine, koji je stupio na snagu 1. kolovoza 1999. propisivao je „učenicu će, na temelju pisanog zahtjeva roditelja, biti omogućeno nepohađanje onih dijelova nastave u konkretnoj školi koji se, sa stajališta vjeroispovijesti i filozofije života učenika, čine suvišnima i nepotrebnima ...“.

Osmoro roditelja (ne uključujući podnositelje) zajedno sa svojom djecom podnijelo je, temeljem Protokola uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, pritužbu Odboru UN-a za ljudska prava. Odbor je tada zaključio kako tako uređena nastava predmeta KRL predstavlja povredu Pakta. Kada je predmet podnesen pred ESLJP on je najprije utvrdio kako je intencija KRL-a bila da proučavanjem kršćanstva zajedno s drugim religijama i filozofijama omogući stvaranje otvorenog i neisključivog školskog okruženja, koje će se s poštovanjem odnositi prema socijalnom porijeklu učenika, njihovim religijskim uvjerenjima, nacionalnosti ili etničkoj pripadnosti. Kao takva, ta intencija je svakako u skladu s načelima pluralizma i objektivnosti određenima u članku 2 Protokola br. 1. Spornim izmjenama Zakona o obrazovanju iz 1998. htjelo se omogućiti prenošenje znanja ne samo o kršćanstvu, već i o ostalim svjetskim religijama i filozofijama. Cilj je bio izbjeći sektaštvo i njegovati međukulturalni dijalog i razumijevanje na način da učenici zajedno rade u okviru jednog predmeta, a ne da im se omogući potpuno izuzimanje koje bi onda opet dovelo do postojanja nekoliko grupa učenika koji se svi bave različitim temama. Sama činjenica da se u okviru predmeta više učilo o kršćanstvu nego o drugim religijama nije dovoljna da bi se otvorilo pitanje povrede članka 2 Protokola br. 1. S obzirom na ulogu kršćanstva u norveškoj povijesti i tradiciji, u nadležnosti je države da odredi okvire i sadržaje satnice. Međutim, razvidno je kako je velika važnost dana kršćanstvu, što posebno proizlazi iz tzv. „kršćanske klauzule cilja“ iz Zakona o obrazovanju iz 1998, prema kojoj je cilj osnovnog i nižeg srednjeg obrazovanja, između ostalog, da učenici, u suradnji i u skladu s obiteljima, dobiju kršćanski i moralni odgoj. Takvo davanje prednosti kršćanstvu proizlazilo je i iz formulacija upotrijebljenih u

zakonu. Štoviše, otprilike polovica tema predviđenih satnicom se odnosila samo na kršćanstvo dok su se u okviru ostalih tema obrađivale druge religije i filozofija. Stoga, tako uređen sadržaj KRL-a navodi na zaključak da je razlika u poučavanju kršćanstva u odnosu na druge religije i filozofije ne samo kvantitativna, već i kvalitativna. Zbog takvih nejednakosti upitno je bi li tako postavljen predmet doveo do promicanja razumijevanja, poštivanja i dijaloga među ljudima različitih vjerskih i drugih uvjerenja. ESLJP je stoga razmotrio i je li mogućnost roditelja da traže djelomično izuzimanje djece s nastave dovoljna kako bi se neutralizirala takva nejednakost. Utvrdio da je takvo djelomično izuzimanje u praksi dovodilo do određenih problema. Naime, roditelji su trebali biti primjereno informirani o detaljima nastavnog programa kako bi mogli unaprijed obavijestiti školu o dijelovima programa koji su, po njihovom mišljenju, nespojivi s njihovim vjerovanjima i uvjerenjima. Roditeljima je pak bilo poprilično teško biti u toku s programom i izdvojiti nespojive dijelove, pogotovo kad se uzme u obzir da je većini roditelja problem predstavljala sama činjenica da se u okviru KRL-a većinom uči samo o kršćanstvu.

Nadalje, iako se inače, kad se traži izuzimanje s religijskih aktivnosti, ne mora navesti razlog, u ovom slučaju roditelji su morali navesti razloge za djelomično izuzimanje. ESLJP je utvrdio kako se osobna vjerska i filozofska uvjerenja dotiču najintimnijih aspekata osobnog života. Iako roditelji nisu bili obvezni otkriti svoja uvjerenja te iako su se školske vlasti usmjerile samo na kontrolu izvršavanja prava roditelja, ESLJP je ipak utvrdio kako je postojao rizik da se roditelji osjete prisiljenima razotkriti školskim vlastima svoja uvjerenja. Također, u slučaju ispitivanja zahtjeva roditelja kojim se traži djelomično izuzimanje, škole bi, u suradnji s roditeljima, trebale primjenjivati fleksibilniji pristup, uzimajući u obzir religijske i filozofske svjetonazore roditelja kao i o aktivnostima koje se provode u okviru samog sadržaja navedenog predmeta. Stoga bi se, u određenom broju aktivnosti, npr. u molitvama, pjevanju himni, sudjelovanjima u crkvenim službama i školskim predstavama, aktivno sudjelovanje moglo zamijeniti samo prisustvovanjem, a misao vodilja bila bi da se učenik isključi s aktivnosti kao takve, a ne da mu bude onemogućeno i upijanje znanja povezanih s takvim aktivnostima. Ipak, po mišljenju ESLJP, razliku između aktivnog sudjelovanja i upijanja znanja ne samo da je teško odrediti u praksi, već to dovodi da se suštinski smanjuje učinkovitost djelomičnog

izuzimanja kao takvog. Osim toga, na čisto praktičnoj razini, roditeljima bi moglo biti neugodno tražiti učitelje da na sebe preuzmu dodatan posao takvog diferenciranog poučavanja. ESLJP je stoga utvrdio da je takav sustav djelomičnog izuzimanja prevelik teret za roditelje, u smislu da ih se izlaže riziku da moraju otkrivati svoja intimna uvjerenja, odnosno, riziku da uđu u sukob samo zbog toga što su tražili takvo izuzimanje. U pojedinim slučajevima, posebno onima koji se tiču aktivnosti religijskog karaktera, djelomično izuzimanje bi čak bilo bolje zamijeniti diferenciranim poučavanjem. Iako bi se to onda teško moglo uskladiti s pravom na obrazovanje i privatni život prema članku 2 Protokola br. 1, tumačenim u svjetlu čl. 8 i 9 EKLJP. ESLJP je podsjetio kako je EKLJP zamišljena da bi „osigurala ne prava koja su čisto teoretska i stoga iluzorna, već prava koja su realna i učinkovita“.

Stoga, ne može se smatrati da je Norveška pokazala dovoljno pažnje kako bi se informacije i znanje obuhvaćeno programom prenijelo na učenike na objektivan, kritičan i pluralistički način u smislu članka 2 Protokola br. 1.

U predmetu *D.H. i drugi protiv Češke*¹³ podnositelji su 18 državljana Republike Češke romskog porijekla. Između 1996. i 1999. podnositelji, koji su u to vrijeme bili maloljetni, raspoređeni su u specijalne škole za djecu s intelektualnim poteškoćama. Odluku o raspoređivanju djeteta u specijalnu školu donosio je razrednik na temelju rezultata testa za utvrđivanje intelektualnih sposobnosti djeteta. Roditelji podnositelja su pristali, a u nekim slučajevima čak isključivo zahtijevali da se njihova djeca smjeste u specijalne škole. U odlukama je stajala pouka o pravu na izjavljivanje žalbe, koje ni jedan podnositelj zahtjeva nije iskoristio. Osporavajući pouzdanost tih testova i tvrdeći da njihovi roditelji nisu bili adekvatno informirani o posljedicama pristanka na upis u specijalne škole, 14 podnositelja zatražilo je od stručnog obrazovnog tijela da razmotri, izvan formalnog žalbenog postupka, upravne odluke o njihovom raspoređivanju u specijalne škole. Stručno obrazovno tijelo je utvrdilo da su sporne odluke u skladu s propisima. Istovremeno, pozivajući se na članak 3 i 14 EKLJP i članak 2 Protokola br. 1 dvanaest podnositelja podnijelo je ustavnu tužbu u kojoj su se žalili, *de facto*, na diskriminaciju u općem funkcioniranju sustava specijalnog obrazovanja i na to da nisu bili adekvatno informirani o posljedicama njihovog raspoređivanja u specijalne škole. Tvrđili su da je njihovo

13 Presuda od 13. studenog 2007, *D.H. i drugi protiv Češke*, App. No. 57325/00.

raspoređivanje u specijalne škole opća praksa koja je rezultat segregacije i rasne diskriminacije koje se ogledaju u postojanju paralelnih obrazovnih sustava, konkretno specijalnih škola za Rome i „redovnih“ osnovnih škola za većinsko stanovništvo. Ustavni sud je odbacio njihove žalbe, dijelom zato što nije bio nadležan u toj stvari, a dijelom zbog toga što su žalbe bile očito neutemeljene. Vijeće je utvrdilo da nije došlo do povrede članka 14 EKLJP u vezi sa člankom 2 Protokola br. 1. Češka je tvrdila da sustav specijalnih škola nije uveden isključivo da bi zadovoljio potrebe romske djece već da su uloženi značajni naponi u tim školama da bi se pomoglo određenim kategorijama učenika da steknu osnovno obrazovanje. Vijeće je primijetilo da se odredbe koje uređuju raspoređivanje djece u specijalne škole ne odnose na etničko porijeklo djece, već da nastoje ostvariti legitimni cilj prilagođavanja obrazovnog sustava potrebama, sposobnostima i invaliditetu djece. Veliko vijeće je utvrdilo kako su Romi postali specifična vrsta ugrožene i ranjive manjinske skupine i da, kao takvi, zahtijevaju posebnu zaštitu, uključujući i onu u oblasti obrazovanja. Podnositelji su tvrdili da su, zato što su bili smješteni u specijalne škole, bez objektivnog i razumnog opravdanja, bili dovedeni u nepovoljniji položaj u odnosu na djecu koja nisu Romi, u usporedivoj situaciji. Stoga, to predstavlja „indirektnu“ diskriminaciju. Dostavili su statističke dokaze, na temelju informacija koje su dobili od razrednika, koji pokazuju da romska djeca čine preko jedne polovine učenika smještenih u lokalne specijalne škole, a da romska djeca čine samo 2.26% ukupne gradske populacije djece koja pohađaju osnovne škole. Veliko vijeće je prihvatilo da, u nedostatku službene državne statistike o etničkoj pripadnosti učenika, statistički podaci koje su dostavili podnositelji možda nisu u cijelosti pouzdani.¹⁴ No, ipak, smatralo je da ovi podaci ukazuju na dominantni trend koji su potvrdili i tužena država i nezavisna nadzorna tijela. Uprkos činjenici da su formulirane u veoma neutralnom tonu, relevantne zakonske odredbe imaju značajno veći utjecaj na romsku djecu. ESLJP je prihvatio da je odluka čeških vlasti da zadrže sustav specijalnih škola motivirana željom da se pronađu rješenja za djecu s posebnim obrazovnim potrebama. Međutim, dijeli zabrinutost drugih institucija Vijeća Europe koje su istaknule da ih brine vrlo pojednostavljen nastavni plan i program koji se provodi u tim školama, a naročito, segregacija do koje je sustav doveo. Kad su u pitanju testovi za

14 *Ibid.*

procjenu intelektualne sposobnosti djece, isti test se primjenjivao na svu djecu, bez obzira na njihovu etničku pripadnost. Češke vlasti su i same priznale 1999. da su „romska djeca sa prosječnim ili iznad-prosječnim intelektualnim sposobnostima“ često raspoređivana u ovakve škole na osnovu rezultata psiho-testova i da su ti testovi osmišljeni za većinu, a da nisu u obzir uzimali specifičnosti Roma. U ovakvim okolnostima, iako je uvažio napore čeških vlasti da osiguraju školovanje romske djece i poteškoće na koje su nailazili u tom procesu, ESLJP nije uvjeren da je razlika u postupanju između romske i djece koja nisu Romi bila objektivno i razumno opravdana niti da je postojao razuman omjer proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja kojem se težilo. S obzirom da je utvrđeno da je relevantni zakon, koji je bio u primjeni u relevantno vrijeme, imao nesrazmjerno štetan učinak na romsku zajednicu, podnositelji zahtjeva, kao pripadnici te zajednice, nužno su pretrpjeli isti diskriminatorni tretman. Stoga je došlo do povrede članka 14 u svezi s člankom 1 Protokola br. 2.

U predmet *Stoian protiv Rumunjske*¹⁵ podnositelj zahtjeva, dijete s invaliditetom i njegova majka tvrdili su da rumunjske vlasti nisu omogućile odgovarajući pristup obrazovanju. Podnositelj je mladić s kvadrilegijom. Predmet se odnosi na njegovo upisivanje u dva školska centra u Bukureštu – Školu br. 131 (razredi 5. i 6, 2011/2013. godine) i Gimnaziju *Eminescu* (razredi 9. i 10, 2015/2017. godine). Podnositelji su tvrdili da državne škole nisu prilagodile nastavu djeci s invaliditetom. Škole i okolina oko njih većinom su bili nepristupačni za osobe u invalidskim kolicima. Nastava, također nije bila prilagođena njihovim potrebama. Vlasti su očekivale da će podnositeljica pružiti svom sinu osobnu pomoć tijekom školskog vremena. Terapije koje je podnositelj trebao nisu bile dostupne. Koordinacija između različitih agencija koje su imale dužnosti u području inkluzivnog obrazovanja bila je loša. Individualno obrazovno planiranje bilo je ispod standarda, a podrške predviđene zakonom nisu bile dostupne u praksi.

Istaknut je posebno ozbiljan incident koji se dogodio u Školi br. 131. Kao odgovor na povećane zahtjeve za obrazovnim prilagodbama, škola je pokušala uvjeriti podnositelje da prihvate obrazovanje kod kuće. Ravnatelj je optužio majku podnositelja za uzrokovane smetnje i pokušao ograničiti njezin boravak u školi, ne pružajući alternativne mogućnosti za pružanje osobne pomoći podnositelju. Sukob je

15 Presuda od 8. srpnja 2014, *Stoian protiv Rumunjske*, App. No. 33038/04.

kulminirao 3. travnja 2013. godine, kada su dva policijska službenika, poslana nakon poziva ravnatelja, ušla u učionicu, uhvatila majku podnositelja, koja je u tom trenutku pomagala svom sinu, vukli je po podu, stavili joj lisice i odveli je u policijsku postaju, gdje je kratko zadržana prije puštanja uz formalno upozorenje. Nakon incidenta, ravnatelj je jasno dao do znanja da podnositelji više nisu dobrodošli u toj školi.

Podnositelji su podnijeli zahtjev ESLJP pozivajući se na pravo na obrazovanje, diskriminaciju, pravo na djelotvorno pravno sredstvo te nečovječno i ponižavajuće postupanje. Podnositelj se 2016. godine upisao u Gimnaziju *Eminescu* gdje je naišao na slične probleme kao u Školi br. 131. Podnesene su brojne intervencije trećih strana, uključujući Povjerenika Vijeća Europe za ljudska prava, Posebnog izvjestitelja UN-a o pravima osoba s invaliditetom, Zakladu *Validity*, Međunarodni savez osoba s invaliditetom, Europski forum osoba s invaliditetom i Amnesty International, među ostalima, što je ukazivalo na važnost ovog slučaja za globalni pokret za prava osoba s invaliditetom.

U svojoj presudi, ESLJP je istaknuo da podnositelju nikada nije bilo formalno uskraćen pristup obrazovanju, da su neke razumne prilagodbe bile dostupne i da su sudovi pravovremeno i adekvatno intervenirali kako bi ispravili eventualne propuste. Osim toga, sami podnositelji bili su odgovorni za neke od navodnih teškoća. ESLJP je naglasio da su nacionalne vlasti bolje pozicionirane za procjenu lokalnih okolnosti i raspodjelu resursa kako bi zadovoljile različite obrazovne potrebe. Stoga, ESLJP je smatrao da nije došlo do povrede članka 2 Protokola br. 1, uzetog zasebno i u vezi s člankom 14, utvrđujući da su rumunjske vlasti ispunile svoju obvezu pružanja razumne prilagodbe podnositelju dodjeljivanjem sredstava za zadovoljavanje obrazovnih potreba djece s teškoćama u razvoju.

U predmetu *Çam protiv Turske*,¹⁶ odbijanje upisa slijepo osobe na Glazbenu akademiju unatoč tome što je prošla prijemni ispit predstavljalo je povredu članka 14 u vezi s člankom 2 Protokola br. 1. Mjerodavne domaće vlasti nisu ni u kojem trenutku pokušale utvrditi potrebe podnositeljice niti objasniti kako je njezina sljepoća mogla onemogućiti njezin pristup glazbenom obrazovanju. Također, nisu ni razmatrale poseban smještaj kojim bi se zadovoljile posebne obrazovne potrebe koje proizlaze iz sljepoće podnositeljice.

16 Presuda od 23. veljače 2016, *Çam protiv Turske*, presuda, App. No. 23682/13.

Podnositeljica je pred ESLJP tvrdila da je došlo do povrede prava na obrazovanje prema članku 2 Protokola br. 1 kao i do diskriminacije prema članku 14, budući da Turska nije omogućila jednake mogućnosti osobama s invaliditetom. Tvrdila je i da je bila diskriminirana isključivo zato što je bila slijepa. ESLJP je ovdje proširio pojam razumne prilagodbe iz Konvencije o pravima osoba s invaliditetom (dalje: KPOI) i istaknuo da ona obuhvaća i olakšavanje pristupa pravu na obrazovanje osobama s invaliditetom. Utvrđujući povredu članka 14 u vezi s pravom na obrazovanje utvrdio je da do diskriminacije na temelju invalidnosti dolazi i ukoliko se odbije razumna prilagodba. Takva prilagodba je u ovom predmetu bila nužna kako bi podnositeljica mogla ostvariti svoje pravo na glazbeno obrazovanje, a koje joj je spriječila Turska bez ikakvog razumnog i opravdanog obrazloženja. Ova presuda je značajna i stoga što je ESLJP utvrdio povredu zbog odbijanja razumne prilagodbe iz KPOI iako se podnositeljica u svom zahtjevu na nju nije niti pozvala.

Predmet *Enver Şahin protiv Turske*¹⁷ postavio je pitanje pristupa sveučilišnim prostorijama, budući da je podnositelj postao paraplegičar tijekom studija. ESLJP je utvrdio da je odbijen pristup podnositelju na temelju činjenice da se neophodni radovi prilagodbe ne mogu provesti u tako kratkom roku zbog nedovoljnih sredstava. Unatoč slobodi procjene koju nacionalne vlasti ovdje imaju, ESLJP je smatrao neprihvatljivim da je problem pristupačnosti ostao neriješen sve dok nisu dobivena sva sredstva za dovršetak čitavog niza radova. Što se tiče prijedloga za pružanje osobne pomoći, ESLJP je utvrdio nedostatak pojedinačne procjene stvarne situacije podnositelja. Takvo postupanje nije bilo razumno u smislu jamčenja osobne autonomije jer je zanemarena potreba podnositelja da živi samostalno. Stoga, utvrđeno je da je došlo do povrede članka 14 zajedno s člankom 2 Protokola br. 1.

U predmetu *Dupin protiv Francuske*¹⁸ podnositeljica, majka autističnog djeteta, tvrdila je da su domaće vlasti odbile dopustiti njezinom djetetu da pohađa redovnu školu. Također, tvrdila je da država nije ispunila svoju pozitivnu obvezu poduzimanja potrebnih mjera za djecu s teškoćama u razvoju, te da nedostatak obrazovanja sam po sebi predstavlja diskriminaciju. Istaknula je i da su posebna sredstva koja država izdvaja za autističnu djecu nedostatna. ESLJP je prigovor podnositeljice proglasio nedopuštenim jer je bio očito neosnovan,

17 Presuda od 30.1.2018, *Enver Şahin protiv Turske*, App. No. 23065/12.

18 Odluka od 24. siječnja 2019, *Dupin protiv Francuske*, App. No. 2282/17.

utvrdivši da odbijanje da se dijete primi u redovnu školu ne predstavlja propust države da ispuni svoje obveze prema članku 2 Protokola br. 1 ili sustavno uskraćivanje njegova prava na obrazovanje zbog njegovog invaliditeta. Osobito je primijetio da su nacionalne vlasti djetetovo stanje smatrale preprekom za njegovo obrazovanje u redovnom okruženju. Nakon što je procijenjena razina djetetovog invaliditeta i korist koju bi mogao imati od pristupa inkluzivnom obrazovanju, odlučili su se za obrazovanje koje je bilo prilagođeno njegovim potrebama, u specijaliziranom okruženju. ESLJP je ustanovio i da je otac djeteta prihvatio ovakvu strategiju obrazovanja. Štoviše, dijete je od 2013. godine dobivalo učinkovitu odgojno-obrazovnu podršku u okviru ustanove za posebne zdravstveno-odgojne potrebe, te je takav oblik školovanja bio pogodan za njegov osobni razvoj. ESLJP je smatrao da je stoga zahtjev očito neosnovan.

U predmetu *T.H. protiv Bugarske*¹⁹ radilo se o učeniku kojemu su pri upisu u prvi razred osnovne škole dijagnosticirani problemi u ponašanju kao i kognitivna disfunkcija koja utječe na mogućnost učenja i proces prilagodbe na školu. Škola je poduzela mjere kako bi se prilagodila njegovoj posebnoj situaciji. Međutim, problemi su se tijekom školske godine pogoršali. U drugom razredu su mu dijagnosticirani dodatni poremećaji zbog čega je imao posebne obrazovne potrebe te su u školi poduzete dodatne mjere kako bi mu se osigurala prilagođena nastava u dogovoru s njegovim roditeljima. Međutim, navedene mjere nisu imale učinka i tada je napustio tu školu. Nakon što je promijenio više škola, obrazovanje je nastavio u školi u kojoj mu je omogućen individualni obrazovni program. Podnositelj zahtjeva pred ESLJP tvrdio je da su ga: (a) učitelji i ravnatelj osnovne škole koju je pohađao maltretirali i prema njemu postupali neprofesionalno, te da (b) nisu organizirali njegovo obrazovanje na način koja odgovara njegovim posebnim obrazovnim potrebama. U svom se zahtjevu pozvao na članak 14 EKLP u vezi s određenim odredbama Konvencije Ujedinjenih naroda o pravima djeteta iz 1989. uključujući njezin čl. 28, st. 1 koji se odnosi na pravo na obrazovanje.

ESLJP ponavlja kako članak 14 zabranjuje diskriminaciju zbog invaliditeta te da neuspjeh razumne prilagodbe osobama s invaliditetom predstavlja diskriminaciju. Nadalje, pojam razumne prilagodbe treba se tumačiti u skladu s njegovim značenjem iz članka 2 KPOI.

19 Presuda od 11. travnja, *T.H. protiv Bugarske*, presuda, App. No. br. 46519/20.

Primjenom ovih načela ESLJP ističe dva aspekta zahtjeva. S jedne strane, analizira jesu li učitelji izravno diskriminirali podnositelja zahtjeva zbog invaliditeta time što su ga neopravdano tretirali nepovoljnije. S druge strane, istražuje je li škola osigurala odgovarajuću razumnu prilagodbu za T.H. Razmatrajući mogućnost izravne diskriminacije, ESLJP je prihvatio da je podnositelj zahtjeva bio u relevantno sličnoj situaciji kao druga djeca bez invaliditeta te da se prema njemu postupalo drugačije zbog invaliditeta. Isto tako, način na koji je ravnateljica postupala s incidentima na koje se žalio podnositelj zahtjeva bio je razumno opravdan. Također, ESLJP nije smatrao opravdanom tužbu o uznemiravanju, budući da dostupni dokazi upućuju na zaključak da su podnositeljev učitelj i ravnatelj u više navrata opravdano i razmjerno reagirali na ponašanje T.H. Što se tiče pitanja razumne prilagodbe, ESLJP primjećuje da su prije i nakon dijagnoze T.H.-a poduzete mjere kako bi se osiguralo njegovo učinkovito obrazovanje. Škola je organizirala razne sastanke s roditeljima, a bila je uključena i njezina pedagoška savjetnica. Nakon dijagnoze izrađen je individualni odgojni plan uz dogovor i dopune roditelja. Stoga, škola je poduzela nekoliko mjera kako bi zadovoljila potrebe T.H.-a. Ove mjere nisu utjecale na rješavanje ili smanjenje problema u ponašanju i nakon savjeta liječnika, roditelji su sami odlučili ispisati T.H. iz škole. S tim u vezi, ESLJP ukazuje da su poteškoće T.H. u određenoj mjeri uzrokovane ponašanjem njegovih roditelja, koji su se opirali mjerama koje je predložila škola i inzistirali na tome da svi problemi proizlaze isključivo iz stava ravnatelja, podnositeljevog učitelja, školskog osoblja i ostalih učenika. Usvajanje ovakvog stava ugrozilo je odnos između zainteresiranih strana. ESLJP prihvaća da je škola primijenila razumne prilagodbe kako bi se pobrinula za posebne potrebe T.H. Budući da je njegovo ponašanje također imalo izravan negativan utjecaj na sigurnost i dobrobit drugih učenika i njihovu mogućnost dobivanja učinkovitog obrazovanja, ravnatelj i podnositeljeva učiteljica morali su se uključiti u teško balansiranje između njegovih interesa i interesa njegovih kolega iz razreda. U tom pogledu, ESLJP ponavlja da članak 14 EKLJP zahtijeva ostvarivanje razumne prilagodbe. Nadalje, to ne znači da treba napraviti sve moguće prilagodbe kako bi se ublažile razlike koje proizlaze iz nečijeg invaliditeta. Stoga, nije došlo do povrede članka 14 EKLJP uzetog u vezi s člankom 2 Protokola br. 1.

3. UMJESTO ZAKLJUČKA

Postupno pravo na obrazovanje dobiva status prioriteta međunarodne zajednice, ali je očigledno da od donošenja Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima i od usvajanja Konvencije o pravima djeteta (1990), obveza njegove pune afirmacije nije ispunjena. Iz hrvatske i srpske perspektive mnogo je primjera pojedinačnih politika kojima je cilj unaprijediti kvalitetu obrazovanja. Ipak problem s raspoloživošću predškolskih ustanova prisutan je u većim gradovima. Najnovijim reformama RH i RS daju potencijal učenicima/ama stručnog obrazovanja i obuke u ovladavanju kompetencijama potrebnim za uspješan ulazak na tržište rada. Na drugoj strani, niske stope zaposlenosti nedavnih diplomanata/ica ukazuju na višegodišnje probleme visokoškolskog obrazovanje.

Jedna od ključnih izazova, na što ukazuje doktrina i judikatura ESLJP, je pripremiti nastavnike za prijem učenika migranata u školu. Školski etos je uvijek važan čimbenik kod dolaska novih učenika, a stručni i kompetentni nastavnici se prepoznaju kao nezaobilazan čimbenik uspješnosti. Također, judikatura ESLJP prepoznaje obvezu nadležnih obrazovnih vlasti da kroz stalni, kontinuirani proces osiguravaju kvalitetu rada nastavnika kroz edukacije.

Nadalje, tržišni troškovi kvalitetnog obrazovanja su, bez izuzetka, visoki u svakoj društvenoj zajednici.²⁰ S obzirom na specifičan status i utjecaj koje obrazovanje građana ima na brojne sfere društvenog života, judikatura ESLJP pokazuje prijekim učiniti dodatne napore da se obrazovanje učini kako kvalitetnijim tako i dostupnijim djeci i mladima iz ekonomski slabijih društvenih grupa kao i osobama s invaliditetom.²¹ Primjerice, nakon utvrđivanja povrede prava na obrazovanje i

20 Graeme Atherton, Steven Jones, Alex Hall, „Does Cost Matter? Students’ understanding of the higher education finance system and how cost affects their decisions. National Education Opportunities Network (NEON)“, http://www.educationopportunities.co.uk/wp-content/uploads/DoesCostMatter_ANEONReport.pdf, 19.10.2024.

21 D. Simović, „Ljudska prava u Ustavu Srbije od 2006. godine: Krićka analiza“, *Ustavne i međunarodne garancije ljudskih prava* (ur. Zoran Radivojević), Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš 2008, 325–348.; D. Simović, M. Stanković, V. Petrov, *Ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018.; M. Stanković, „Pravo na obrazovanje“, *Evropsko zakonodavstvo* 65/2018, 167–179, Mina Zirojević, „Finansiranje naućne delatnosti u Hrvatskoj“,

diskriminatornog postupanja u predmetu *Cam protiv Turske*, Turska je predala izvještaj o provedenim mjerama 28. listopada 2021. godine. Tu su nadležne vlasti istaknule da su usvojene zakonodavne i administrativne izmjene kako bi se osobama s invaliditetom osiguralo potpuno i djelotvorno sudjelovanje u društvu, na nediskriminirajućoj osnovi. Poslali su i statistiku o broju studenata s invaliditetom koji nastavljaju svoje sveučilišno obrazovanje. Međutim, s obzirom na zaključke ESLJP u ovom predmetu Turska je pozvana da dostavi i informacije o tome isključuju li institucije navedene u predmetu, kao što je to Turska nacionalna glazbena akademija, redovito prijem studenata s invaliditetom zbog nedostatka odgovarajuće infrastrukture. Tražene su i informacije o trenutnom stanju u Turskoj u pogledu dostupnosti obrazovnih prostorija za osobe s invaliditetom. U slučaju neusklađenosti sveučilišta u Turskoj s potrebnim standardima gradnje moraju se dostaviti informacije o svim praktičnim ili drugim oblicima mjera koje ta sveučilišta predviđaju ili provode kako bi identificirala i zadovoljila stvarne potrebe studenata s invaliditetom s ciljem da im se omogući nastavak studija pod uvjetima sličnim onima koji su predviđeni za sve ostale studente. Sve to ponovljeno je i nakon donošenja presude u predmetu *Enver Sahin protiv Turske* te se u skladu s tim očekuje novi izvještaj o provedenim mjerama kako bi se spriječila daljnja diskriminacija osoba s invaliditetom u obrazovanju u Turskoj. Nadalje, nakon presude u predmetu *Folgero protiv Norveške* utvrđeno je kako je odbijanje potpunog izuzeća od poučavanja predmeta „Kršćanstva, religije i filozofije“ u državnim osnovnim školama dovelo je do utvrđivanja povrede članka 2 Protokola br. 1. Nakon toga njegov naziv u Norveškoj promijenjen je iz „Kršćanstva, religije i filozofije“ u „Religija, životne filozofije i etika“ izmjenama Zakona o odgoju i obrazovanju 2008. Tim izmjenama određeno je da sadržaj nastave mora biti prezentiran na objektivan, kritičan i pluralistički način, u skladu s ljudskim pravima. Norveški parlament je u prosincu 2008. usvojio i novu klauzulu koja definira cilj nastave, a koja više ne daje većinsku prednost kršćanskoj vjeri. Kršćanstvo se spominje kao jedan, ali ne i jedini izvor na kojem se moraju temeljiti temeljne vrijednosti odgoja i obrazovanja. Odredbe o djelomičnom izuzeću naglašavaju da će škole poštivati vjerska i filozofska uvjerenja učenika i njihovih roditelja te osigurati pravo na jednako obrazovanje.

Finansiranje naučnih istraživanja – uporedno pravo i praksa (ueds Jelena Čeranić, Miloš Stanić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2018, 193–200.

Svaki novi spor o primjeni klauzule o izuzeću u novom regulatornom okruženju može se pokrenuti pred sudovima.

Zaključno možemo reći da iako Hrvatska i Srbija prate standarde u obrazovanju te iako je položaj prava na obrazovanje na normativnom planu zadovoljavajući, prostora za napredak ima pa ostaje poduzimanje institucionalnih i drugih mjera koje će omogućiti afirmaciju, realizaciju i unaprjeđenje prava na obrazovanje, a za koje se značajnom između ostalog pokazala i sudska praksa ESLJP, a kao dodatno i primjeri mjera koje su poduzele države članice kod kojih su utvrđene povrede prava na obrazovanje.

Sanja Grbić, PhD

Associate Professor at the University of Rijeka – Faculty of Law

Dejan Bodul, PhD

Associate Professor at the University of Rijeka – Faculty of Law

RIGHT TO EDUCATION: CHALLENGES OF THE FUTURE THROUGH THE JUDGEMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

Education and its reforms have recently entered the focus of political debates. Legislative steps are present, but there is still no *de facto* realization. Nevertheless, every democratic state is responsible for managing the education system in accordance with the principle of a good steward, ensuring the availability of all levels of education both in terms of space, time, and finances. Legislators undertake activities aimed at affirming the general right to education, equal access to education, prohibition of any form of discrimination and inequality in education, etc. The authors will primarily analyse the jurisprudence of the European Court of Human Rights (hereinafter: ECtHR) to show the extent to which the Republic of Croatia and the Republic of Serbia contributed to the true implementation of the full and general right to education by taking legislative, administrative, institutional and other measures. The secondary goal is to briefly compare the

educational legislation in the Republic of Croatia with the legislation in the Republic of Serbia. The comparative legal presentation provides an insight into the similarities and differences between the legal regulations, and historical belonging to the same country, considering the common tradition and standards of a particular branch of law, is a logical reason for taking the Croatian and Serbian legislation as a model.

Key words: *Right to education. – European Convention on Human Rights. – European Court of Human Rights. – Upbringing.*

LITERATURA

- Atherton, G., Jones, S., Hall, A., „Does Cost Matter? Students’ understanding of the higher education finance system and how cost affects their decisions. National Education Opportunities Network (NEON)“, http://www.educationopportunities.co.uk/wp-content/uploads/DoesCostMatter_ANEONReport.pdf.
- Bodul, D., „O otpustu, tzv. ‘studentskih kredita’ putem instituta potrošačkog stečaja /u koautorstvu sa studentima“ u *Proces preobrazbe hrvatskoga visokoobrazovnog sustava Zbornik koautorskih radova nastavnika Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci i studenata*, (ur. Mihelčić G. et al), Pravni fakultet Univerziteta u Rijeci, Rijeka 2014, 179 –199.
- Durđić, S., „Pravo na obrazovanje kao ljudsko pravo“, dostupno autorima.
- Jokić, V., Petovar, K., „Socijalna isključenost i obrazovanje“, *Arhitektura i urbanizam* 27, 2009, 46–56.
- Petrov, V., Simović, D., *Ustavno pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2018.
- Simović, D., „Ljudska prava u Ustavu Srbije od 2006. godine: Kriitička analiza“, *Ustavne i međunarodne garancije ljudskih prava* (ur. Z. Radivojević), Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš 2008, 325–348.
- Simović, D., Stanković, M., Petrov, V., *Ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018.
- Stanković, M., „Pravo na obrazovanje“, *Evropsko zakonodavstvo*, 65, 2018, 167–179.

- Stojanović, M., *Celoživotno preduzetničko učenje na Zapadnom Balkanu – Korak napred*, Beogradska otvorena škola, Beograd 2019.
- United Nations General Assembly, 2030 Agenda for Sustainable Development with a set of 17 Sustainable Development Goals, <https://sdgs.un.org/goals>.
- Zirojević, Mina, „Finansiranje naučne delatnosti u Hrvatskoj“, *Finansiranje naučnih istraživanja – uporedno pravo i praksa* (ur. J. Čeranić, M. Stanić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2018, 193–200.

Article history:

Received: 13. 11. 2024.

Accepted: 12. 12. 2024.

Dušan Jablan*

WHAT'S CISG GOT TO DO WITH IT? – APPLICABILITY OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS TO ARBITRATION AGREEMENTS**

Arbitration agreements are among the most complex agreements in international law. They allow the parties to a certain contract to settle their potential dispute outside of national courts. However, although they are of a procedural nature, they are only contracts. In this paper, the question of whether the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) applies to arbitration agreements will be analysed. We will discuss the scope of the CISG and the interpretation of the CISG regarding this issue. Following will be the examination of the recent developments in case law and scholarly writing which dealt with this matter. Finally, we will offer our view of how the CISG governs arbitration agreements and which aspects of arbitration agreements are impacted.

Key words: CISG. – Arbitration agreements. – Formation. – Substantive validity. – Formal validity.

1. INTRODUCTION

1.1. The CISG

The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods¹ (hereinafter: CISG, Convention) is an

* The author is a junior associate at the Belgrade-based law firm Gecić Law, dušan.jablan@geciclaw.com (Republic of Serbia).

** The present paper was awarded at the “Gašo Knežević” competition for the best papers of undergraduate and master’s students of the Faculty of Law of the University of Belgrade in the field of alternative resolution of commercial disputes (arbitration and mediation).

1 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf, last visited 4 December 2023.

international treaty developed by the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter: UNCITRAL) and signed in 1980.² It now covers most of the world trade and is signed and adopted by the largest world economies such as the United States, China, Russia, Germany etc.³ According to UNCITRAL – 97 states have signed the CISG.⁴ Therefore, it is considered one of the most successful international conventions aimed at unifying international trade law.⁵

Although the CISG contains rules from many legal systems, both common law and continental legal traditions, the efforts to unify international sales law were not satisfied by introducing it. The consensus agreed upon on a verbal level is promoted through the uniform application, interpretation, and gap-filling – which is achieved through the observance of legal scholarship developed in regard to it and court (and arbitral) practice in different countries.⁶

The story of the CISG is, therefore, a story of success, but it is far from its last chapter, because the accomplishments it achieved can only be maintained through its application and development.

1.2. International commercial arbitration

International commercial arbitration is a means by which international business disputes can be definitively resolved, pursuant to the parties' agreement, by independent, non-governmental decision-makers, selected by or for the parties, applying neutral adjudicative procedures that provide the parties an opportunity to be heard.⁷ As a means

2 Ingeborg Schwenzer, "Introduction", *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. Ingeborg Schwenzer) Oxford University Press, Oxford 2022, 1–2; Nils Schmidt-Ahrendts, "CISG and Arbitration", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2011, 212.

3 Interestingly, some major economies like India, South Africa, Nigeria, and the United Kingdom have not yet ratified the CISG.

4 Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 1980 (CISG). https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status, last visited 4 December 2023.

5 N. Schmidt-Ahrendts, *op. cit.*, fn. 2, 212.

6 I. Schwenzer (2022), *op. cit.*, fn. 2, 1–12.

7 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2021, 67.

of dispute resolution, international commercial arbitration may be appealing to parties in international trade because, unlike state courts, its rules are more elastic, it is a faster mode of dispute settlement, the expenses of the proceedings tend to be lower, it is characterised by neutrality, and the arbitral awards tend to be recognised more easily by national courts than foreign court decisions.⁸

Arbitration owes its existence to the consent of the parties in a particular business relationship. That consent is articulated in an arbitration clause or an arbitration agreement.⁹

According to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration from 1985 (with amendments as adopted in 2006)¹⁰ (hereinafter: UNCITRAL Model Law or Model Law), an “arbitration agreement is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not”.

2. THE SCOPE OF THE CISG

The discussion regarding the scope of the CISG will firstly examine its objective scope¹¹ (2.1.). Following this, we will discuss the impact of Articles 19 and 81 which mention provisions for the settlement of disputes (2.2.). Finally, we will examine the possibilities of applying the CISG to arbitration agreements allowed by the objective scope and articles mentioning provisions for the settlement of disputes (2.3.).

8 Tibor Varadi *et al.*, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni Fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021, 574; Margaret Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York 2012, 1–2.

9 The terms “arbitration clause” and “arbitration agreement” are used interchangeably throughout this paper.

10 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration from 1985 (with amendments as adopted in 2006), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf, last visited 4 December 2023.

11 The discussion that follows assumes that the courts or arbitral tribunals can apply the CISG in a given case, and, additionally, that all the conditions for applicability *ratione personae* are already met.

2.1. Objective scope of the CISG

The CISG does not have any provisions that explicitly mention arbitration agreements. In order to ascertain if the CISG applies to arbitration agreements, we should first take a look at the provisions regarding its sphere of application.

The sphere of application of the CISG is defined in Articles 1 through 6.¹² Articles 1 through 3 and 6 determine whether the CISG applies “at all” to the contract concluded between the parties, while Articles 4 and 5 define the issues to which the CISG applies.¹³ In particular, Article 4 CISG defines which contractual elements are governed by the Convention and which issues are excluded from the CISG’s application.¹⁴

The CISG does not govern the entirety of an international sales contract, but rather, according to Article 4 sentence 1, limits itself (“governs only”), to the formation of the sales contract, as well as the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract.¹⁵ However, although there are only two explicitly mentioned contractual aspects governed by the CISG, it is generally considered that this list is non-exhaustive¹⁶ and that the phrase “governs only” should be read as “governs without a doubt”.¹⁷

12 Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, “Introduction to Articles 1–6”, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (ed. I. Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2016, 18.

13 Milena Đorđević, “Article 4”, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas), C. H. Beck Hart Nomos Publishers, Munich-Oxford 2018, 64.

14 Article 4 CISG reads:

“This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:

(a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage;

(b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold.”

15 Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, “Article 4”, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. I. Schwenzer) Oxford University Press, Oxford 2016, 74.

16 M. Đorđević, *op. cit.*, fn. 13, 66.

17 I. Schwenzer, P. Hachem (2016b), *op. cit.*, fn. 15, 74.

Even though the CISG does not govern the jurisdiction of the courts and arbitral tribunals, it is established that the effective incorporation of an arbitration clause can be an issue contained within the scope of the CISG.¹⁸

All the previous reasoning is further aided by the provision of Article 7(2) CISG which identifies the concept of matters governed by the CISG which are not expressly settled in it. These matters are called “internal gaps”¹⁹ and are governed by the CISG i.e., they are settled in conformity with the principles on which the CISG is based. Arbitration agreements present an internal gap within the system of the CISG.

The gap-filling method suggested in theory follows a hierarchy of solutions: firstly, once an internal gap is identified – specific provisions of the CISG should be directly applied by way of analogy; secondly, if the matter still cannot be filled, general principles on which the CISG is based should apply; finally, in the absence of those principles, applicable domestic law should govern the matter at hand.²⁰ Therefore, if specific articles within the CISG can govern arbitration agreements – they must apply directly.

2.2. Articles 19 and 81 CISG

A newer approach to the issue of applicability of the CISG to arbitration agreements does not rely on articles discussing its objective scope but rather on Articles 19 and 81 CISG.²¹ Both of these provisions mention clauses for the settlement of disputes.

18 M. Đorđević, *op. cit.*, fn. 13, 80; Loukas Mistelis, “CISG and Arbitration”, *CISG Methodology* (eds. André Janssen, Olaf Meyer), Sellier European Law Publishers, Munich 2009, 394; Robert Koch, “The CISG as the Law Applicable to Arbitration Agreements”, *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday* (eds. C. Andersen, U. Schroeter), Wildy, Simmonds & Hill Publishing, London 2008, 282.

19 Pilar Perales Viscasillas, “Article 7”, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas), C. H. Beck Hart Nomos Publishers, Munich-Oxford 2018, 136.

20 *Ibid.*

21 In case law most notably: District Court for the Southern District of New York, *Filanto v. Chilewich*, United States, 14.4.1992, para. 33–34, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6025>, last visited 4 December 2023, CISG-online number: 45.

2.2.1. Article 19

Article 19 CISG deals with material and immaterial differences between the offer and the acceptance.²² It provides that a reply to an offer that purports to be an acceptance, but contains additions, limitations or modifications is not an acceptance, but a counter-offer. These alterations (additions, limitations, and modifications) are non-exhaustively enumerated in Article 19(3) CISG, which among other things (e.g. price of the goods, quantity, quality), lists terms relating to the *settlement of disputes*.

Just like other CISG provisions discussed in this section, Article 19 CISG too bears a problem of interpretation.²³ Interpreted more broadly, it extends to the settlement of dispute clauses which form part of an international sales contract. However, if we were to interpret it more narrowly, Article 19 only lists contractual clauses that materially alter the offer, but which are not necessarily governed by the CISG (aside from clauses that are explicitly governed by the CISG).

Among the authors who argue that the CISG regulates arbitration clauses,²⁴ Schwenzer and Tebel point out that Article 19 CISG treats the addition of a dispute settlement clause as a material alteration of an offer, which would only be possible if dispute resolution clauses

22 Article 19 reads:

- (1) A reply to an offer which purports to be an acceptance, but which contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.
- (2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.
- (3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.

23 Aleksandrs Fillers, "Application of the CISG to Arbitration Agreements", *European Business Law Review* 30(4)/2019, 681.

24 Maria Pilar Perales Viscasillas, David Ramos Muñoz, "CISG & Arbitration", *Spain Arbitration Review* 10/2011, 73; Ingeborg Schwenzer, David Tebel, "The Word is not Enough: Arbitration, Choice of Forum and Choice of Law Clauses under the CISG", *The ASA Bulletin* 31(4)/2013, 745–746.

were considered a part of a contract of sale – and therefore governed by the CISG.

If this was not the case, the acceptance of an offer which adds a dispute resolution clause would not be considered an alteration of an offer and a contract for the sale of goods would be concluded with this additional dispute resolution clause.²⁵ This, in turn, would result in an absurd scenario where the acceptor could sneak an arbitration clause into their acceptance and bar the offeror from state courts in case of a dispute, thus completely negating consent as a basis for arbitral dispute resolution.

Other authors are more cautious about extending the scope of the CISG to arbitration agreements based on Article 19. They point out that the fact that Article 19 (3) mentions dispute resolution clauses does not mean that arbitration agreements are covered by the CISG, but only reveal the effect that an arbitration clause has on the offer to conclude a sales agreement.²⁶

2.2.2. Article 81

Article 81 CISG regulates the avoidance of an international sales contract.²⁷ In its first paragraph it, among other things, states that “Avoidance does not affect any provision of the contract for the *settlement of disputes* or any other provision of the contract governing the rights and obligations of the parties consequent upon the avoidance of the contract”.

25 I. Schwenzer, D. Tebel, *op. cit.*, fn. 24, 746.

26 Gustav Flecke-Giammarco, Alexander Grimm, “CISG and Arbitration Agreements: A Janus-Faced Practice and How to Cope with it”, *Journal of Arbitration Studies* 25(3) /2015, 49; Peter Huber, Alistair Mullis, *The CISG: A new textbook for students and practitioners*, Sellier European Law Publishers, Mainz – Norwich 2007, 61; A. Fillers, *op. cit.*, fn. 23, 681–682.

27 Article 81 reads:

- (1) Avoidance of the contract releases both parties from their obligations under it, subject to any damages which may be due. Avoidance does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision of the contract governing the rights and obligations of the parties consequent upon the avoidance of the contract.
- (2) A party who has performed the contract either wholly or in part may claim restitution from the other party of whatever the first party has supplied or paid under the contract. If both parties are bound to make restitution, they must do so concurrently.

This article does not enumerate the provisions which are unaffected by the avoidance of the contract and can therefore be interpreted as having an “unlimited scope” in the sense that it applies to all contractual provisions that are meant to be unaffected by avoidance.²⁸

As was the case with Article 19, this article can also be interpreted in two ways.²⁹ According to a broader interpretation, if the CISG provides that avoidance of a sales contract does not affect provisions for the settlement of disputes, then it extends its scope of application to all those provisions as well.³⁰ This is not to say that the CISG could validate a previously invalid arbitration clause, but only that it would preserve that clause in case of avoidance.³¹ The CISG will prevent national laws which require the termination of ancillary provisions following the termination of the main contract from applying.

However, if we adopt a narrower interpretation, Article 81 would only state that the avoidance of the sales contract would not “spill over” to arbitration agreements (among other ancillary provisions).³² That narrower approach would allow for national laws to govern the provisions that survived the avoidance. This approach appears to be unacceptable because national laws governing international sale or arbitration could contain a provision that requires the termination of an arbitration agreement once the main contract is avoided.³³ This would lead to an illogical outcome: the arbitration clause would survive the avoidance of a sales contract only to be avoided because of a national law provision.

The mentioning of “provisions for the settlement of disputes” in Article 81(1) prompted several authors to argue that the CISG applies to arbitration agreements.³⁴

28 A. Fillers, *op. cit.*, fn. 23, 683.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

31 For validity see: M. P. Perales Viscasillas, D. Ramos Muñoz, *op. cit.*, fn. 24, 72.

32 G. Flecke-Giammarco, A. Grimm, *op. cit.* fn. 26, 49; A. Fillers, *op. cit.*, fn. 23, 683.

33 A. Fillers, *op. cit.*, fn. 23, 683.

34 Janet Walker, “Agreeing to Disagree: Can We Just Have Words? CISG Article 11 And the Model Law Writing Requirement”, *Journal of Law and Commerce* 25(1)/2005, 163; M. P. Perales Viscasillas, D. Ramos Muñoz, *op. cit.*, fn. 24, 73; I. Schwenzer, D. Tebel, *op. cit.* fn. 24, 746; Martin Schmidt-Kessel, “Introduction to Articles 14–24”, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN*

2.3. Are arbitration agreements within the scope of the CISG?

Despite the CISG not mentioning arbitration clauses in any of its provisions, it seems natural that they should be contained within its system precisely due to its protean scope, which expands and shapeshifts with every new CISG-related case and scholarly paper; because of the gap-filling mechanism envisaged in Article 7 CISG; and because of the useful mentioning of dispute resolution clauses in Articles 19 and 81 CISG. Therefore, from the non-exhaustive nature of its scope, it follows that arbitration agreements are governed by the CISG.

Still, the CISG's applicability to arbitration clauses remains a debated matter. Therefore, in order to interpret the CISG and attempt to settle said debate, it is necessary to examine the case law and scholarly writing dealing with it in more detail (sections 4. and 5.).

3. THE ISSUE OF SEPARABILITY

In order not to apply the CISG to arbitration clauses, some authors rely on the doctrine of separability.³⁵ They argue that the doctrine of separability, "if taken seriously", demands that arbitration clauses must be classified separately from the rest of the contract.³⁶ The key point that these authors make is that arbitration clauses are conceptually different contracts with a different legal fate from the rest of the contract, and that they may be submitted to a different law than the main contract.³⁷

Convention on the International Sale of Goods (CISG) (ed. I. Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2016, 232.

35 Stefan Kröll, "Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application", *Journal of Law and Commerce* 25/2005, 45; Stefan Kröll, "Arbitration and the CISG", *Current Issues in the CISG and Arbitration* (eds. Ingeborg Schwenzer, Yeşim M. Atamer, and Petra Butler), Eleven International Publishing, The Hague 2014, 82–82; Jeffrey Waincymer, "The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complementary Relationship Between Substance and Procedure", *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday* (eds. Camilla Andersen, Ulrich Schroeter), Wildy, Simmonds & Hill Publishing, London 2008, 587.

36 S. Kröll (2014), *op. cit.*, fn. 35, 82.

37 *Ibid.*, 77.

Separability principally means that the arbitration clause in a contract is considered to be separate from the main contract of which it forms part and, as such, survives the termination of that contract.³⁸ The essential point being that, in case of a breach or voidness of the contract, the arbitration clause survives to allow the appointment of an arbitral tribunal and, the resolution of disputes arising out of the contract.³⁹

The doctrine of separability does not mean that the law governing the arbitration clause is necessarily different from the law that governs the contract. Instead, it means that different laws may apply to the contract and the arbitration clause.⁴⁰

It is to be noted that the doctrine of separability cannot be used to prevent the application of the CISG to the arbitration clause, because the goal of this doctrine is not to create a fiction of two completely separate agreements, which request two different bodies of law to govern them. Instead, the goal is to preserve an arbitration clause in case of a breach of contract so that the dispute may nonetheless be arbitrated, and not brought before national courts. This means that the two agreements (the contract and the arbitration clause) are *separable* and not *separate*. The legal fate of the contract and the arbitration clause *can* be different, and they *can* be submitted to different laws – but this is not necessarily so. Separability is a mere possibility – not a determined route.

Finally, the doctrine of separability does not concern itself with the CISG's sphere of application. It is imaginable that different national laws may apply to the main contract and the arbitration clause; however, if both national laws have adopted the CISG it is difficult to see how the doctrine of separability would prevent the application of the CISG to contractual aspects of the arbitration clause. Therefore, the view taken by the mentioned authors is inaccurate.

38 Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, New York 2015, para. 2.101; M. Moses, *op. cit.* fn. 8, 19; Julian Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2003, 102.

39 N. Blackaby *et al.*, *op. cit.*, fn. 38, para. 2.103.

40 *Ibid.*

4. APPROACHES IN CASE LAW

In court practice which discusses the application of the CISG to settlement of dispute clauses (including arbitration agreements), the courts have taken different positions. As a result, there are different opinions as to whether the CISG applies at all; while among the courts which agree that it does, there are different opinions on which Articles of the CISG apply to arbitration agreements.

A number of courts reject the idea that the CISG should apply to the settlement of dispute clauses altogether.⁴¹ These courts are of the opinion that the CISG only regulates substantive, and not procedural issues. With the most recent decision being the ruling of the Frankfurt Court of Appeals, which stated that Article 4 (1) of the CISG did not encompass arbitration clauses.⁴²

Among the courts that do apply the CISG to arbitration agreements, there is a variety of CISG articles that the courts applied in their decisions. Some courts have applied Article 7 CISG. A German decision applied the good faith principle from Article 7 (1) CISG to ascertain the parties' duties regarding the incorporation of standard terms (which contained an arbitration clause).⁴³ On the other hand, a Dutch court applied the gap-filling principle from Article 7 (2) CISG to determine whether the arbitration clause had been agreed between the parties.⁴⁴

41 Handelsgericht des Kantons Zürich (Commercial Court Canton Zurich), Switzerland, 26.4.1995, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6222>, last visited 4 December 2024, CISG-online number: 248; Bundesgerichtshof Switzerland (Supreme Court), Switzerland, 11.7.2000, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6582>, last visited 4 December 2023, CISG-online number: 627; Bundesgerichtshof (Supreme Court), Germany, 25.3.2015, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=8502> last visited 4 December 2023, CISG-online number: 2588; Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Court of Appeal Frankfurt am Main), Germany, 7.9.2020, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=13355>, last visited 4 December 2023, CISG-online number: 5441.

42 Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Court of Appeal Frankfurt am Main), Germany, 7.9.2020, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=13355>, last visited 4 December 2023, CISG-online number: 5441, para. 27.

43 Oberlandesgericht Naumburg (Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt) (Court of Appeal Naumburg), Germany, 13.2.2013, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=8369> last visited 4 December 2023, CISG-online number: 2455.

44 Rechtbank Arnhem (District Court Arnhem), The Netherlands, 17.1.2007, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=7375>, last visited 4 December 2023, CISG-online number: 1455.

Another German decision has used the rules of interpretation from Article 8 CISG (in conjunction with Article 1 (1) (b) and Article 4 CISG) to conclude that the parties have agreed on an arbitration clause.⁴⁵ One court used Art 9 to determine whether there were established practices between the parties regarding the incorporation of arbitration clauses.⁴⁶

Probably the most controversial are the cases in which the courts applied the freedom of form principle from Article 11 CISG. The Spanish Supreme Court applied Article 11 CISG to an arbitration agreement. The court held that the freedom of form principle should extend to the arbitration clause contained in the sales contract, therefore the application of the CISG to the formal validity of the arbitration clause derogated the Spanish Arbitration Law which had a writing requirement.⁴⁷

Although almost three decades apart, the most influential cases involving the application of the CISG to arbitration agreements are the *Filanto v. Chilewich* case and the *Ground Mace* case. Notably, to determine the applicability of the CISG, courts in these decisions applied Article 19(3) and/or Article 81(1) CISG.

In the *Filanto v. Chilewich case*⁴⁸, an American company, Chilewich agreed to supply shoes to a Russian company based on a master agreement which stipulated that all disputes between the parties to be settled before an arbitration in Moscow. In order to fulfill its obligations, Chilewich entered into a number of contracts with an Italian company, Filanto.

Based on one of the contracts between them, Filanto supplied shoes to Chilewich, but Chilewich only made a partial payment.

45 Oberlandesgericht Stuttgart (Court of Appeal Stuttgart), Germany, 15.5.2006, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=7336>, last visited 4 December 2023, CISG-online number: 1414.

46 Landgericht Hamburg (District Court Hamburg), Germany, 19.6.1997, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6257>, last visited 4 December 2023, CISG-online number: 283.

47 Tribunal Supremo (Spanish Supreme Court), Spain, 17.2.1998, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=7256>, last visited 4 December 2023, CISG-online number: 1333; the previously mentioned decision of the District Court of Arnhem also applied Article 11 to the form of the arbitration clause.

48 District Court for the Southern District of New York, *Filanto v. Chilewich*, United States, 14.4.1992, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6025>, last visited 4 December 2023, CISG-online number: 45.

Filanto brought a claim before a New York court to recover the suffered damages, but Chilewich sought a stay of proceedings because of an arbitration clause contained in the master agreement, which was incorporated by reference to the present contract. The court, applying Article 19 (3) CISG and Article 81 (1) CISG, decided that the arbitration clause was binding upon the parties and that they are required to arbitrate the dispute.⁴⁹

The *Ground mace case*⁵⁰ which was finally decided before the German Supreme Court, involved a Dutch seller and a German buyer who agreed on a purchase of 1,500 kilograms of ground mace over three separate contracts. The seller's letters of confirmation contained references to the contract conditions of the Netherlands Spice Trade Association (which contained an *arbitration clause*) and the seller's general conditions of sale and delivery.

The dispute between the parties ensued after the buyer alleged that the mace had been contaminated. The buyer's insurance company reimbursed the buyer for the damages, and then brought a claim against the seller before the District Court of Bremen. After conflicting decisions of the District and the Appellate Court (the former held that it had no jurisdiction because of the arbitration clause, and the latter held that it had jurisdiction), the seller brought an appeal to the Supreme Court.

When deciding about the incorporation of the arbitration clause, the Supreme Court applied articles 14–24 CISG. The court elaborated that the applicability of the contract conclusion rules of the CISG follows from Article 19 (3) CISG and Article 81 (1) which mention dispute settlement clauses, adding that the references to these clauses would be superfluous if they were not considered a part of a contract of sale under the CISG.⁵¹

The application of the CISG to arbitration agreements is rather non-uniform. Although, there are some trends in applying CISG articles on interpretation and articles regarding contract formation, there is still no definitive mode of applying the CISG in practice. That is why

49 *Ibid.*, paras. 33–34, para. 49.

50 Bundesgerichtshof (Supreme Court), Germany, 26.11.2020, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=13402>, last visited 4 December 2023, CISG-online number: 5488.

51 *Ibid.*, para. 35.

we should look at the dogmatic views taken in legal theory in order to get some clarification.

5. OPINIONS IN LEGAL THEORY

Opinions in legal literature regarding the matter of application of the CISG to arbitration clauses are, not surprisingly, divided. While it is understood that the CISG does not apply to issues of jurisdiction of the forum, the debate regarding the CISG's applicability revolves around its application to contractual aspects of arbitration clauses (formation, substantive validity, formal validity etc.).

There have been, at least, three main streams of approaches regarding this issue. Authors that favor the *first* approach (5.1) argue that the CISG does not apply to arbitration clauses. The *second* approach (5.2) rejects the application of the CISG to the formal validity of arbitration clauses but applies the CISG to the formation and substantive validity of arbitration clauses. Finally, the *third* approach (5.3) extends the application of the CISG even to the formal validity of arbitration clauses.

5.1. Denying the application of the CISG

The first group of authors deny that the CISG applies to arbitration clauses altogether. They rely on two main arguments: the first is that arbitration clauses fall outside the scope of the CISG⁵² (5.1.1), while the second is that the doctrine of separability bars the CISG's application because the arbitration clause should be treated differently than the sales contract that contains it (5.1.2).

5.1.1. Arbitration clauses are outside the scope of the CISG

The first argument claims that arbitration clauses fall outside of the CISG's scope of application as defined in Articles 1–3 CISG. These articles limit the CISG's sphere of application to contracts of sale. Therefore, it is argued that “no one would apply the CISG to an arbitration agreement concluded as a separate agreement after a dispute has arisen or after the main contract has been concluded.”⁵³

52 S. Kröll (2005), *op. cit.*, fn. 35, 45; S. Kröll (2014), *op. cit.* fn. 35, 81; J. Waincymer, *op. cit.* fn. 35, 587.

53 S. Kröll (2005), *op. cit.*, fn. 35, 45.

The view that arbitration clauses are outside of the purview of the CISG is further buttressed by the fact that during the 1980 United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, the delegations of Mexico, Panama, and Peru proposed an addition of a “new article on dispute settlement” which was intended to be placed at the end of the substantive portion of the convention.⁵⁴ This motion was rejected and the current text of the CISG does not contain any article explicitly regulating the settlement of disputes arising out of a sales contract.

5.1.2. The doctrine of separability

The second argument used to claim that arbitration clauses are distinct contracts that deserve a separate consideration invokes the doctrine of separability.⁵⁵ The fact that arbitration clauses are concerned with procedural questions render them conceptually and legally independent from the rest of the contract. Therefore, they should not be equated to other non-sale clauses within a sales contract.⁵⁶ These authors draw attention to the fact that even in cases where there was an explicit choice of law to govern the main contract, that choice did not always extend to the arbitration clause.⁵⁷

Finally, an unusually extreme interpretation of the doctrine of separability is used as a reason not to apply Article 19 (3) and Article 81 (1) CISG in this context. Regarding Article 19(3) CISG, it is argued that “[i]f the doctrine of separability is taken to the extreme, not only

54 1980 United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March – 11 April 1980, Official Records, <https://cisg-online.org/Travaux-preparatoires/1980-vienna-diplomatic-conference>, last visited 10 January 2024, 174. The proposed wording of this article read as follows: “The parties to a contract of sale under this Convention may submit any dispute arising out of the interpretation or application of this Convention to ordinary or arbitration courts established in territories of any of the States being Parties to the present Convention: parties may agree on their own rules to resolve disputes, including provisions on the appointment of arbitrators.”

55 J. Waincymer, *op. cit.*, fn. 35, 586.

56 S. Kröll (2014), *op. cit.*, fn. 35, 82.

57 S. Kröll (2005), *op. cit.*, fn. 35, 45. For this view, see among others: England and Wales Court of Appeal (Civil Division), [2012] EWCA Civ 638, *Sulamérica CIA Nacional de Seguros S.A. and others v. Enesa Engenharia S.A. and others*, 16.5.2012, [http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html&query=\(sulamerica\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html&query=(sulamerica)), last visited 10 January 2024.

do the two contracts have to be treated separately but their declaration of intent must be split into two: one being acceptance of the offer to conclude a sales contract and one being acceptance of the offer to conclude an arbitration agreement".⁵⁸ Thus, Article 19 (3) CISG will only regulate the influence of the new offer.⁵⁹ On the other hand, Article 81 (1) CISG is interpreted merely as an endorsement of the doctrine of separability.⁶⁰

Although compelling at first glance, the views that favor this approach tend to be dated and isolated; and they have attracted opposition in legal scholarship.

5.2. *Partial application of the CISG*

Among the three identified approaches, this one has the most supporters in legal theory. However, the views that the supporters of this approach have are rather heterogenous.

One of the first opinions to support the view that the CISG applies to arbitration agreements argued that Article 19 (3) CISG, by referencing dispute resolution clauses, allows not only for the application of the rules on contract formation (Articles 14–24), but also the general provisions of the CISG (Articles 7–13).⁶¹ However, this author's understanding is that the provisions of Part III are not applicable to arbitration clauses because the rights and obligations arising from the arbitration clause cannot be subsumed under Article 4 CISG.⁶²

Some authors agree that the conclusion of an arbitration agreement may be one of the disputed questions arising from a contract governed by the CISG. They are of the opinion that the CISG may possibly apply to the formation, but that it is very unlikely for it to apply

58 S. Kröll (2014), *op. cit.* fn. 35, 85. In my view, this understanding of the doctrine of separability is inaccurate. The doctrine of separability is "a convenient and pragmatic fiction" (N. Blackaby *et al.*, *op. cit.* fn. 38, para. 5. 102) meaning that the factual background is exactly the opposite of what the fiction claims to have happened. Therefore, there would never actually be two declarations of intent, but only one.

59 S. Kröll (2014), *op. cit.*, fn. 35, 85.

60 *Ibid.*

61 R. Koch, *op. cit.*, fn. 18, 282.

62 *Ibid.*, 285.

to the substantive validity, and that it will never apply to the formal validity of an arbitration agreement.⁶³

Relying on Article 19(3) CISG, Schwenger and Tebel argue that the CISG applies to the formation of the arbitration agreement. Furthermore, they argue that the CISG should also apply to questions of substantive validity, interpretation, and breach of the arbitration clause.⁶⁴

A number of authors have detailed their opposition toward the application of Article 11 CISG in a different manner. According to them, Article 90 CISG⁶⁵ prevents the application of Article 11 CISG and instead gives precedence to Article II of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958⁶⁶ (hereinafter: the New York Convention).⁶⁷

5.3. Applying the CISG to the formal validity of the arbitration clause

The last of the three approaches is the one which suggests that the CISG's freedom of form principle enshrined in its Article 11 CISG should, in addition to applying to all other terms of a sales contract, extend to arbitration clauses.

This notion was first articulated by Janet Walker, who, like the supporters of the partial application of the CISG, considered references to dispute settlement provisions in Articles 19 (3) and 81 (1) CISG to be sufficient indicators that the CISG applies to arbitration clauses

63 L. Mistelis, *op. cit.*, fn. 18, 394; M. Đorđević, *op. cit.*, fn. 13, 80–81.

64 Dmytro Vorobey, "CISG and Arbitration Clauses: Issues of Intent and Validity", *Journal of Law and Commerce* 31/2012–2013, 746–748.

65 Article 90 reads as follows:

"This Convention does not prevail over any international agreement which has already been or may be entered into and which contains provisions concerning the matters governed by this Convention, provided that the parties have their places of business in States parties, to such agreement."

66 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958), <https://www.newyorkconvention.org/english>, last visited 10 January 2024.

67 André Janssen, Matthias Spilker, "The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration", *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 77/2013, 156; J. Waincymer, *op. cit.*, fn. 35, 588.

– however, she also suggested that Article 11 CISG should apply.⁶⁸ Furthermore, faced with the problem arising from Article 90 CISG, she acknowledges that the New York Convention has precedence, pointing out that its Article II only mandates the recognition of arbitration agreements in writing, but it does not prevent the recognition of arbitration agreements in other forms.⁶⁹ Ultimately, she argues that Article VII(1) of the New York Convention allows for the application of Article 11 CISG.⁷⁰

6. FINDINGS ON THE APPLICABILITY OF THE CISG TO ARBITRATION AGREEMENTS

From the discussion about the scope of the CISG (see section 2), it is obvious that the CISG does not pertain to all aspects of an arbitration agreement, but only to those which can be considered as contractual. These aspects are formation (6.1), substantive validity (6.2), and formal validity (6.3) of an arbitration agreement.

6.1. Contract Formation

As indicated before, among the authors that argue for the application of the CISG to arbitration agreements (who form an overwhelming majority), the question of whether the CISG applies to the *formation* of an arbitration agreement is fairly undisputed – the CISG does apply.

Formation entails the process of meeting of minds, i.e., exchange of offer and acceptance as the necessary declarations of will to conclude a contract, be it a contract of sale or an arbitration agreement.⁷¹

If an arbitration agreement is incorporated into an international sales contract, it is governed by the CISG's provisions on contract formation (Articles 14–24).⁷² This is because of a broad interpretation of Articles 19 (3) and 81 (1) CISG (see parts 2.2.1. and 2.2.2) which is more favorable as opposed to their narrow reading.

68 J. Walker, *op. cit.*, fn. 34, 163.

69 *Ibid.*, 163–164.

70 *Ibid.*, 164; D. Vorobey, *op. cit.*, fn. 64, 161.

71 M. P. Perales Viscasillas, D. Ramos Muñoz, *op. cit.*, fn. 24, 72.

72 M. Schmidt-Kessel, *op. cit.*, fn. 34, 231–232.

If the parties elect a certain law to govern their contract, it is logical that their law of choice governs all clauses within that contract. This (broad) interpretation would, therefore, allow for a simpler and more predictable framework for concluding sales contracts which contain arbitration agreements.

There would make no sense for the CISG not to regulate the provisions for the settlement of disputes because Article 19 (3) CISG elevates them to the same level of importance as all the other listed terms which it undoubtedly regulates.

6.2. *Substantive validity*

As shown above, some courts and authors contend that the CISG applies to the substantive validity of an arbitration agreement. This view does not seem convincing.

Substantive validity is an elusive concept, but certain authors have identified its key aspects such as: the prohibition of a general clause; an odd number of arbitrators; arbitrability; lack of coercion, threat, fraud, delusion.⁷³ Moses formulates the aspects of substantive validity slightly differently. According to her, a substantively valid arbitration agreement relates to a defined legal relationship; regulates an issue which is capable of being settled by arbitration; and is not null and void, inoperable, or incapable of being performed.⁷⁴

Article 4 CISG explicitly provides that the CISG is not concerned with the validity of the contract or any of its provisions. If the CISG does not govern the validity of the main contract, it would be hard to conceive how it can govern the validity of an arbitration agreement.

Furthermore, it is obvious that the CISG does not have any provisions that can adequately regulate the issue of substantive validity. Therefore, in order to determine the law applicable to the substantive validity, one cannot rely on the CISG.

73 Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Faculty of Law University of Belgrade, Belgrade 2013, 50–52.

74 M. Moses, *op. cit.*, fn. 8, 31–34.

6.3. Formal validity

Formal validity consists of the means by which declarations of consent ought to be exteriorized to conclude a valid contract.⁷⁵ As previously mentioned, whether the CISG governs the formal validity of the arbitration agreement incorporated in a sales contract is highly debated, with some authors ardently supporting its application to formal validity,⁷⁶ and others decidedly opposing it.⁷⁷ Article 11 CISG allows for the freedom of form.⁷⁸ However, it is unclear whether it extends to arbitration agreements.

The primary reason for this is the fact that arbitration agreements are generally subjected to more rigorous formal requirements than other provisions of a sales contract.

Furthermore, when discussing the matter of form of the arbitration agreement, one must take into account other relevant sources of law because of Article 90 CISG which states that the CISG “*does not prevail over any international agreement which has already been or may be entered into and which contains provisions concerning the matters governed by [the CISG] provided that the parties have their places of business in States parties, to such agreement*”.

75 M. P. Perales Viscasillas, D. Ramos Muñoz, *op. cit.*, fn. 24, 72.

76 Pilar Perales Viscasillas, “Article 11”, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas), C. H. Beck Hart Nomos Publishers, Munich-Oxford 2018, 195–196; M. P. Perales Viscasillas, D. Ramos Muñoz, *op. cit.* fn. 24, 73; J. Walker, *op. cit.*, fn. 34, 163.

77 André Janssen, Matthias Spilker, “The CISG and International Arbitration”, *International Sales Law: A Global Challenge* (ed. L. DiMatteo), Cambridge University Press, New York 2014, 149; Larry DiMatteo *et al.*, *International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York 2005, 39; Christina Fountoulakis, “Article 11 CISG”, *International Sales Law* (eds. I. Schwenzer, C. Fountoulakis), Routledge Cavendish, London-New York 2007, 109; A. Janssen, M. Spilker (2013), *op. cit.*, fn. 67, 156; J. Waincymer, *op. cit.* fn. 35, 588; I. Schwenzer, D. Tebel, *op. cit.* fn. 24, 750; L. Mistelis, *op. cit.*, fn. 18, 394; M. Đorđević, *op. cit.*, fn. 13, 80–81.

78 Article 11 CISG reads:

“A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.”

6.3.1. Interplay with the New York Convention

In this matter the CISG gives precedence to the New York Convention since it, *inter alia*, deals with the form of arbitration agreements. Article II of the New York Convention sets the formal requirements for arbitration agreements.⁷⁹

Although the New York Convention provides that states parties to the New York Convention “shall recognize an agreement in writing”, it is widely accepted that Article II (1) the New York Convention only defines the “maximum form requirement”.⁸⁰

Furthermore, UNCITRAL issued a recommendation⁸¹ pursuant to which Article II (2), which lists what an agreement in writing shall include, should be read non-exhaustively. Indeed, the non-exhaustive reading of Article II (2) follows the general aim of the New York Convention, which is to facilitate the recognition and enforcement of arbitral awards and recognition of arbitration agreements.⁸² This is especially necessary because technology has progressed, and business practices have significantly changed since the New York Convention was adopted. It is important to note that the 2006 UNCITRAL recommendation does not endorse the abolishment of the writing requirement, but only calls for the non-exhaustive and more inclusive interpretation of Article II (2). This is to include agreements concluded electronically within the ambit of Article II (2) of the New York Convention.

79 Article II (2) of the New York Convention reads:

“2. The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.”

80 I. Schwenzer, D. Tebel, *op. cit.*, fn. 24, 742–743; Reinmar Wolff, “Article II (1)-(2)”, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Article-by-Article Commentary* (ed. R. Wolff), C. H. Beck Hart Nomos Publishers, Munich-Oxford 2019, 115. Although widely accepted, the opinion that the New York Convention only sets a maximum standard is not undisputed – some argue that it sets a minimum standard (R. Wolff, *op. cit.*, fn. 80, 115–116).

81 Recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958 (2006), https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/explanatorytexts/recommendations/foreign_arbitral_awards, last visited 10 January 2024.

82 R. Wolff, *op. cit.*, fn. 80, 128.

The second prong of the 2006 UNCITRAL recommendation is the application of Article VII (1).⁸³ Article VII (1) enshrines what has become known as the “Most Favorable Law Approach.”⁸⁴

In this particular matter, it would be the law of a country which imposes less stringent formal requirements for arbitration agreements. This provision is viewed as an “escape clause”⁸⁵ for circumventing the formal requirements imposed by Article II.

The key question here is: Can the CISG be regarded as the most favorable law in the sense of Article VII (1) of the New York Convention?

Schwenzer and Tebel argue that the Most Favorable Law Approach stemming from Article VII (1) of the New York Convention only applies to treaties or laws specifically relating to recognition and enforcement of arbitral awards.⁸⁶ Therefore, Article VII (1) does not allow for the application of sales law or general contract law.

Even if we were to neglect the previous argument, the application of Article VII (1) of the New York Convention bears further problems. Namely, as Wolff puts it, Article VII (1) does not allow for “cherry-picking”, meaning that arbitration agreements can either be recognized under the New York Convention or under other recognition regimes. He concludes that less demanding form requirements from different national laws cannot be implemented under the framework of the New York Convention’s enforcement regime.⁸⁷

To conclude, the CISG, as an international sales law convention would not be suitable to apply by virtue of article VII (1), and even if we were to consider its possible application, we would risk stepping outside of the enforcement regime of the New York Convention.

83 Article VII (1) of the New York Convention reads:

“The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.”

84 I. Schwenzer, D. Tebel, *op. cit.*, fn. 24, 752.

85 D. Vorobey, *op. cit.*, fn. 64, 151.

86 I. Schwenzer, D. Tebel, *op. cit.*, fn. 24, 752.

87 R. Wolff, *op. cit.*, fn. 80, 155.

6.3.2. Interplay with the Model Law

The UNCITRAL Model Law is not an international agreement in the sense of Article 90 CISG. Therefore, we cannot use that provision to establish primacy of the Model Law. However, since it is adopted by 88 States in a total of 121 jurisdictions (among which are the United States, the United Kingdom, China, Russia, India, etc.).⁸⁸ Given that its provisions are a part of national arbitration laws of much of the world's largest economies, its provisions regulating the formal validity of arbitration agreements cannot be overlooked in this discussion.

The Model Law regulates the form of the arbitration agreement in its Article 7. The 2006 amendments to the Model Law introduced two options regarding this article. Model law jurisdictions can adopt either of the two options. Option I, among other things, provides that “[a]n arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.”⁸⁹ Option II, on the other hand, does not envisage any formal requirements for arbitration agreements.⁹⁰

Obviously, the aim of the 2006 amendments was to relax the formal requirements for arbitration clauses envisaged in the New York Convention. The intended application of Article 11 CISG has the same goal. Therefore, we have to address the question: Which one of them has primacy when an arbitration agreement is incorporated into a sales contract?

The most persuasive view seems to be that Article 11 CISG is not applicable in this matter because it is preempted by the more specific provisions of national arbitration laws dealing with the form of

88 Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status, last visited 10 January 2024.

89 Article 7 Option I, para. 3 reads:
“(3) An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.”

90 Article 7 Option II reads:
“Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen, or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not.”

arbitration agreements.⁹¹ Even though the outcome might be similar, or virtually the same – it would be so not because of Article 11, but because of the rather permissive provisions of the amended Model Law.

This reasoning would be applicable even outside of the framework of the CISG, the New York Convention, and the Model law. This is because the principle of freedom of form of general contract law is superseded by the formal requirements of the national arbitration laws.⁹²

7. CONCLUSION

We have discussed the aspects of arbitration agreements which are seen as contractual, and we have come to certain conclusions.

The formation of an arbitration agreement is the least controversial, not only because a majority of authorities agree that it is covered by the CISG, but because Articles 14–24 CISG which regulate the formation of a sales contract are apt to govern the formation on an arbitration agreement without any paradoxical outcome.

The issue of substantive validity is not regulated by the CISG. This is on account of the fact that the CISG simply does not have any articles which would be able to regulate the issues which fall under the notion of substantive validity.

The formal validity of an arbitration agreement cannot be regulated by Article 11 CISG because the CISG, through Article 90, gives precedence to the New York Convention. Furthermore, the Model Law has precedence over the CISG in this matter because it has specific provisions regulating the formal validity of arbitration agreements, whereas the CISG only regulates the formal validity of international sales contracts as a whole.

The CISG is a complex and ever-evolving legal instrument which unifies international commercial law like no other. In that vein, it should not be surprising that the scope of the CISG encompasses arbitration agreements. Although the CISG has its express limitations (not

91 I. Schwenzer, D. Tebel, *op. cit.* fn. 24, 750; R. Wolff, *op. cit.*, fn. 80, 155.

92 For various examples see: I. Schwenzer, D. Tebel, *op. cit.*, fn. 24, 753.

governing substantive nor formal validity of arbitration agreements) it serves the purpose of foreseeably regulating the majority of contractual aspects of arbitration agreements. The relationship between the CISG and international arbitration is thus formalized in this unique intersection.

Dušan Jablan

Junior Associate at Gecić Law

ŠTA CISG IMA S TIM? – PRIMENA KONVENCIJE UJEDINJENIH NACIJA O UGOVORIMA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE NA ARBITRAŽNE SPORAZUME

Rezime

Arbitražni sporazumi spadaju među najsloženije sporazume u međunarodnom pravu. Oni dopuštaju ugovornim stranama da reše svoj potencijalni spor izvan nacionalnih sudova. Međutim, iako su procesne prirode, oni su, ipak, samo ugovori. U ovom radu biće analizirano pitanje da li se Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (CISG) primenjuje na arbitražne sporazume. Razmotrićemo delokrug CISG-a i tumačenje CISG-a u vezi sa ovim pitanjem. Slediće ispitivanje novije sudske prakse i naučnih radova koji se bave ovim pitanjem. Na kraju, ponudićemo naše viđenje o tome kako se CISG primenjuje na arbitražne sporazume i na koje aspekte arbitražnih sporazuma utiče.

Ključne reči: *CISG. – Arbitražni sporazumi. – Zaključenje. – Materijalna punovažnost. – Formalna punovažnost.*

LITERATURA

- Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, New York 2015.
- Born G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2021
- DiMatteo L. A., Dhooge L. J., Greene S., Maurer V. G., Pagnattaro M. A., *International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York 2005.
- Đorđević M., “Article 4”, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas), C. H. Beck Hart Nomos Publishers, Munich-Oxford 2018.
- Fillers A., “Application of the CISG to Arbitration Agreements”, *European Business Law Review* 30 (4)/2019 .
- Flecke-Giammarco G., Grimm A., “CISG and Arbitration Agreements: A Janus-Faced Practice and How to Cope with it”, *Journal of Arbitration Studies* 25(3)/2015.
- Fountoulakis C., “Article 11 CISG”, *International Sales Law* (eds. I. Schwenzer, C. Fountoulakis), Routledge Cavendish, London-New York 2007.
- Huber P., Mullis A., *The CISG: A new textbook for students and practitioners*, Sellier European Law Publishers, Mainz – Norwich 2007.
- Janssen A., Spilker M., “The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration”, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 77/2013
- Janssen A., Spilker M., “The CISG and International Arbitration”, *International Sales Law: A Global Challenge* (ed. Larry DiMatteo), Cambridge University Press, New York 2014.
- Knežević G., Pavić V., *Arbitražna i ADR*, Faculty of Law University of Belgrade, Belgrade 2013
- Koch R., “The CISG as the Law Applicable to Arbitration Agreements”, *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday* (eds. Camilla Andersen, Ulrich Schroeter), Wildy, Simmonds & Hill Publishing, London 2008.

- Kröll S., “Selected Problems Concerning the CISG’s Scope of Application”, *Journal of Law and Commerce* 25/2005.
- Kröll S., “Arbitration and the CISG”, *Current Issues in the CISG and Arbitration* (eds. Ingeborg Schwenzer, Yeşim M. Atamer, and Petra Butler), Eleven International Publishing, The Hague 2014.
- Lew J. D.M., Mistelis L. A., Kröll S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2003.
- Mistelis L., “CISG and Arbitration”, *CISG Methodology* (eds. A. Janssen, O. Meyer), Sellier European Law Publishers, Munich 2009.
- Moses M. L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York 2012.
- Perales Viscasillas M. P., Ramos Muñoz D., “CISG & Arbitration”, *Spain Arbitration Review* 10/2011.
- Perales Viscasillas P., “Article 7”, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. S. Kröll, Ls Mistelis, P. Perales Viscasillas), C. H. Beck Hart Nomos Publishers, Munich-Oxford 2018.
- Perales Viscasillas P., “Article 11”, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas), C. H. Beck Hart Nomos Publishers, Munich-Oxford 2018.
- Schmidt-Ahrendts N., “CISG and Arbitration”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2011.
- Schmidt-Kessel M., “Introduction to Articles 14–24”, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. I. Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2016.
- Schwenzer I., Tebel D., “The Word is not Enough: Arbitration, Choice of Forum and Choice of Law Clauses under the CISG”, *The ASA Bulletin* 31(4)/2013.
- Schwenzer I., Hachem P., “Article 4”, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. I. Schwenzer) Oxford University Press, Oxford 2016.

- Schwenzer I., Hachem P., “Introduction to Articles 1–6”, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. I. Schwenzer) Oxford University Press, Oxford 2016.
- Schwenzer I., “Introduction”, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. I. Schwenzer) Oxford University Press, Oxford 2022.
- Varadi T., Bordaš B., Knežević G., Pavić V., *Međunarodno privatno pravo*, Pravni Fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021.
- Vorobey D. V., “CISG and Arbitration Clauses: Issues of Intent and Validity”, *Journal of Law and Commerce* 31/2012–2013.
- Waincymyer J., “The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complementary Relationship Between Substance and Procedure”, *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday* (eds. C. Andersen, U. Schroeter), Wildy, Simmonds & Hill Publishing, London 2008.
- Walker J., “Agreeing to Disagree: Can We Just Have Words? CISG Article 11 And the Model Law Writing Requirement”, *Journal of Law and Commerce* 25(1)/2005.
- Wolff R., “Article II (1)-(2)”, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Article-by-Article Commentary* (ed. R. Wolff), C. H. Beck Hart Nomos Publishers, Munich-Oxford 2019.

Article history:

Received: 3. 10. 2024.

Accepted: 20. 11. 2024.

Olivera Jokić*

PRAVO NA BESPLATNOG PUNOMOĆNIKA U PARNIČNOM POSTUPKU

Nakon stupanja na snagu Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći (u daljem tekstu: ZBPP), odredbe o oslobađanju od troškova postupka, a u sklopu toga i besplatnog punomoćnika u Zakonu o parničnom postupku (u daljem tekstu: ZPP) nisu menjane. Ukoliko se tome dodaju i pravila o tzv. siromaškom pravu predviđena međunarodnim ugovorima, sistem besplatne pravne pomoći postaje još složeniji. U radu će se razmotriti uslovi za ostvarivanje prava na besplatno zastupanje predviđeni ZBPP i ZPP, te odnos ta dva zakona. Predmet će biti i mogućnost ostvarivanja prava na besplatno zastupanje u postupcima po vanrednim pravnim lekovima, odnosno u slučajevima kada stranka nije postulaciono sposobna i kada je predviđeno obavezno zastupanje od strane advokata. Na kraju, u sudskoj praksi i doktrini je moguće naići na različite stavove u pogledu osnova za besplatno zastupanje. Iako je vladajuće shvatanje da je to odluka suda (organa uprave), postoje i stavovi da je neophodno da stranka da punomoćje za postupanje postavljenom zastupniku, zbog čega će i pravni osnov zastupanja biti predmet istraživanja ovog rada.

Ključne reči: *Besplatno zastupanje. — Besplatan punomoćnik. — Punomoćje. — Vanredni pravni lekovi. — Pravo na pristup sudu.*

1. UVOD

U domaćem pravnom sistemu pružanje besplatne pravne pomoći je uređeno Zakonom o besplatnoj pravnoj pomoći¹ (u daljem tekstu: ZBPP), ali i drugim zakonima. Međutim, u radu je akcenat samo na besplatnoj pravnoj pomoći koja se pruža stranci u parničnom postupku.

* Autorka je master pravica i asistentkinja na Pravnom fakultetu u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu, o.jokic@pf.uns.ac.rs, ORCID ID: 000-0002-0532-7833 (Republika Srbija).

1 Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći – ZBPP, *Službeni glasnik RS*, br. 87/18.

Stranke lošeg imovnog stanja u parničnom postupku mogu ostvariti nekoliko različitih oblika pomoći od kojih su neki više ekonomske, nego pravne prirode, ali i jedni i drugi imaju istu svrhu – omogućiti ostvarivanje prava na pristup sudu stranci koja nije u mogućnosti da sama snosi prethodne troškove koji nastaju povodom postupka ili u postupku. S obzirom na navedeno, najvažnija podjela pomoći koja se pruža strankama prevashodno zbog njihovog opšteg imovnog stanja jeste na oslobađanje od troškova postupka i besplatno zastupanje. Međutim, zbog šarenolikosti pojmova koji se koriste, pre svega, u legislaturi, a potom i u dogmatici, u prvom delu rada se obrađuje pojam i oblici besplatne pravne pomoći i postojeći koncepti.

Imajući u vidu da u ZBPP nije rešeno pitanje odnosa tog zakona sa Zakonom o parničnom postupku² (u daljem tekstu: ZPP), u radu se ispituju uslovi za ostvarivanje prava na besplatno zastupanje koje je predviđeno i u jednom i u drugom zakonu, ali pod različitim uslovima. Glavni zadatak rada jeste davanje odgovora na pitanje da li je institut besplatnog punomoćnika iz ZPP postao suvišan nakon stupanja ZBPP na snagu. Kako bi se došlo do odgovora na to pitanje, u radu se razmatra i pitanje pravnog položaja besplatnog punomoćnika (ZPP) i punomoćnika (ZBPP), a pod tim se misli kako na postojanje pravnog osnova za zastupanje, tako i na obim ovlašćenja. Na kraju drugog dela rada, sagledava se mogućnost ostvarivanja prava na besplatno zastupanje u postupku po vanrednim pravnim lekovima u kojem stranka nije postulaciono sposobna, osim ako je advokat.

Radi lakšeg praćenja teksta, sledi par napomena u vezi sa korišćenim terminima. U radu se kao sinonimi koriste reči stranka i korisnik besplatne pravne pomoći, iako su ti pojmovi različito određeni (čl. 74 ZPP i čl. 8 ZBPP). Na odgovarajućim mestima je naznačeno da se sintagma besplatna pravna pomoć koristi kao sinonim za besplatno zastupanje, ali ne treba izgubiti iz vida, kao što je na prvim stranama rada objašnjeno, da je u domaćem pravu to znatno širi pojam od besplatnog zastupanja. Takođe, kao sinonimi se koriste oslobađanje od prethodnog snošenja troškova postupka i oslobađanje od troškova postupka i druge „varijacije na temu“. Međutim, ono što je ključno jeste da se oslobađanje nikada ne odnosi na konačno plaćanje troškova postupka.

2 Zakon o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – odluka US, 74/13 – odluka US, 55/14, 87/18, 18/20 i 10/23 – dr. zakon.

2. POJAM I OBLICI BESPLATNE PRAVNE POMOĆI

Svest o ekonomskoj nejednakosti potencijalnih stranaka u postupku na tlu Evrope postoji već vekovima, kao i načini da se omogućí učestvovanje u sudskim postupcima licima slabog imovnog stanja.³

Što se tiče srpskog prava, ideja o pružanju pomoći ekonomski slabijim strankama postojala je i u Zakonu o dopunama u Zakoniku o postupku sudskom u građanskim parnicama iz 1881. godine.⁴ U Zakoniku o sudskom postupku u građanskim parnicama (građanski parnični postupak) iz 1929. je bilo predviđeno prethodno oslobađanje od plaćanja troškova postupka i postavljanje advokata u slučajevima obaveznog advokatskog zastupanja, odnosno zastupnika iz redova tužilačkih ili sudijskih činovnika u slučajevima postulaciono sposobne stranke.⁵ Taj sistem pružanja pomoći stranci slabijeg imovnog stanja se nazivao siromaško pravo.⁶ Uz određene izmene⁷ taj institut je opstao sve do današnjih dana, s tim što više ne predstavlja „izraz milostinje siromašnim“⁸, nego

3 Karl August Klauser, Rebert A. Riegert, „Legal Assistance in the Federal Republic of Germany“, *Buffalo Law Review* 3/1971, 583; Edita Gruodytė, Stefan Kirchner, „Legal aid for intervenors in proceedings before the European Court of Human Rights“, *International Comparative Jurisprudence* 2/2016, 38, 39.

4 Bilo je predviđeno da onaj „ko podnese svedočbu nadležnog opštinskog suda, odostoverenu nadležnom policajnom vlašću da je siroma i da nije u stanju platiti, od tog se neće naplaćivati“ pojedine takse, vid. §§ 518, 513, tač. 2, 3, 4, 5, 12 i 13.

5 Poslednje je važno samo pod uslovom da se spor pokretao pred sudom koji je bio izvan mesta prebivališta ili redovnog boravišta stranke, vid. §§ 164 i 165 Grpp.

6 Franja Goršić, *Komentar Građanskog parničnog postupka*, Beograd 1933, 493; Srećko Culja, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije*, Beograd 1936, 470.

7 Vid. čl. 161 i 163 Zakona o parničnom postupku, *Službeni list FNRJ*, br. 4/57, 52/61, *Službeni list SFRJ*, br. 12/65, 1/71, 23/72, 6/74 (ZPP 57); čl. 172 i 174 Zakona o parničnom postupku, *Službeni list SFRJ*, br. 4/76, 36/77, (6/80), 36/80, (43/82 i 72/82), 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, *Službeni list SRJ*, br. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98, 3/02 (ZPP 76); kao i čl. 164 i 166 Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04, 111/09 (ZPP 04).

8 Reč je o stavu Komiteta ministara Saveta Evrope iskazanom u Rezoluciji 78 (8) prema kojem pružanje pravne pomoći više ne treba posmatrati kao dobročinstvo (milostinju) siromašnim, već kao obavezu društva u celini, vid. *Resolution (78) 8 on Legal Aid and Advice, Council of Europe, Committee of ministers*, Preambula; up. Anđelija Adamović, „Sistem besplatne pravne pomoći u

kao deo prava na pristup sudu predstavlja osnovno ljudsko pravo⁹, tj. izraz „jednakosti oružja“ i ravnopravnosti stranaka.¹⁰

2.1. Pojam besplatne pravne pomoći u srpskom pravu

2.1.1. Pravna pomoć i besplatna pravna pomoć

Trebalo bi da je „smisao [prava na besplatnu pravnu pomoć ...] dobro poznat“,¹¹ te da je određivanje pojma besplatne pravne pomoći, ako ne suviše, onda bar moguće bez većih komplikacija. No, usled terminološke raznolikosti u propisima i postojanja različitih koncepata širom sveta,¹² ipak je neophodno povući nekoliko demarkacionih linija.

- Sloveniji“, *Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije* (ur. N. Petrušić), Niš 2008, 152.
- 9 Nevena Petrušić, „Nacrtr Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći Srbije: procena uticaja projektovanih rešenja na decu korisnike besplatne pravne pomoći“, *Projekat „Usklađivanja prava Srbije sa pravom EU“* (ur. S. Knežević, Niš 2017), 50. Imajući u vidu temu rada, neće se dalje razmatrati kako je to pravo na besplatnu pravnu pomoć deo prava na pristup sudu, a u okviru toga deo prava na pravično suđenje koje je zagarantovano čl. 6 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP). O tome više vid. Dušica Palačković, Jelena Čanović, „Besplatna pravna pomoć u kontekstu prava na pristup sudu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu (ZboNiš)* 89/2020, 65 i dalje, Stavove Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) o tom segmentu prava na pravično suđenje vid. *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a fair trial (civil limb)*, Council of Europe 2023, 46 i dalje, odnosno verziju na srpskom jeziku *Vodič za član 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava – Pravo na pravično suđenje (građanskopravni aspekt)*, Savet Evrope 2019, 31 i dalje.
- 10 Katarina Golubović, „Perspektive primene evropskih standarda prava na besplatnu pravnu pomoć u Republici Srbiji“, *Regionalna naučna konferencija „Besplatna pravna pomoć: ratio legis, obim i uslovi primene“* (ur. S. Bejatović, M. Kolaković-Bojović), Beograd 2017, 201; Mijodrag Radojević, „Sistem (besplatne) pravne pomoći u Republici Srbiji i primena međunarodnih standarda – Povodom prvog Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći (2018)“, *Srpska politička misao* 4/2018, 250.
- 11 Sanja Marjanović, Milena Jovanović Zattila, „Pravno na pristup pravdi prema međunarodnim izvorima međunarodnog privatnog prava Republike Srbije“, *Tematski zbornik Pravnog fakulteta u Nišu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“* (ur. N. Račević), Niš 2023, 191.
- 12 M. Radojević, *op. cit.*, 251; Robert Sepi, „Pravna pomoć u zemljama zapadne Evrope – uporednopravni pregled“, *Pravna pomoć*, ur. Saša Gajin, Beograd 2007, 107 i dalje. O različitim konceptima pravne pomoći sa naglaskom na *pro bono* praksu vid. *A Survey of Pro Bono Practices and Opportunities in 84*

Ustav Republike Srbije (u daljem tekstu: Ustav) razlikuje pravnu pomoć od besplatne pravne pomoći (čl. 67),¹³ kao što to čini i Zakon o advokaturi (čl. 2 i 73)¹⁴ (u daljem tekstu: ZAdv), dok Zakon o lokalnoj samoupravi¹⁵ poznaje samo pravnu pomoć (čl. 20, st. 1, tač. 11). No, trebalo bi da je nesporno da je pravna pomoć znatno širi pojam od besplatne pravne pomoći, te da oni ne mogu biti sinonimi. To važi ako ni zbog čega drugog, onda bar zbog toga što se pod pravnom pomoći podrazumeva i pomoć koju državni organi ukazuju međusobno (npr. glava XIII ZPP),¹⁶ a ne samo pomoć koja se pruža fizičkim i pravnim licima u smislu čl. 3 ZAdv. Pravo na potonje predstavlja i ustavnu garantiju (čl. 67, st. 1 Ustava). S obzirom na sve to, ne postavlja se kao pitanje „da li je pravo na pravnu pomoć siromaško ili ljudsko pravo (kurziv autora)“,¹⁷ jer ono jeste ljudsko, imajući u vidu sistematizaciju čl. 67 Ustava; i sasvim sigurno nije „siromaško“. To više nije upitno ni za pravo na besplatnu pravnu pomoć u domaćem pravnom poretku s obzirom na to da je zagarantovano u čl. 67, st. 3 Ustava.¹⁸

Jurisdictions, ProBono Institute and Latham & Watkins, LLP, 2019. O pojmu *legal aid*, vid. Elizabeth A. Martin, *A Dictionary of Law*, Oxford 2003, 284. S druge strane, o razlici između *legal aid* i *pro bono* vid. <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/legal-aid-and-pro-bono-representation-and-how-to-find-it.html>, 28. 8. 2024.

- 13 Ustav Republike Srbije – Ustav, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06 i 115/21.
- 14 Zakon o advokaturi – ZAdv, *Službeni glasnik RS*, br. 3/11, 24/12 – US.
- 15 Zakon o lokalnoj samoupravi, *Službeni glasnik RS*, br. 129/07, 83/14 – dr. zakon, 101/16 – dr. zakon, 47/18 i 111/21 – dr. zakon. Prema Zakonu o advokaturi i službi pravne pomoći, *Službeni glasnik SRS*, br. 27/77, 1/88 i 75/91, bilo je predviđeno da visina naknada za usluge koje pruža služba pravne pomoći ne može biti veća od visine nagrada propisanih tzv. Advokatskom tarifom (čl. 80, st. 2).
- 16 Potpuno identična sintagma – pravna pomoć – koristila se i u srpskoj pravnoj istoriji, vid. S. Culja, *op. cit.*, 252; Milka Janković *et al*, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 1977. U domaćoj doktrini se može naići i na stavove da u ZBPP „nisu predviđene sve besplatne usluge o kojima odlučuje organ koji pruža konkretni oblik besplatne pravne pomoći“ primera radi „besplatno pružanje određenih podataka sudu, javnim izvršiteljima i izvršnim poveriocima“, Gordana Stanković, Marijana Dukić Mijatović, „Pružanje besplatnih pravnih usluga“, *Zbornik radova „Sloboda pružanja usluga i pravna sigurnost“* (ur. M. Mićović), Kragujevac 2019, 433, fn. 99 na 433. Slično i Radojević, koji navodi da ZBPP nisu obuhvaćeni svi pružaoci besplatne pravne podrške, vid. M. Radojević, *op. cit.*, 256–257.
- 17 R. Sepi. *op. cit.*, 108.
- 18 Marijana Pajvančić, „Besplatna pravna pomoć – komentar člana 67 Ustava Republike Srbije i rodni aspekti Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći“, *Region-*

Zbog toga što nije svaka pravna pomoć besplatna, trebalo bi razjasniti šta se sve u srpskom pravu podrazumeva pod besplatnom pravnom pomoći.

2.1.2. Dva koncepta: besplatna pravna pomoć i oslobađanje od troškova postupka

Prema domaćem pozitivnom pravu, postoje različiti instituti čija je svrha u besplatnoj pravnoj pomoći. Tako je u nekim slučajevima predviđeno pravo na besplatnu pravnu pomoć¹⁹, dok je u drugim predviđeno oslobađanje od troškova postupka²⁰ ili postavljanje punomoćnika kada to zahteva imovno stanje stranke,²¹ ili se u istom propisu razlikuju pravo na oslobađanje od troškova postupka i pravo na besplatnu pravnu pomoć,²² ali postoji i kombinacija besplatne pravne pomoći i prava na besplatno zastupanje²³.

Nesporno je da su svi ti oblici neka vrsta pomoći stranci i mogu se razvrstati u dve grupe. Prvu grupu čine savetovanje, davanje pravnih mišljenja, pisanje podnesaka, zastupanje i sve druge aktivnosti koje zahtevaju da pružalac poseduje određeno pravničko znanje, dok je u drugoj grupi oslobađanje od plaćanja različitih izdataka.²⁴ Međutim, doktrina nije jednoglasna u pogledu toga da li se oslobađanje od plaćanja troškova može smatrati pravnom pomoći.

alna naučna konferencija „Besplatna pravna pomoć: ratio legis, obim i uslovi primene“ (ur. S. Bejatović, M. Kolaković-Bojović), Beograd 2017, 342, 343.

- 19 ZBPP; Zakon o rodnoj ravnopravnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 52/21, čl. 54.
- 20 Zakon o posredovanju u rešavanju sporova, *Službeni glasnik RS*, br. 55/14, čl. 29, st. 4; Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 – ispr., *Službeni list SRJ*, br. 46/96 i *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006 – dr. zakon, čl. 85; Zakon o sudskim taksama – ZSud-Taks, *Službeni glasnik RS*, br. 28/94, 53/95, 16/97, 34/01 – dr. zakon, 9/02, 29/04, 61/05, 116/08 – dr. zakon, 31/09, 101/11, 93/12, 93/14, 106/15 i 95/18, glava II, čl. 9 i dalje; Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/16, 95/18 – autentično tumačenje i 2/23 – odluka US, čl. 89.
- 21 Odnosno o postavljanju branioca siromašnom okrivljenom, Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 – US, 62/21 – US (ZKP), čl. 59 i 77.
- 22 Čl. 168 i 170 ZPP.
- 23 Zakon o azilu i privremenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 24/18, čl. 56, st. 3.
- 24 Up. D. Palačković, J. Čanović, *op. cit.*, 67 i dalje. O tome da besplatna pravna pomoć i oslobađanje od troškova postupka nisu „istoznačni pojmovi“ vid. *Ibid.*, 69. Takođe, one ne smatraju da je oslobađanje od troškova deo besplatne pravne pomoći, *Ibid.*

Petrušić, iako ističe da „striktno gledano“ oslobađanje od plaćanja troškova postupka nije oblik besplatne pravne pomoći, smatra da je nedostatak ZBPP to što nije predviđeno oslobađanje od prethodnog snošenja troškova postupka. Prema njoj, taj institut ima dve funkcije. Prva funkcija je u sprečavanju odustajanja od traženja pravne zaštite zbog nemogućnosti snošenja izdataka postupka, jer se kroz oslobađanje od troškova postupka ostvaruje jednakost u pristupu pravdi. Druga funkcija tog instituta se ogleda u sprečavanju gubitka spora, jer stranka koja je dužna da plati predujam izvođenja dokaza nije u mogućnosti da to i uradi (čl. 152, st. 4 ZPP).²⁵

Međutim, postoje i drugačija shvatanja. Tako Čizmić smatra da oslobađanje od plaćanja troškova nije oblik besplatne pravne pomoći, jer „se prvenstveno radi o ekonomskoj pomoći ili socijalnim merama“.²⁶ On navodi da bi nepostojanje tog instituta vodilo faktičkom nepružanju pravne zaštite određenim licima.²⁷ Čini se da su tog shvatanja i Palačković i Čanović, prema kojima je oslobađanje od troškova postupka „samo jedan od načina da se najsiromašnijima olakša pristup sudu“, jer je postizanje procesne ravnopravnosti moguće samo putem besplatnog zastupanja.²⁸ Drugačije rečeno, da bi stranke stvarno bile izjednačene neophodno je da se stranci omogući da u postupku učestvuje uz pomoć kvalifikovanog punomoćnika.²⁹

Dodatni argument u prilog teze da oslobađanje od plaćanja troškova nije pravna pomoć jeste i odredba ZPP prema kojoj se stranci

25 N. Petrušić, 2017, 62, 63. O istom nedostatku ZBPP vid. G. Stanković, M. Dukić Mijatović, *op. cit.*, 433. Sličnog shvatanja je i Adamović koja, izjašnjavajući se za slovenački sistem, navodi da je tamnošnji ZPP, takođe, izvor prava na besplatnu pravnu pomoć i to zato što predviđajući oslobađanje od plaćanja troškova postupka omogućava licima „vrlo slabog imovinskog stanja“ ostvarivanje prava na pravnu zaštitu, A. Adamović, *op. cit.*, 155.

26 Jozo Čizmić, „O pružanju besplatne pravne pomoći“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci (1991) 1/2010*, 415.

27 *Ibid.* 416.

28 D. Palačković, J. Čanović, *op. cit.*, 69. Međutim, na drugom mestu u radu prihvataju da „besplatna pravna pomoć ne obuhvata samo snošenje i participiranje u troškovima zastupanja u sudskim postupcima već i troškove sudskih taksi, izvođenja dokaza, prevođenja, obezbeđenja dokaza“ i drugo, *Ibid.* 68.

29 Siniša Triva *et al.*, *Gradansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1986, 388. O tome da oslobađanje od plaćanja troškova nije oblik pravne pomoći vid. Gordana Stanković, Vladimir Boranijašević, *Gradansko procesno pravo*, Beograd 2023, 235.

priznaje pravo na besplatnu pravnu pomoć kad je potpuno oslobođena od plaćanja troškova postupka (čl. 170, st. 1). Naime, postoji znak jednakosti između pojmova besplatna pravna pomoć i besplatno zastupanje (čl. 170, st. 1 i 2 ZPP), ali ne i besplatna pravna pomoć i oslobađanje od plaćanja troškova postupka (čl. 168 ZPP).

Summa summarum, u srpskom parničnom postupku paralelno egzistiraju dva različita koncepta predviđena ZBPP i ZPP koja se u jednom delu preklapaju, ali se istovremeno bitno i razlikuju. U nastavku će se razraditi samo oblici koji su relevantni sa aspekta parničnog postupka.

2.2. Oblici ekonomsko-pravne pomoći (potencijalnim strankama u parničnom postupku)

ZBPP razlikuje tri vida pomoći: besplatnu pravnu pomoć u užem smislu, besplatnu pravnu podršku i besplatnu pravnu pomoć u prekograničnim sporovima (čl. 3, st. 2)³⁰. Kod prva dva vida postoje različiti oblici koji se razlikuju spram vrste aktivnosti koju pružalac pravne pomoći treba da izvrši (čl. 6 i 11 ZBPP).³¹ S obzirom na temu rada, u daljem tekstu će se razmatrati samo besplatna pravna pomoć u užem smislu, odnosno sastavljanje podnesaka i zastupanje (čl. 6, st. 3 i 4 ZBPP).

ZPP razlikuje oslobađanje od plaćanja troškova postupka, koje može biti delimično i potpuno (čl. 168 ZPP), i besplatnu pravnu pomoć

30 Specifičnosti trećeg vida besplatne pravne pomoći uslovljene su činjenicom da je reč o prekograničnom sporu, ali u okviru granica Evropske unije (čl. 45 ZBPP). Te odredbe će početi da se primenjuju od dana pristupanja Republike Srbije Evropskoj uniji (čl. 61 ZBPP), više vid. Sanja Stanković, „Analiza odredaba Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći Republike Srbije koje uređuju besplatnu pravnu pomoć u prekograničnom sporu *de lege lata* i *de lege ferenda*“, *ZboNiš* 86/2020, 253 i dalje.

31 Oblici besplatne pravne pomoći u užem smislu su pružanje pravnih saveta, sastavljanje podnesaka, zastupanje i odbrana u kaznenim postupcima (čl. 6 ZBPP), dok su oblici besplatne pravne podrške pružanje opšte pravne informacije, popunjavanje formulara, sastavljanje javnobeležničke isprave i posredovanje u rešavanju sporova (čl. 11 ZBPP). Petrušić ističe da je potpuno nejasno zbog čega je uvedena pravna podrška, jer se u ranijim verzijama govorilo o primarnoj i sekundarnoj pomoći, N. Petrušić, 2017, fn. 45 na 62, dok Palačković i Čanović ostaju verne spomenutoj podeli, D. Palačković, J. Čanović, *op. cit.*, 68.

koje se iscrpljuje u besplatnom zastupanju (čl. 170 ZPP). S obzirom na to da je drugi oblik pomoći na određen način uslovljen prvim, u radu će biti prikazan i taj prevashodno ekonomski oblik pomoći stranci.

2.2.1. Oslobođanje od prethodnog plaćanja troškova postupka

Notorno je da naslov drugog odseka dvanaeste glave – Oslobođanje od plaćanja troškova postupka – i prvi stav člana 168 ZPP navode na pogrešan zaključak, a to je da stranka može biti oslobođena od plaćanja troškova parničnog postupka ukoliko nije u mogućnosti da ih sama snosi. Međutim, da to nije cilj instituta postaje jasno već prilikom čitanja drugog stava istog člana prema kojem se predmetni institut odnosi na oslobođanje od plaćanja sudskih taksi i oslobođanje od polaganja predujma za troškove svedoka, veštaka, uviđaja i sudskih oglasa. Prema tome, stranka se oslobađa od prethodnog snošenja „sopstvenih“ troškova postupka, dok će se o konačnom plaćanju odlučivati po zahtevu stranaka za nadoknadu troškova.³²

Pored toga, nesporno je da stranka može biti delimično i potpuno oslobođena od plaćanja troškova postupka. U prvom slučaju se oslobađa od plaćanja sudskih taksi (čl. 168, st. 3 ZPP),³³ a u drugom od predujmljivanja ostalih troškova (čl. 170, st. 1 u vezi sa čl. 168, st. 2 ZPP). No, u oba slučaja, ukoliko dođe do oslobođanja i oslobođena stranka uspe u sporu, protivnik će, ukoliko bude zahtevano, biti obavezan da nadoknadi troškove (čl. 173 ZPP, čl. 19 ZSudTaks).

A. Titular prava: fizičko ili i pravno lice

U domaćoj doktrini je sporno da li su pravna lica titulari prava na oslobođanje od plaćanja troškova postupka.

Stanković smatra da to pravo pripada i pravnim licima, što „je posebno značajno kad se u postupku, kao stranke, javu udruženja gra-

32 Keča u Ranko Keča, Marko, S. Knežević, *Građansko procesno pravo, priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Beograd 2023, 276.

33 U vezi sa delimičnim oslobođanjem od plaćanja sudskih taksi, razlikuju se dve kategorije lica u zavisnosti od toga da li je oslobođanje bezuslovno (čl. 9 ZSudTaks) ili uslovno (čl. 10 ZSudTaks). Pored toga, treba imati u vidu i napomene predviđene u Taksenoj tarifi. Primera radi, predviđeno je da u sporovima koje zaposleni pokrene protiv stečajnog dužnika, zaposleni ne plaća taksu ukoliko se zahtev ne odnosi na novčano potraživanje (napomena 10 uz tarifni broj 1). No, kako akcenat rada nije na oslobođanju od plaćanja troškova, neće se dalje razmatrati ostale pojedinosti.

đana koja nemaju na raspolaganju neophodna novčana sredstva“ i kojima bi usled neoslobađanja od plaćanja sudskih taksi ili polaganja predujma bilo uskraćeno pravo na pristup sudu.³⁴ Jakšić je na istom shvatanju – titular prava na oslobađanje od plaćanja troškova jeste i pravno lice. Do toga dolazi sistemskim tumačenjem odredbe čl. 168, st. 1 ZPP prema kojoj to pravo ima stranka³⁵ i odredbe čl. 74, st. 1 ZPP kojom je predviđeno da je stranka u postupku svako fizičko i pravno lice.³⁶ Prilikom tumačenja pravnog standarda nemogućnost stranke da sama snosi troškove postupka ukazuje na odredbu čl. 168, st. 4 ZPP, te sistemskim i ciljnim tumačenjem dolazi do zaključka da je taj uslov ispunjen kada je imovno stanje stranke takvo da bi predumjmljivanjem parničnih troškova bilo dovedeno u pitanje nužno izdržavanje kako same stranke, tako i članova njene porodice.³⁷ Pitanje je zbog čega ne na taj način – sistemski i ciljno – tumačiti i sam pojam stranke u konkretnom slučaju, te doći do zaključka da titular može biti samo fizičko lice, jer samo ono može biti član porodice.³⁸

S druge strane, Petrušić kratko navodi da to pravo pripada samo fizičkim licima³⁹, dok se Bodiroga izričito ne izjašnjava, ali se čini da je na istom shvatanju. Naime, on prilikom tumačenja nemogućnosti

34 Gordana Stanković, *Zakon o parničnom postupku prema stanju zakonodavstva od 10. maja 2023. godine, Objasnjena, tumačenja i stvarni registar*, Beograd 2024, 81. Ona kao primere navodi udruženja samohranih majki, invalida, distrofičara, te pojedine organizacije za zaštitu potrošača, *Ibid.* Međutim, treba imati u vidu da nemaju sva udruženja status pravnog lica (čl. 2, st. 3 Zakona o udruženjima, *Službeni glasnik RS*, br. 51/09, 99/11 – dr. zakoni i 44/18 – dr. zakon), kao i odredbu čl. 74, st. 4 ZPP. U rezultatu, svojstvo stranke će se priznati onom udruženju koje imajući u vidu predmet spora ispunjava bitne uslove za sticanje stranačke sposobnosti, a naročito ako to udruženje raspolaže imovinom na kojoj se može sprovesti izvršenje. Sve to znači da je upitno i da li će se tim udruženjima u konkretnom slučaju priznati stranačka sposobnost. O tome da je titular prava i pravno lice, vid. G. Stanković, M. Dukić Mijatović, *op. cit.*, 413.

35 Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2021, 615.

36 Treba imati u vidu da on to ne kaže izričito, ali se takav zaključak nameće ukoliko se ima u vidu da je reč „stranka“ podebljana, *Ibid.*

37 *Ibid.*

38 Prilikom procene nemogućnosti stranke da snosi troškove sud cení sve okolnosti, a naročito uzima u obzir vrednost predmeta spora, broj lica koje stranka izdržava, prihode i imovinu kako stranke, tako i članova njene porodice (čl. 168, st. 4 ZPP).

39 Nevena Petrušić, *Građansko procesno pravo, parnično procesno pravo*, Niš 2024, 273. Kasnije ukazuje na odredbu čl. 168, st. 4 ZPP, *Ibid.* 274

stranke da snosi troškove postupka prihvata stav sudske prakse da treba imati u vidu opšte imovno stanje pod kojim se podrazumevaju, između ostalog i „prihodi članova domaćinstva koji sa strankom žive“.⁴⁰

Imajući u vidu da je besplatno zastupanje donekle uslovljeno potpunim oslobađanjem od prethodnog snošenja troškova postupka⁴¹, te da titular potonjeg može biti samo fizičko lice, to onda znači da samo fizičko lice može biti besplatno zastupano. Takođe, treba imati u vidu i da je zakonodavac ostao kod istog vrednovanja i u zakonu koji je donet sedam godina nakon donošenja ZPP. Naime, prilikom određivanja predmetnog polja primene ZBPP predviđeno je da su korisnici besplatne pravne pomoći građani (čl. 1, st. 1 ZBPP). Na taj način je određeno i personalno polje primene koje je u čl. 4, st. 1 ZBPP samo dodatno razrađeno.⁴²

B. Blagovremenost zahteva za oslobađanje od plaćanja troškova postupka

a) Shvatanja teorije i sudske prakse

S obzirom na to da je pravo na besplatnog zastupnika (čl. 170 ZPP) naizgled uslovljeno oslobađanjem od plaćanja troškova postupka, pitanje blagovremenosti zahteva za oslobađanje je izuzetno važno. U domaćoj doktrini i sudskoj praksi zastupljena su različita shvatanja, koja se mogu razvrstati u tri grupe.

Prva grupa blagovremenost zahteva vezuje za pravnosnažno okončanje postupka. Stanković se izričito izjašnjava da se zahtev za oslobađanje od plaćanja sudskih taksi može istaći do pravnosnažnog okončanja postupka. Naime, kasnije podnet predlog je neblagovremen, jer je „stranka izgubila pravo zbog nevršenja“.⁴³ Iako nije tako eksplicitna u vezi sa zahtevom za oslobađanje od polaganja predujma za troškove izvođenja dokaza, može se pretpostaviti da bi i taj zahtev bio neblagovremen nakon pravnosnažnog okončanja postupka. Na istom stanovištu je i sudska praksa, doduše sa različitim obrazloženjima.⁴⁴

40 Nikola Bodiroga, *Parnični postupak*, Beograd 2022, 444.

41 Vid. 2.2. Uslovi za ostvarivanje prava na besplatno zastupanje.

42 Vid. 2.2.2. Prema ZBPP: pozitivno i negativno određeni uslovi.

43 G. Stanković, V. Boranijašević, *op. cit.*, 314.

44 Viši sud u Čačku, 12. 4. 2021 – Gž 874/21; Viši sud u Čačku, 25. 09. 2020 – Gž 206/20; Viši sud u Požarevcu, 10. 2. 2015 – 2 Gž 85/15 (2010); Viši sud u Požarevcu, 15. 1. 2015 – Gž 48/15; sve odluke su dostupne u *Propisionline*,

U drugoj grupi je zapravo samo Jakšić koji razlikuje blagovremenost zahteva za potpuno i delimično oslobođenje. On pravilo o nadležnosti prvostepenog suda za odlučivanje o predlogu (čl. 169, st. 1 ZPP) tumači tako da se predlog za potpuno oslobađanje od troškova može podneti samo do okončanja prvostepenog postupka. Neargumentovano tvrdi da se predlog za delimično oslobađanje može „postavi[ti] pred prvostepeni sud“ i u toku postupka po pravnim lekovima.⁴⁵

Treća grupa je specifična u odnosu na prvu zbog svesti o mogućnosti pogoršanja materijalnog stanja stranke nakon pravnosnažnosti. Ukazujući na tu mogućnost, Bodiropa smatra da stranci koja želi da izjavi vanredni pravni lek treba priznati pravo na oslobađanje od troškova postupka⁴⁶.

b) Različiti rokovi za delimično i potpuno oslobađanje od troškova postupka

S obzirom na gore izneto, nema jasno obrazloženog stava u pogledu blagovremenosti predloga. Ono što je nesporno jeste da rok za podnošenje predloga za oslobađanje od plaćanja troškova postupka nije predviđen u ZPP. To dalje znači da postoji pravna praznina koju je potrebno popuniti. Isto tako postoji mogućnost na koju Bodiropa ukazuje, mada ona ne mora uvek biti vezana za izjavljivanje vanrednih pravnih lekova. Primera radi, taksena obaveza na presudu čijem objavljivanju stranka nije prisustvovala nastaje kada se stranci dostavi prepis odluke (čl. 3, st. 1, tač. 3 ZSudTaks). Iako se u domaćoj teoriji zastupa shvatanje da se postupak pravnosnažno okončava donošenjem drugostepene presude (čl. 359, st. 1 ZPP), treba imati u vidu i odredbu prema kojoj presuda dejstvuje prema strankama od dana dostavljanja (čl. 361, st. 2 ZPP).⁴⁷ Prema tome, ukoliko do pravnosnažnog okončanja

pristupljeno 29. 8. 2024. Viši sud u Kragujevcu, 28. 7. 2020 – Gž 4794/18, dostupno u *Propisionline*, pristupljeno 30. 8. 2024. U obrazloženju je izveden zaključak da „predlog za oslobođenje od plaćanja sudskih taksi u pogledu radnji učinjenih do pravnosnažnog okončanja postupka, tužilac može podneti samo do pravnosnažnog okončanja postupka“; Apelacioni sud u Novom Sadu, 23. 6. 2016 – Gž 2329/16, dostupno u *Bazi sudske prakse Ministarstva pravde*, sud je bio shvatanja da kako nije predviđen rok za podnošenje zahteva, treba primeniti analogno rok iz čl. 163 ZPP.

45 A. Jakšić, *op. cit.*, 616.

46 N. Bodiropa, *op. cit.*, 446.

47 O shvatanjima domaće doktrine o trenutku nastupanja formalne i materijalne pravnosnažnosti vid. Olivera Jokić, *Izvršenje na osnovu verodostojne isprave*, završni rad, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2023, 58–60 sa daljim citiranjem.

postupka dolazi donošenjem drugostepene odluke, taksena obaveza nastaje kasnije, dok u drugom slučaju nastaje istovremeno sa pravno-snažnim okončanjem postupka. Zbog čega onda insistirati na pravilu da je predlog blagovremen do pravnosnažnog okončanja postupka?

Takođe, Jakšićev argument o blagovremenosti zahteva za potpuno oslobođenje do okončanja prvostepenog postupka – jer je predviđeno da o tom predlogu odlučuje prvostepeni sud (čl. 169, st. 1 ZPP) – nije osnovan. To je samo pravilo o funkcionalnoj nadležnosti. Na kraju, sam Jakšić to potvrđuje i pobija sopstveni argument kad kaže da se zahtev za delimično oslobađanje može postaviti pred prvostepeni sud i u postupku po pravnim lekovima.

Stav o analogiji između blagovremenosti predloga za oslobađanje i zahteva za nadoknadu troškova koji se zauzima u sudskoj praksi je, takođe, neosnovan. Prvo, predlog za oslobađanje i zahtev za nadoknadu troškova su dve potpuno različite stvari. Nadoknađuju se samo potrebni troškovi (čl. 154 ZPP), a trošak sudske takse na presudu se redovno dosuđuje. Međutim, ukoliko je stranka već zahtevala nadoknadu troškova zbog plaćanja sudske takse na presudu i sud je to dosudio, kasnije isticanje zahteva za oslobađanje od plaćanja te iste takse nije više stvar blagovremenosti, nego savesnog postupanja (čl. 9 ZPP).⁴⁸

Treba imati u vidu i da neplaćanje sudskih taksi „ne zadržava tok“ parničnog postupka (čl. 7, st. 1 i 2 ZSudTaks) i da je na taj način u domaćem pravu omogućeno pravo na pristup sudu svima bez obzira na njihovo imovno stanje. Značaj oslobađanja od plaćanja sudskih taksi se ne odražava više u ostvarivanju prava na pristup sudu nego u konačnom neplaćanju taksi ukoliko oslobođena stranka izgubi spor (čl. 14, 19 i 20 ZSudTaks). Ipak, ništa od toga ne dovodi do odgovora kad nastupa prekluzija za predlog za delimično oslobađanje. Naprotiv, čini se da prekluzija nikad ne nastupa.

S druge strane, situacija sa predlogom za potpuno oslobađanje je drugačija. Da bi došlo do potpunog oslobađanja neophodno je da je stranka oslobođena i od plaćanja sudskih taksi i od polaganja predujma za troškove svedoka, veštaka, uviđaja i sudskih oglasa. Ti troškovi redovno nastaju u toku prvostepenog postupka, iako nije nezamislivo i

48 Zbog toga, sud greši kad zaključak o prekluzivnosti zahteva za oslobađanje od plaćanja sudskih taksi izvodi iz čl. 163 ZPP o roku za podnošenje zahteva za nadoknadu troškova postupka, Apelacioni sud u Novom Sadu, 23. 6. 2016 – Gž 2329/16, dostupno u *Bazi sudske prakse Ministarstva pravde*.

da nastanu i pred žalbenim sudom s obzirom na mogućnost otvaranja drugostepene rasprave. Iako nije propisan rok, očigledno je da stranka mora da zahteva oslobađanje od predujmljivanja tih troškova pre nego što sud odustane od izvođenja tih dokaza (čl. 152, st. 4 i 5 ZPP).

2.2.2. Sastavljanje podneska

Sastavljanje podneska je poseban oblik besplatne pravne pomoći pod kojim se podrazumeva pomoć pri izradi pismena kojim se pokreće parnični postupak (tužba, predlog za sporazumni razvod braka) i ostali podnesci u toku pokrenutog postupka (čl. 6, st. 3 ZBPP). S obzirom na redakciju odredbe – sastavljanje podneska, a ne podnesaka – sledi zaključak da se stranci odobrava besplatna pravna pomoć samo za izradu konkretnog pismena.

Predmetni oblik besplatne pravne pomoći pružaju službe pravne pomoći u jedinicama lokalne samouprave i advokati bez obzira na predmet postupka, a udruženja samo u postupcima za zaštitu od diskriminacije⁴⁹ (čl. 9, st. 1 i 2 ZBPP).

Ovde treba imati u vidu da je u očima suda to podnesak stranke koja nema punomoćnika. Drugim rečima, diplomirani pravnik u službi pravne pomoći, diplomirani pravnik u udruženju ili advokat na kojeg je u rešenju o odobravanju pravne pomoći korisnik upućen nije njen zastupnik. Stranci se pomaže samo prilikom izrade konkretnog pismena. U suprotnom, to bi bilo zastupanje stranke, što je prema ZBPP, poseban oblik besplatne pravne pomoći (čl. 6, st. 3 i 4).

2.2.3. Zastupanje u parničnom postupku

Pravo na besplatno zastupanje u parničnom postupku stranka može da ostvari na više načina.⁵⁰ Prema ZBPP, stranku mogu zastupati advokati i diplomirani pravnici službe pravne pomoći jedinice lokalne samouprave i udruženja (čl. 9, st. 1 i 2). S druge strane, prema ZPP, stranka može biti besplatno zastupana samo od strane advokata (čl. 170). U ovom delu će se obraditi samo problem zastupanja od strane

49 Odredba čl. 9, st. 2 ZBPP predviđa da udruženja mogu da pružaju besplatnu pravnu pomoć – sastavljaju podneske – samo na osnovu odredbi zakona koji uređuju pravo azila i zabranu diskriminacije. Međutim, za parnični postupak je relevantan samo drugi deo odredbe.

50 Predviđeno je da se ZBPP primenjuje na korisnike koji nisu ostvarili pravo na besplatnu pravnu pomoć prema drugim zakonima (čl. 1, st. 2 ZBPP).

diplomiranog pravnika u službi pravne pomoći i udruženja, dok će se pojedina pitanja u vezi sa besplatnim zastupanjem od strane advokata razmatrati kasnije.

A. *Postulaciona sposobnost diplomiranog pravnika*

Predviđeno je da diplomirani pravници službe pravne pomoći ili udruženja mogu da pružaju pomoć pri zastupanju samo u okviru ovlašćenja koja su određena relevantnim procesnim zakonom (čl. 9, st. 4 ZBPP). Na taj način je zakonodavac želeo da posredno uredi postulacionu sposobnost zastupnika.⁵¹ Naime, kako u parničnom postupku samo advokat ima postulacionu sposobnost u postupku po vanrednim pravnim lekovima (čl. 85, st. 6 ZPP), stranku u tom stadijumu može besplatno zastupati samo advokat.⁵² No, treba primetiti, da se u odredbi govori o „okviru ovlašćenja“, a u Obrazloženju Predloga ZPP o svojstvu punomoćnika, odnosno o postulacionoj sposobnosti.⁵³ No, kako su to dve potpuno različite stvari, treba imati u vidu da obim ovlašćenja punomoćnika zavisi od volje stranke (čl. 88, st. 1 i 2 ZPP), dok je pitanje postulacione sposobnosti punomoćnika regulisano zakonom (čl. 85, st. 2–4 i 6 ZPP).⁵⁴ Naime, nesporno je da će se revizija izjavljena od strane „neadvokata“ odbaciti bez obzira na ovlašćenje stranke za preduzimanje te parnične radnje (čl. 410, st. 1 i 2, tač. 2 ZPP). Drugačije je ako „neadvokat“ povuče tužbu bez posebnog ovlašćenja stranke (čl. 89, st. 2 ZPP). U prvom slučaju se radi o postulacionoj sposobnosti – akcent je na svojstvu punomoćnika, a ne na volji stranke da punomoćnik nešto (ne) uradi. Suprotno, u drugom slučaju je reč o ovlašćenju za preduzimanje određene radnje, koje i ako ne postoji u momentu preduzimanja radnje, može da se sanira tako što će stranka naknadno da je odobri (čl. 91, st. 2, reč. 2 ZPP).⁵⁵

51 Obrazloženje Predloga ZBPP, 26.

52 *Ibid.* Na istu odredbu ZPP ukazuju i *Stanković i Đukić Mijatović*, G. Stanković, M. Đukić Mijatović, *op. cit.*, fn. 71 na 427.

53 O postulacionoj sposobnosti punomoćnika vid. Marko S. Knežević, „Postulaciona sposobnost punomoćnika u parničnom postupku“, *Pravo i privreda* 2/2023, 422 i dalje. O kritici shvatanja da se kvalifikacija punomoćnika odnosi na ovlašćenje za zastupanje vid. *Ibid.* 417 i dalje.

54 O problemu kvalifikacije uslova da se bude punomoćnik, odnosno da li se to odnosi na ovlašćenje za zastupanje ili postulacionu sposobnost punomoćnika vid. *Ibid.*, 405.

55 O saniranju postulacione nesposobnosti punomoćnika vid. *Ibid.*, 428 i dalje.

S obzirom na redakciju odredbe čl. 9, st. 4 ZBPP, pitanje je šta je zapravo zakonodavac predvideo, pored onog što je nameravao, odnosno šta se podrazumeva pod „ovlašćenjima koja su određena“ u ZPP. Odgovor je: postulaciona sposobnost, odnosno specifična svojstva punomoćnika koja su predviđena u ZPP, jer je to ono što je prema važećoj redakciji ZPP „određeno zakonom“ i što ne može da se promeni.

B. Položen pravosudni ispit kao uslov postulacione sposobnosti diplomiranog pravnika

S obzirom na to da je diplomirani pravnik službe pravne pomoći ili udruženja punomoćnik stranke u postupku⁵⁶ za određivanje okvira njegovih ovlašćenja relevantno je uređenje postulacione sposobnosti punomoćnika u parničnom postupku. U ZPP je predviđen krug lica koja mogu biti punomoćnici stranke, a pored srodnika i supružnika, to mogu biti i određeni diplomirani pravnici (čl. 85, st. 2–4 ZPP). Međutim, ZPP ne poznaje diplomiranog pravnika udruženja kao mogućeg punomoćnika stranke, zbog čega će prvo biti razmotrena postulaciona sposobnost diplomiranog pravnika službe pravne pomoći, a tek potom udruženja.

a) Diplomirani pravnik službe pravne pomoći

Imajući u vidu da prema ZPP punomoćnik stranke (fizičkog lica) može biti i predstavnik službe pravne pomoći koji je diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom (čl. 85, st. 2 ZPP), postavlja se pitanje postulacione sposobnosti diplomiranog pravnika službe pravne pomoći bez položenog pravosudnog ispita.

U skladu sa principom *lex posterior derogat legi priori*, nameće se zaključak da je odredba čl. 85, st. 2 ZPP u predmetnom delu izgubila pravnu snagu, jer ZBPP govori samo o diplomiranom pravniku, bez zahtevanja dodatnog svojstva. No, upitna je ispravnost tog zaključka, upravo zbog već spomenute odredbe čl. 9, st. 4 ZBPP koja upućuje na ZPP.

U ZPP, kao što je već rečeno, predviđeno je da punomoćnik stranke može biti i predstavnik službe pravne pomoći, ali samo ako je diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom. Ukoliko lice koje se pojavljuje pred sudom kao punomoćnik stranke nema navede-

56 Vid. 2.1.2. Pravni položaj punomoćnika prema ZBPP.

no svojstvo, onda ono nema ni postulacionu sposobnost. U rezultatu, radnja koju preduzima diplomirani pravnik kao punomoćnik parnične stranke nije punovažna, jer je punomoćnik postulaciono nesposoban.⁵⁷ Pitanje je da li je dozvoljeno, redukovati odredbu čl. 9, st. 4 ZBPP samo na ograničenje da diplomirani pravnik ne može da zastupa parničnu stranku onda kada je predviđeno obavezno advokatsko zastupanje, a ne i da on mora imati položen pravosudni ispit.⁵⁸

Rešenje problema je u odnosu ZBPP i ZPP. Naime, ZBPP je *lex generalis*⁵⁹ čiji je cilj uređenje besplatne pravne pomoći, dok je ZPP opšti zakon za parnični postupak, a to znači i za postulacionu sposobnost punomoćnika u tom postupku. Međutim, „specijalna“ odredba o postulacionoj sposobnosti predstavnika službe pravne pomoći nije sadržana u ZBPP, nego u ZPP. Njome je predviđen uslov pod kojim diplomirani pravnik iz službe pravne pomoći može da bude punomoćnik stranke: mora imati položen pravosudni ispit. Na kraju, toj odredbi i sam ZBPP daje prednost kroz čl. 9, st. 4. Ukoliko bi se predmetna odredba ZBPP redukovala samo na slučaj obaveznog advokatskog zastupanja, te se dozvolilo diplomiranim pravnicima bez položenog pravosudnog ispita da zastupaju parničnu stranku, postavljalo bi se novo pitanje – zbog čega se smanjuje nivo kompetencija lica koje treba da pruži pravnu pomoć stranci koja nije u prilici da sama prethodno plati advokata? Naime, u interesu stranke koja zahteva besplatnu pravnu pomoć jeste da je zastupa što stručnije lice. Predviđanjem da to lice ima položen pravosudni ispit se omogućava „da [stranka] ima kvalifikovanog punomoćnika, čime se upravo materijalizuju postulati prava na pravično suđenje i prava na pristup sudu kao njegovog bitnog elementa“ i to u onim slučajevima kada stranka nije uspela da ostvari pravo na besplatno zastupanje od strane advokata u skladu sa čl. 170 ZPP.⁶⁰

57 M. S. Knežević, 2023, 425, 427 i dalje.

58 O teleološkoj redukciji vid. Franc Bidlinski, *Pravna metodologija, osnovi nauke o pravnim metodama*, prevela sa nemačkog Ivana Marković, Podgorica 2011, 83, 84.

59 G. Stanković, M. Dukić Mijatović, *op. cit.*, 414.

60 Ustavni sud, 18. 12. 2014 – IUz 347/14, deo IV, pasus 6 = Bilten Ustavnog suda 2012–2016, knjiga I, Beograd 2018, 631. Prema shvatanju Ustavnog suda, stranka je neograničeno slobodna da bira da li će biti zastupana od strane punomoćnika, ali ne i ko će je zastupati, jer to zavisi od zakonodavca. Takođe, Ustavni sud je bio mišljenja da zahtev da diplomirani pravnik službe pravne pomoći ima položen pravosudni ispit nije neustavan niti utiče na povredu

Iako nije krucijalno, treba imati u vidu da bi redukcija odredbe čl. 9, st. 4 ZBPP dovela do nejednakog tretmana stranaka koje zastupaju predstavnici sindikata ili njihovi zaposleni, jer bi se za te diplomirane pravnike i dalje zahtevao kvalitet više – položen pravosudni ispit. Naime, zbog čega strankama koje nisu u mogućnosti da same obezbede kvalifikovanog punomoćnika treba obezbediti onog sa nižim kvalifikacijama. To pitanje se posebno postavlja kod onih korisnika besplatne pravne pomoći kojima se ta pomoć pruža zbog njihovog posebnog svojstva. Naime, ne zahteva li upravo to svojstvo i kvalifikovanijeg punomoćnika?

Ukratko, čini se da bi teleološka redukcija u konkretnom slučaju prouzrokovala više štete nego koristi,⁶¹ što dalje znači da diplomirani pravnici službe pravne pomoći bez položenog pravosudnog ispita ne mogu biti punomoćnici stranke u parničnom postupku.

b) Diplomirani pravnik udruženja

U domaćoj literaturi se može naići na različito shvatanje postulacione sposobnosti diplomiranog pravnika udruženja. Prema jednom stanovištu, „nema smetnje da se [...omoguću udruženju] i zastupanje u tzv. sudskoj sferi“, jer „procesna pravila parnične procedure ne predviđaju monopol advokata kao punomoćnika“.⁶² No, isti autori zaključuju da se „zakonodavac [...] opredelio za model u kome monopol [... zastupanja ...] ostaje u nadležnosti advokature i državnih službi.“⁶³ Navedeno shvatanje ne samo da je kontradiktorno, nego je i neosnovano. Naime, prema ZPP udruženja, odnosno diplomirani pravnici (sa položenim pravosudnim ispitom) udruženja ne mogu da budu punomoćnici stranke u parničnom postupku. Prema tome, postoje smetnje da stranku zastupa udruženje. Međutim, o „monopolu advokata“ u

prava stranke čak ni onda kada u određenom mestu u službi pravne pomoći nema diplomiranog pravnika sa tom kvalifikacijom, Ustavni sud, 18. 12. 2014 – IUz 347/14, deo V, pasus 3 = Bilten Ustavnog suda 2012–2016, knjiga I, Beograd 2018, 633.

61 Da bi teleološka redukcija bila dopuštena potrebno je „sa posebnom pažnjom proveriti i obrazložiti svrhu zakona [... što se može postići] tako što će se dokazati da za ostale, sistemski povezane pravne propise bez redukcije ovog pravila ne bi ostala smisljena oblast za njihovu primenu.“, F. Bidlinski, *op. cit.*, 84.

62 D. Palačković, J. Čanović, *op. cit.*, 74.

63 *Ibid.*

zastupanju stranke teško može da se govori ukoliko se ima u vidu čl. 85, st. 2–4 ZPP.

Prema drugom shvatanju se pravi razlika između udruženja koja pružaju pomoć u zaštiti od diskriminacije i ostalih. U prvom slučaju, udruženja pružaju pomoć preko advokata koji su njihovi punomoćnici, dok u drugom slučaju, pomoć se pruža preko diplomiranih pravnika, „ali samo u okviru ovlašćenja“ koja su predviđena ZPP.⁶⁴ Međutim, autori ne objašnjavaju koju procesnu ulogu ima udruženje koje pruža besplatnu pravnu pomoć preko advokata koji je njihov punomoćnik, niti šta čini „okvir ovlašćenja“ predviđen ZPP.

Iako je zakonodavac nameravao da omogući udruženjima da zastupaju stranke u parnici preko diplomiranih pravnika u slučajevima postulacione sposobnosti stranke,⁶⁵ ta mogućnost ne postoji upravo zbog upućivanja na uređenje postulacione sposobnosti punomoćnika u ZPP (čl. 9, st. 4 ZBPP).

U konkretnom slučaju ni ne postavlja se mogućnost teleološke redukcije sporne odredbe ZBPP, jer diplomirani pravnik udruženja svakako nema postulacionu sposobnost prema ZPP, pa makar imao položen pravosudni ispit. Naime, u krug potencijalnih lica koja mogu biti punomoćnici stranke u parničnom postupku nisu predviđena udruženja, niti njihovi predstavnici (vid. čl. 85 ZPP). Zbog toga je bespredmetno raspravljati da li oni moraju imati položen pravosudni ispit.

3. BESPLATNI PUNOMOĆNIK

S obzirom na cilj rada – odgovoriti na pitanje da li je institut besplatnog zastupanja iz ZPP postao suvišan nakon stupanja na snagu ZBPP – u nastavku će biti prikazani uslovi za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć prema oba zakona (2.2), a potom će se sagledati mogućnost ostvarivanja prava na besplatno zastupanje u postupku po vanrednim pravnim lekovima (2.3). Kao što je već rečeno, posmatrano iz ugla ZPP, između besplatne pravne pomoći i besplatnog zastupanja stoji znak jednakosti. Zbog toga će se u daljem tekstu rada te sintagme koristiti kao sinonimi, iako to ne važi prema ZBPP. S druge

64 G. Stanković, M. Dukić Mijatović, *op. cit.*, 427, fn. 72 na 427, 428, fn. 74 na 428.

65 Obrazloženje Predloga ZBPP, 26.

strane, između pojmova punomoćnik i zastupnik ne postoji jednakost, odnosno zastupnik je širi pojam od punomoćnika. U parničnom postupku stranku koja je fizičko lice mogu da zastupaju zakonski zastupnik, privremeni zastupnik koji ima položaj zakonskog zastupnika (čl. 82, st. 1 ZPP) i punomoćnik. Za potrebe ovog rada relevantno je razlikovanje zakonskog zastupnika i punomoćnika. Zakonski zastupnik zastupa parnično nesposobnu stranku koja nema nikakvog uticaja na ovlašćenje za zastupanje.⁶⁶ Punomoćnik zastupa parnično sposobnu stranku na osnovu volje stranke.⁶⁷ U domaćoj pravnoj istoriji advokat koji pruža besplatnu pravnu pomoć je prvo bio punomoćnik stranke, a kasnije je postalo sporno da li je on zakonski zastupnik ili punomoćnik. Danas se čini da je nesporno da je zakonski zastupnik kojem je za disponiranje predmetom spora potrebna saglasnost stranke. Zbog toga, prvo će se razmotriti pitanje pravnog osnova za zastupanje od strane besplatnih punomoćnika (čl. 170, st. 1 ZPP, čl. 6, st. 4 ZBPP).

3.1. Pravni osnov za besplatno zastupanje stranke

Sušтина problema se ogleda u tome kakav položaj ima advokat koji treba da zastupa stranku. Naime, da li je on zakonski zastupnik, punomoćnik ili nešto između? Takođe, od kakvog je to značaja za obim parničnog punomoćja koje je dato advokatu? Posebno je pitanje da li advokat na kojeg je stranka upućena prema ZBPP i advokat kojeg je predsednik suda postavio prema ZPP imaju isti položaj. Radi preglednosti postavljena pitanja će biti razrađena u dva podnaslova: pravni položaj besplatnog punomoćnika prema ZPP (2.1.1) i pravni položaj punomoćnika prema ZBPP (2.2.2).

3.1.1. Pravni položaj besplatnog punomoćnika prema ZPP

Besplatnog punomoćnika postavlja i razrešava predsednik suda (čl. 170, st. 4 ZPP). Načelno, tako je bilo od Grpp (§ 167) preko ZPP 57 (čl. 163, st. 4 i 5), ZPP 76 (čl. 174, st. 3 i 4), ZPP 04 (čl. 166, st. 2 i 3) pa do danas.⁶⁸ Razlika se ogleda u tome što se prema Grpp dodeljivao

66 M. Knežević, „O novom uređenju voljnog zastupanja u parničnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2011, 681–682.

67 R. Keča, M. S. Knežević, *op. cit.*, 123–126, 133.

68 Imajući u vidu kontinuitet u predviđanju besplatnog zastupanja stranke lošijeg imovnog stanja, netačno je da „[p]o dosadašnjim pozitivnim procesnim propisima nije bilo uređeno ustavno pravo građana na besplatnog zastupnika“, Zve-

advokat, prema ZPP 04 postavljao zastupnik, a dok se prema ostalim redakcijama ZPP postavlja(o) punomoćnik. Tokom vremena su se manje ili više menjala i shvatanja domaće doktrine.⁶⁹ Međutim, danas je

zdana Lutovac, „Novine u zakonu o parničnom postupku – novi ZPP“ *Bilten VKS*, 3/2011, 103. Baš naprotiv, bilo je uređeno i onda kada nije bilo ustavna kategorija. Takođe, netačno je da je važeći ZPP „uveo novu pravnu kategoriju – ‘besplatni punomoćnik’ koga postavlja sud, a ne stranka, kao punomoćnika *sui generis*“, G. Stanković, 2024, 82. O tome kako u domaćem sistemu nije obezbeđena „delotvorna i besplatna pravna pomoć“, a „data [je] postulaciona sposobnost strankama“, vid. Miloš V. Milošević, „Primena istražnog načela po novom Zakonu o parničnom postupku Republike Srbije“, *Bilten VSS*, 1/2007, 197. O nepostojanju sistema besplatne pravne pomoći i uticaja na stranku koja „nema advokata, a ne može da ga priušti prema svom imovnom stanju“ vid. Ljubica Milutinović, „Primena pravila o teretu dokazivanja“, *Bilten VSS* 3/2007, 322–323.

69 Prema Goršiću, koji se izjašnjavao za sistem prema Grpp, činovnik tužilaštva ili suda koji treba da zastupa stranku kojoj je priznato siromaško pravo je bio zakonski zastupnik (§ 165, tač. 4 Grpp), dok je advokatu za besplatno zastupanje stranke trebalo punomoćje, jer imenovanje od strane suda nije davalo legitimaciju za zastupanje F. Goršić, *op. cit.*, 439, 504. S druge strane, Culja je smatrao da nije potrebno punomoćje, ali da bez ovlašćenja stranke besplatni advokat nije mogao preduzeti dispozitivnu radnju, S. Culja, *op. cit.*, 473.

Međutim, Culja je za sistem besplatnog zastupanja prema ZPP 57 mislio da je punomoćje nužno. Vid.: Srećko Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRI*, Zagreb 1957, 311. Takođe, bilo je zastupljeno i shvatanje da postavljeni punomoćnik obavlja „građansku dužnost“ slično veštacima i svedocima, te da mu za preduzimanje dispozitivnih radnji treba punomoćje stranke, vid. Borivoje Poznić, Mihailo Vražalić, Franjo Bačić, *Zakon o parničnom postupku sa komentarom*, Beograd 1957, 139, 140. Juhart je ukazivao na to da je u teoriji položaj postavljenog punomoćnika sporan, pri čemu je imao u vidu shvatanje zastupljeno u austrijskoj teoriji, prema kojem je položaj takvog punomoćnika javnopravne prirode, i shvatanje u nemačkoj teoriji, prema kojem je odnos postavljenog zastupnika i stranke privatnopravne prirode. Jože Juhart, *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Ljubljana 1961, 249. Izjašnjavajući se za koncept prema ZPP 57,

Juhart je smatrao da takav punomoćnik ima položaj javnog organa, te da nije punomoćnik stranke, osim ako mu stranka ne da punomoćje, Jože Juhart, *Civilno procesno pravo*, Oris, Ljubljana 1967, 120.

Triva je smatrao da je reč o punomoćniku (ZPP 76), ali je isticao i da odnos stranke i besplatnog punomoćnika „nije sasvim jednak odnosu stranke i punomoćnika kojeg je stranka sama izabrala“, vid. S. Triva *et al*, 388. Poznić, izjašnjavajući se za koncept iz ZPP 76, izričito navodi da rešenje kojim se postavlja punomoćnik zamenjuje punomoćje, te da je osnov sudska odluka – rešenje o postavljenju, a ne volja stranke. Međutim, on takođe tvrdi da punomoćnik ne

vladajuće shvatanje da je besplatni punomoćnik zakonski zastupnik⁷⁰ sa specifičnim položajem.⁷¹

Sušтина vladajućeg shvatanja jeste da je besplatni punomoćnik zapravo zakonski zastupnik, jer stranka nema pravo izbora ličnosti advokata, a specifičan položaj ima zato što je predviđena shodna primena odredbi o punomoćnicima i na besplatnog punomoćnika, ako nije drugačije predviđeno u glavi zakona u kojoj je sistematizovan institut besplatnog punomoćnika (čl. 170, st. 5 ZPP).⁷² Ono što se propušta napomenuti jeste da je shodna primena odredbi o punomoćnicima na besplatnog punomoćnika – advokata koji besplatno zastupa – prvi put predviđeno važećim ZPP. Iako stručna javnost ne ukazuje na tu novost⁷³, mora se uzeti u obzir, jer nameće pitanje šta je bila namera redaktora ZPP. Takođe, u mnoštvu sličnih, ali ipak različitih mišljenja (vid. fn. 68–71), treba imati u vidu da se u literaturi ističe razlika između besplatnog zastupnika (ZPP 04) i „besplatnog punomoćnika, koga je poznavao raniji jugoslovenski procesni režim“, te da je u ranijem konceptu advokat „dobijao punomoćje od stranke“ nakon što sud odredi ličnost advokata.⁷⁴

može da preuzima dispozitivne radnje bez posebnog ovlašćenja stranke. Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Beograd 2009, 374.

Takođe, da je reč o zakonskom zastupniku, a ne punomoćniku vid. Vida Petrović-Škero, „Položaj zastupnika u Zakonu o parničnom postupku“ *Bilten VSS* 1/2008, 97 i dalje. Međutim, treba imati u vidu da se Petrović-Škero izjašnjava za ZPP 04.

- 70 Rakić-Vodinelčić ostaje kod *Poznićevog* shvatanja o besplatnom punomoćniku kao mandataru suda, Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelčić, *Gradansko procesno pravo*, Beograd 2015, 525. S obzirom na to da se koristi terminom zastupnik, a ne zakonskim izrazom punomoćnik, čini se i da je Keča na istom shvatanju, Keča u R. Keča, M. S. Knežević, *op. cit.*, 131.
- 71 N. Petrušić, 2024, 147; A. Jakšić, 2021, 616. Stanković tvrdi da je pogrešno upotrebljen termin „punomoćnik“, jer je reč o zakonskom zastupniku, G. Stanković, V. Boranijašević, *op. cit.*, 316; G. Stanković, 2024, 82, 83. Međutim, ona smatra da je za preduzimanje dispozitivnih radnji besplatnom punomoćniku potrebno punomoćje, G. Stanković, V. Boranijašević, *op. cit.*, 182, pasus 2 i 4, te zbog toga pripada grupi koja uviđa specifičan položaj besplatnog punomoćnika kao zakonskog zastupnika.
- 72 Umesto svih, vid. N. Petrušić, 2024, 148.
- 73 Vesna Rakić-Vodinelčić, „Zakon o parničnom postupku Srbije 2011“, *Pravni zapisi* 2/2011, 532, 533; G. Stanković, 2024, 81–83.
- 74 Gordana Stanković, „Sprečavanje diskriminacije po osnovu imovnog stanja u parničnom postupku“, *Pravni sistemi i zaštita od diskriminacije*, Tematski

a) Moguća promena paradigme: besplatni punomoćnik
je punomoćnik

Ako se uzmu u obzir shvatanja domaće doktrine o položaju lica koje besplatno zastupa stranku u parničnom postupku tokom poslednjih skoro sto godina, odnosno koliko i postoji institut besplatnog zastupanja u domaćem pravu, neminovan je zaključak da nije baš jasno kakav je položaj tog lica.

Čini se da je zakonodavac u poslednje dve verzije ZPP nastojao da to promeni. Naime, u ZPP 04 menja reč punomoćnik sa rečju zastupnik i predviđa da je moguće da stranku besplatno zastupa samo advokat za razliku od ranijih zakona prema kojim su to mogla biti i druga kvalifikovana lica (čl. 166, st. 2 ZPP 04, up. sa čl. 174, st. 3 ZPP 76; čl. 163, st. 3 ZPP 57; § 165, tač. 3 i 4 Grpp).

Redaktori važećeg ZPP su zadržali pravilo o besplatnom zastupanju stranke od strane advokata, ali su se vratili starom nazivu – punomoćnik (čl. 170, st. 2 i 4 ZPP). Uz to, uspostavili su vezu između besplatnog punomoćnika, koji se i dalje postavlja stranci (čl. 170, st. 4 ZPP), i punomoćnika predviđanjem shodne primene odredaba o punomoćnicima na sve ono što nije drugačije uređeno (čl. 170, st. 5 ZPP).⁷⁵ Imajući u vidu poslednje navedeno, teško da je upotreba reči „punomoćnik“ u sintagmi „besplatni punomoćnik“ stvar terminologije.⁷⁶ Naprotiv, pretpostavka je da je upotrebljen taj izraz zbog njegovog pojmovnog razlikovanja od zakonskog zastupnika, jer se htelo reći da je lice koje pruža besplatnu pravnu pomoć stranci zapravo njen punomoćnik, iako ga ona sama ne bira.⁷⁷ U suprotnom, koji je smisao učinjenih izmena?

zbornik Pravni fakultet Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, ur. V. Boranijašević, Kosovska Mitrovica 2015, fn. 27 na 17. Međutim, Stanković u istom radu nekoliko strana kasnije navodi da je ZPP „uveo novu pravnu kategoriju – `besplatni punomoćnik`“, *Ibid.*, 21.

75 U obrazloženjima predloga nije objašnjeno zbog čega je došlo do navedenih izmena, Obrazloženje Predloga ZPP 04, 103 i Obrazloženje Predloga ZPP, 111.

76 G. Stanković, *op. cit.*, 82.

77 Na kraju, ne treba zanemariti da je zakonodavac izričit da privremeni zastupnik, koji se takođe bira iz redova advokata, ima položaj zakonskog zastupnika (čl. 83, st. 1 ZPP) i pravi jasnu razliku između njega i punomoćnika stranke (čl. 83, st. 2 ZPP).

b) Ovlašćenja besplatnog punomoćnika

Ono što se, takođe, propušta u doktrini jeste analiza tvrdnje „besplatni punomoćnik je zakonski zastupnik stranke“. Naime, ta konstrukcija opstaje, jer se time želi reći da stranka ne bira ličnost advokata koji je zastupa, nego da ga određuje nadležni organ. Međutim, to znači i da zakonski zastupnik crpi ovlašćenje za zastupanje – preduzimanje svih ili pojedinih radnji – iz samog zakona ili odluke nadležnog organa. Pitanje je da li je to zaista tako, odnosno, koristeći se Goršičevim rečima, da li se pod imenovanjem nekog za nešto uvek podrazumeva i ovlašćenje tog nekog na nešto. Jednostavnije, da li je odluka predsednika suda o postavljanju određenog advokata za besplatnog punomoćnika ujedno i ovlašćenje za preduzimanje (svih) parničnih radnji?

U aktuelnoj literaturi se nailazi na kontradiktorne tvrdnje. Naime, besplatni punomoćnik je zakonski zastupnik, ali mu je za preuzimanje dispozitivnih radnji potrebno posebno punomoćje stranke, iako oni nisu u ugovornom odnosu, jer ga stranka nije ni ovlastila.⁷⁸ Ukoliko se zanemare nelogičnosti i usredsredi se na smisao, ideja je da pretpostavka o parničnom punomoćju advokata (čl. 89, st. 1 ZPP) ne važi u slučaju besplatnog punomoćnika. Argument za taj stav bi mogao da bude i da zakonski zastupnici u nekim slučajevima moraju da imaju posebno ovlašćenje za preduzimanje dispozitivnih parničnih radnji (čl. 78, st. 1, reč. 2 ZPP). Međutim, ta ograničenja potiču iz materijalnog prava⁷⁹ i njihova svrha je u zaštiti (delimično) poslovno nesposobnog lica, što se dalje reflektuje pribavljanjem posebnih ovlašćenja za preduzimanje dispozitivnih radnji u parničnom postupku.

Međutim, u slučaju besplatnog zastupanja stranka je parnično sposobna. Specifičnost njenog položaja u odnosu na stranku koja je u mogućnosti da sama snosi prethodne troškove advokata se ogleda u nemogućnosti da izabere ličnost advokata. Zbog toga, ključno pitanje je da li se uopšte može primeniti pravilo o obimu parničnog punomoćja advokata ako ga stranka nije ni izabrala. Naime, u slučaju voljnog

78 G. Stanković, V. Boranijašević, *op. cit.*, 182. Takođe, navodi se i da ima ovlašćenja zakonskog zastupnika, ali da ne može preneti svoje ovlašćenje za zastupanje, *Ibid.* Pretpostavka je da je Stanković napustila ranije shvatanje, prema kojem besplatnom punomoćniku nije potrebno punomoćje, štaviše, stranka ne može ni da suzi obim njegovih ovlašćenja, G. Stanković, 2015, 24.

79 Milivoje Marković, *Građansko procesno pravo, Parnični postupak – Cilj, objekt i subjekti parnice*, Beograd 1957, 240, 241.

zastupanja kada stranka slobodno bira punomoćnika, zakonsko razlikovanje sadržaja parničnog punomoćja (čl. 89 ZPP) između advokata i „neadvokata“ je uslovljeno svojstvom advokata.⁸⁰ U slučaju besplatnog zastupanja, iako je reč o advokatu, stranka ga nije izabrala, te je pitanje da li između njih postoji lični odnos kakav je karakterističan za punomoćnika i zastupanog.⁸¹ Odgovor je potvrđan.

Prvo, odluka suda kojom se stranci priznaje pravo na besplatno zastupanje nije ništa drugo do potvrda da su ispunjeni uslovi iz čl. 170, st. 1 ZPP, zbog čega stranku može da zastupa advokat i da troškove tog angažovanja privremeno ne snosi ta stranka.

Drugo, predviđanjem da predsednik suda određuje ličnost advokata koji će zastupati stranku kojoj je priznato pravo na besplatno zastupanje ograničena je sloboda ugovaranja stranke – da slobodno izabere ličnost advokata⁸² – ali ne i sloboda određivanja koje će radnje taj advokat preduzimati. Isto ograničenje važi i za advokata, koji ne može, osim u zakonom određenim slučajevima, da odbije da zastupa stranku ukoliko ga je postavio sud (čl. 18, st. 2 ZAdv).

Treće, zbog čega stoji i prethodno navedeno, predviđena je shodna primena odredbi o punomoćnicima na sve ono što nije drugačije uređeno (čl. 170, st. 5 ZPP). Kako ništa nije posebno propisano o obimu ovlašćenja koja ima besplatni punomoćnik shodno se primenjuju odredbe prema kojima: 1) obim punomoćja određuje stranka (čl. 88, st. 1 ZPP); 2) je određen obim parničnog punomoćja advokata u slučaju kada stranka ne odredi bliže ovlašćenja u punomoćju (čl. 89 ZPP); ili 3) dužnost suda da ukine parničnu radnju koju je preduzelo lice koje se pojavljuje kao punomoćnik ako nije ovlašćeno za njeno preduzimanje (čl. 91, st. 2 ZPP).⁸³

Četvrto, činjenica je da je odredba o shodnoj primeni odredbi o punomoćnicima prvi put predviđena u važećoj redakciji ZPP, te je

80 *Ibid*, 243; N. Petrušić, 2024, 153.

81 Prema shvatanju vrhovne instance, „[o]vlašćenje za zastupanje parnične stranke predstavlja lični odnos davaoca punomoćja i punomoćnika“, VKS, 20. 9. 2023 – Rev 769/2021.

82 O ograničavanju slobode izbora stranke prilikom izbora punomoćnika zbog propisanih kvalifikacija vid. M. Knežević, 2011, 682.

83 Takođe, nije posebno uređeno ni da li besplatnog punomoćnika može da menja njegov pripravnik, ali i to je moguće jer je predviđena shodna primena odredbi o punomoćnicima, u konkretnom slučaju čl. 88, st. 3 ZPP. Za ostalo vid. čl. 85–93 ZPP.

pitanje šta je bila namera zakonodavca. Čini se osnovanim pretpostaviti da je nastojao da razreši dileme koje su se pojavile u doktrini.⁸⁴ No, i pored te izmene, prema vladajućem shvatanju besplatni punomoćnik je zakonski zastupnik, pri čemu se ističe i da mu je potrebno punomoćje za disponiranje predmetom spora. Međutim, ostaje nejasno zbog čega je u doktrini došlo do promene shvatanja o položaju advokata koji pruža besplatnu pomoć kada se ništa nije menjalo na zakonskom nivou, izuzev ZPP 04 koji je predvideo da je reč o zastupniku, ali ni tad nije napravljena paralela sa zakonskim zastupnikom. Uprkos tome, domaća doktrina je ukazivala na dileme u pogledu pravnog položaja tog zastupnika, ali tako što je upoređivala stavove zauzete u austrijskoj i nemačkoj doktrini⁸⁵. S vremenom se napustilo prvobitno domaće shvatanje i vladajuće je postalo ono o besplatnom punomoćniku kao zakonskom zastupniku. Međutim, ono što se izgubilo iz vida jeste promena do koje je došlo u austrijskom pravu. Naime, izričito je predviđeno da imenovanom punomoćniku nije potrebno punomoćje osim za priznanje, odricanje i zaključenje poravnjanja (§ 64, st. 1, t. 3 ÖZPO).⁸⁶ Pre te izmene, u teoriji se smatralo da je imenovani advokat punomoćnik stranke.^{87 88}

84 Vid. fn. 68–71.

85 J. Juhart, 1961, 249. Poznić ukazuje na različita shvatanja u domaćoj nauci, ali ukazuje i na to da je vladajuće shvatanje u austrijskoj nauci ono prema kojem se ne izdaje punomoćje postavljenom advokatu, B. Poznić, 2009, 374 i fn. 1677 na 374.

86 „[...] dieser bedarf keiner Prozessvollmacht, jedoch der Zustimmung der Partei zu einem Anerkenntnis, einem Verzicht oder Schliessung eines Verleiches“, vid. Rudolf Germann, Fridrich Stigel, *Die Jurisdiktionsnorm und die Zivilprozessordnung samt den Einführungsgesetzen*, Wien 1940, 155; David Obenaus, *Vergleich zwischen der österreichischen Verfahrenshilfe und der Prozesskostenhilferichtlinie der EG – diplomarbeit*, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz 2010, 37. Takode, ističe se da to što je odnos između stranke i advokata isključivo javnopravne prirode ne utiče na odgovornost advokata i stepen pažnje s kojim mora da postupa, *Ibid*.

87 Georg Neumann, *Kommentar zu den Zivilprozess gesetzen. Bd. 1, Jurisdiktionsnorm samt Einführungsgesetz, Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, Zivilprozessordnung*, Wien 1927, 589 i 592; Georg Najman, *Komentar Građanskog parničnog postupka, prva knjiga, Jurisdiktionsnorma i Građanski parnični postupak, prvi deo*, preveo Savo Gregović, Beograd 1935, 446.

88 U nemačkom pravu stranka koja traži pomoć u vezi sa prethodnim snošenjem troškova (*Prozesskostenhilfe*) može slobodno da izabere advokata (§ 121 st. 1, 2 dZPO). Međutim, ukoliko sama ne pronade advokata, sud će joj dodeliti

Imajući sve navedeno u vidu, a posebno predviđanje shodne primene odredbi o punomoćnicima (čl. 170, st. 5 ZPP), čini se da je besplatni punomoćnik ipak punomoćnik stranke, a kako se punomoćje daje u pisanom obliku koje punomoćnik treba da podnese prilikom preduzimanja prve radnje u postupku (čl. 90 i 91, st. 1 ZPP), za uredno zastupanje od strane besplatnog punomoćnika potrebno je i da punomoćje bude u spisima predmeta.

3.1.2. Pravni položaj punomoćnika prema ZBPP

Za razliku od besplatnog zastupnika kojeg postavlja predsednik suda u već pokrenutom parničnom postupku, organ uprave⁸⁹ koji odlučuje o zahtevu za odobravanje besplatne pravne pomoći ne postavlja nego upućuje korisnika na određenog pružaoca, odnosno na konkretnog advokata (čl. 33, st. 2 u vezi sa čl. 16, st. 1 i 3 i čl. 4, tač. 1, čl. 5, st. 1, tač. 2 i čl. 6, st. 1, tač. 2 Pravilnika o načinu upisa u Registar pružalaca besplatne pravne pomoći i vođenju registra). Pitanje koje se postavlja jeste da li to rešenje organa uprave predstavlja i ovlašćenje za zastupanje u parničnom postupku.

a) Shvatanja sudske prakse i doktrine

U sudskoj praksi, kao što je već rečeno, egzistiraju diametralno suprotna shvatanja: 1) da, rešenje organa uprave jeste ovlašćenje za zastupanje; i 2) ne, nije, i zbog toga je potrebno punomoćje. Doduše, zaključak o prvom se izvodi iz uvoda sudske odluke u kojoj se navodi da XY advokat zastupa stranku po rešenju gradske uprave XX.⁹⁰ Međutim, u slučaju u kojem je zauzeto drugo shvatanje, sud je odbacio tužbu, jer je podneta od strane neovlašćenog lica. Prema shvatanju suda, rešenje organa uprave o odobravanju besplatne pravne pomoći sa upućivanjem na određenog advokata nije ovlašćenje za zastupanje u konkretnoj

advokata (§ 121 st. 5 u vezi sa § 78b dZPO). No, smatra se da odluka o imenovanju advokata ne predstavlja ovlašćenje za zastupanje, Stefan Smid i Sabine Hartmann in Bernanrd Wiczorek, Rolf A. Schütze, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar*, 5. neu bearbeitete Auflage, Berlin/Boston 2022, 1021. Naime, iako tako određen advokat prema § 48 st. 1, tač. 2 BRAO mora da zastupa stranku, to i dalje ne zamenjuje ovlašćenje za zastupanje, *Ibid.* 686.

89 O kritici rešenja da o zahtevu odlučuje inokosni organ uprave, jer to „može voditi arbitrarnosti“, vid. D. Palačković, J. Čanović, *op. cit.*, 76.

90 Osnovni sud u Novom Sadu, 9. 7. 2024 – P2 111/24, neobj.

parnici, jer to ne proizlazi ni iz ZBPP ni iz dispozitiva rešenja o odobravanju besplatne pravne pomoći, kao ni iz njegovog obrazloženja. Naime, sud je bio shvatanja da je u isključivoj dispoziciji stranke hoće li ovlastiti advokata na kojeg je upućena da je zastupa u „odgovarajućem“ sudskom postupku.⁹¹

Shvatanja doktrine su, takođe, različita. Prema jednom shvatanju, advokat koji je određen rešenjem o odobravanju besplatne pravne pomoći jeste punomoćnik stranke.⁹² Ističe se i da je u ZBPP regulisano samo voljno zastupanje, jer je pravo na besplatnog zakonskog zastupnika regulisano ZPP.⁹³ Suprotno, prema drugom shvatanju, smatra se da se korisnik (parnična stranka) i pružalac (određeni advokat) „ne nalaze u ugovornom odnosu“, jer stranka ne može opozvati punomoćje.^{94 95}

b) Sopstveno shvatanje: volja stranke kao osnov za zastupanje

S obzirom na to da se korisnik upućuje na pružaoca (čl. 33, st. 2 ZBPP), a ne da mu se npr. postavlja⁹⁶ pružalac koji će ga zastupati, ne može se tvrditi da je to rešenje ovlašćenje za zastupanje.⁹⁷ No, upitno

91 Viši sud u Novom Sadu, 27. 10. 2023 – P 726/13, neobj.

92 G. Stanković, V. Boranijašević, *op. cit.*, 202.

93 G. Stanković, M. Dukić Mijatović, *op. cit.*, fn. 46 na 420–421.

94 D. Palačković, J. Čanović, *op. cit.*, 77. One dalje navode da stranci, tj. korisniku mora biti omogućeno da zahteva, primera radi, zamenu advokata i ukazuju na odredbe hrvatskog ZBPP, *Ibid.* Takve odredbe niti slične nema u domaćem ZBPP. Jedino što se predviđa jesu slučajevi kada pružalac usluge može da uskrati besplatnu pravnu pomoć korisniku (čl. 21 ZBPP).

95 U vezi sa tim se postavlja još jedno pitanje – šta znači da stranka ne može opozvati punomoćje? Pre svega, punomoćje predstavlja ovlašćenje voljnog zastupnika da preduzima određene radnje u ime vlastodavca. U slučaju besplatnog zastupanja prema ZBPP nije predviđeno ništa o pravima stranke prema imenovanom advokatu. Odnosno, postoji pravna praznina. S druge strane, prema ZPP je izričito predviđeno da stranka može da traži razrešenje imenovanog advokata (čl. 170, st. 7). To znači da ne može samostalno da promeni advokata koji je zastupa, ali ne i da ne može da opozove radnju koju je on preduzeo (čl. 87, st. 1 ZPP). Tim pre, može da opozove ovlašćenje za preduzimanje te radnje.

96 Čak i kad se postavlja besplatni punomoćnik upitno je da li je odluka o postavljanju i ovlašćenje za zastupanje, vid. 2.1.1. Pravni položaj besplatnog punomoćnika prema ZPP.

97 Ukoliko se koristi samo jezički metod, teško da „opštejezičko iskustvo“ govori da je *uputiti* nekog na nekog isto što i reći da je neko nekom zastupnik, F. Bidlinski, *op. cit.*, 24. Na kraju, *uputiti* znači *poslati, preporučiti, obavestiti*,

je da li se, zbog prethodno navedenog, može tvrditi da je osnov za zastupanje volja stranke, jer dispozitiv rešenja sadrži i „opis problema zbog kojeg je odobrena besplatna pravna pomoć“ (čl. 33, st. 3 ZBPP). Drugačije rečeno, u izreci treba da se navede opis koji je sam tražilac naveo u zahtevu (čl. 28, st. 1, tač. 2 ZBPP). Pitanje je o kakvom je problemu reč: 1) pravnom (zbog kojeg namerava da npr. podnese tužbu) ili 2) imovinskom (zbog kojeg zahteva besplatnu pravnu pomoć) ili 3) i jednom i drugom.⁹⁸ S obzirom na uslove za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć⁹⁹, potrebno je opisati i pravnu stvar oko koje je potrebna pomoć, kao i materijalnu situaciju stranke. Međutim, to i dalje ne znači da je advokat ovlašćen da zastupa stranku u konkretnoj pravnoj stvari. Prema jednom primeru iz prakse, dispozitiv rešenja o odobravanju besplatne pravne pomoći glasi:

„Odobrava se AA besplatna pravna pomoć u oblasti stvarnog prava.

Upućuje se AA na advokata BB.“¹⁰⁰

Takvo rešenje se ne može smatrati ovlašćenjem za zastupanje. Naime, rešenje kojim se postavlja zastupnik sadrži i podatke o predmetu u kojem treba da zastupa,¹⁰¹ što znači da mora biti ako ne određeno, onda bar određivo u pogledu čega je konkretni advokat ovlašćen da zastupa stranku.

Na kraju, ne bi se moglo ni samo na osnovu čl. 6, st. 4 ZBPP – zastupanje je svaka pravna radnja koju na osnovu ovlašćenja za zastupanje punomoćnik preduzima – tvrditi da je konkretni pružalac punomoćnik, jer se i u čl. 170 ZPP govori o punomoćniku, a ipak je

upoznati, dok npr. *postaviti* može da znači i zaposliti u neku službu ili dovesti u stanje da služi svojoj svrsi, Milica Vujanić *et al.*, Rečnik Matice srpske, Novi Sad 2011, 1377, 967.

98 Primera radi, u nemačkom pravu je predviđeno da stranka u zahtevu treba da opiše i sporni odnos (*Streitverhältnis*), § 117 st. 1 dZPO, jer to treba da omogući sudu da proceni ispunjenost jednog od uslova – da stranka ima šanse za uspeh (*hinreichende Aussicht auf Erfolg*), § 114 (1) dZPO. S. Smid i S. Hartmann in B. Wieczorek, R. A. Schütze, *op. cit.*, 988.

99 Vid. 2.2.2. Prema ZBPP: pozitivno i negativno određeni uslovi.

100 Primer je zapravo anonimizovano Rešenje Gradske uprave za opšte poslove Grada Novog Sada, lična arhiva.

101 Osnovni sud u Novom Sadu, 27. 2. 2019 – P 6045/2018, neobj; doduše, reč je o rešenju kojim se postavlja privremeni zastupnik.

prema vladajućem shvatanju reč o zakonskom zastupniku. No, ukoliko se prihvati učenje o relativnosti pojmova,¹⁰² onda bi se trebalo vratiti svrsi instituta.

U rezultatu, čini se da je namera zakonodavca bila da upućivanjem zapravo „kaže“ korisniku ko može da mu pruži pravnu pomoć besplatno, a da je osnov za zastupanje volja stranke, odnosno da stranka mora „izdati“ punomoćje konkretnom advokatu.

3.2. Uslovi za ostvarivanje prava na besplatno zastupanje

Cilj ovog naslova je da se sistematizuju uslovi za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć prema ZBPP (2.1.2) kako bi se na samom kraju mogao izvesti zaključak o besplatnom zastupanju u postupcima po vanrednim pravnim lekovima (2.3). Iz istog razloga sledi i razmatranje uslova pod kojim se ostvaruje pravo na besplatno zastupanje prema ZPP.

3.2.1. Prema ZPP: tri uslova

Pravo na besplatno zastupanje se može priznati stranci u toku čitavog postupka pod uslovom da je: 1. stranka potpuno oslobođena od prethodnog plaćanja troškova; i 2. a) da je to nužno za zaštitu prava stranke, odnosno b) da je predviđeno drugim zakonom (čl. 170, st. 1 ZPP).

a) Potpuno oslobođenje od prethodnog plaćanja troškova postupka

O potpunom oslobađanju od prethodnog snošenja troškova postupka je već bilo reči. Ovde će se samo razmotriti šta to znači kao uslov za ostvarivanje prava na besplatno zastupanje.

Pre svega, besplatno može biti zastupana samo stranka koja je fizičko lice, jer samo takva stranka može biti potpuno oslobođena od plaćanja troškova.¹⁰³

Imajući u vidu redakciju odredbe čl. 170, st. 1 ZPP: *sud će u toku čitavog postupka da prizna stranci pravo na besplatnu pravnu pomoć*

102 M. S. Knežević, „Uticaj prestanka svojstva preduzetnika na stvarnu nadležnost u parničnom postupku: ka novom shvatanju pojma „spor između preduzetnika i privrednog subjekta“ – povodom stava GO VKS od 23.3.2012 (Bilten VKS 1/2012, 119)“, *Harmonius* 2019, 223 i dalje.

103 Vid. A. Titular prava: fizičko ili i pravno lice.

kad je stranka potpuno oslobođena od plaćanja troškova postupka, čini se da je ključno tumačenje reči „kad“. Naime, reč „kad“ kao veznik može da ima i vremensko i uslovno značenje.¹⁰⁴ Ako bi se prihvatilo da je u konkretnom slučaju upotrebljena u svom vremenskom značenju, onda bi to značilo da stranka koja u konkretnom slučaju nije oslobođena od plaćanja troškova, ne bi mogla biti ni besplatno zastupana iako su se promenile njene imovinske prilike. Odnosno, morala bi prvo biti oslobođena od plaćanja troškova da bi se uopšte razmatralo da li je besplatno zastupanje nužno za zaštitu njenih prava.

Suprotno, ako se prihvati uslovno značenje veznika „kad“, besplatno zastupanje bi se priznavalo *ako* je stranka potpuno oslobođena od plaćanja troškova, što može da se shvata i *ako bi* stranka bila oslobođena od tih troškova u vreme kada zahteva besplatno zastupanje. Naime, akcenat nije na tome da ona jeste oslobođena, nego da u datom trenutku ispunjava uslove za to.

U teoriji se nailazi na shvatanje o supsidijarnosti besplatnog zastupanja, zbog njegove vezanosti za potpuno oslobađanje od plaćanja troškova.¹⁰⁵ Međutim, imajući u vidu svrhu instituta, to su dva odvojena, samostalna prava stranke, a povezana su jer su predviđena ista merila za ocenu opšteg imovnog stanja stranke. Suprotno shvatanje – konkretna stranka mora biti potpuno oslobođena od troškova¹⁰⁶ – vodi zaključku o nemogućnosti ostvarivanja prava na besplatno zastupanje u slučajevima obaveznog advokatskog zastupanja iako je došlo do promene imovinskih prilika.¹⁰⁷

b) Nužno za zaštitu prava stranke

Pored lošeg imovnog stanja stranke, za ostvarivanje prava na besplatno zastupanje se zahteva i da je advokatsko zastupanje nužno za zaštitu prava stranke.¹⁰⁸ Pitanje je kada je taj pravni standard ispunjen.

104 M. Vujanić *et al.*, *op. cit.*, 499.

105 K. Golubović, *op. cit.*, 211, 212.

106 G. Stanković, V. Boranijašević, *op. cit.*, 181, 315, 316; N. Petrušić, 2024, 147.

107 Vid. 2.3. 1. Potpuno oslobađanje od troškova postupka.

108 U postupku pred ESLJP podnosilac predstavke može ostvariti pravo na besplatno zastupanje, a uslovi su da je to neophodno za pravilno vođenje postupka (*necessary for the proper conduct of the case before the Chamber*) i da podnosilac nema dovoljno sredstava da podmiri sve ili deo troškova (*the applicant has insufficient means to meet all or part of the costs entailed*), Rule 106, Rules of Court. Prvi uslov se smatra ispunjenim kad je očigledno da podnosi-

U literaturi se nailazi na shvatanja da to zavisi od složenosti predmeta, neukosti, odnosno obrazovanje stranke¹⁰⁹, a prema sudskoj praksi taj uslov nije ispunjen ukoliko stranka zloupotrebljava procesna ovlašćenja, odnosno kada postupa suprotno čl. 9 ZPP.¹¹⁰

Pitanje je da li se pravni standard – nužno za zaštitu prava stranke – može bliže odrediti, a da nije primerično. Naime, u hipotetičkom slučaju, zahtev je podnela stranka koja je neuka, pravna pitanja su složena, a druga stranka je zastupana od strane advokata zbog čega su one u nejednakom položaju. Da li je ispunjen uslov nužnosti ukoliko se na pripremnom ročištu ispostavi da je tužba neblagovremena ili da nema spornih činjenica između stranaka? Naravno, zavisi od konkretnog slučaja, a pre svega od toga šta se podrazumeva pod „neukom strankom“. No, to nije ključno za određivanje predviđenog pravnog standarda. Naime, suštinsko pitanje je šta sve sud treba da uzme u obzir prilikom procene ispunjenosti tog uslova. Ako su stranke saglasne da su se dogovorile da će A prodati B tri tone kruške iz njegovog voćnjaka za X cenu, te da je A predao kruške, ali da je B platio samo deo cene, zbog čega ga A tuži, da li je nužno da B bude zastupan od strane advokata? Odgovor zavisi od toga kako se B drži u parnici.

Uslov nužnosti je ispunjen ukoliko se radi o stranci koja nije vešta/vična da raspravlja sa protivnom strankom, te da se radi o stranci „koja se iz neznanja ne koristi pravima koja joj pripadaju“ prema ZPP (čl. 85, st. 10 ZPP). Naime, predviđeno je da će sud poučiti stranku koja nema punomoćnika da ga može angažovati pod uslovom iz čl. 85, st. 10 ZPP. Međutim, ako takva stranka nije u mogućnosti da sama snosi troškove, onda joj treba priznati pravo na besplatno zastupanje.

Posebno pitanje jeste da li je u svakom slučaju obaveznog advokatskog zastupanja ispunjen uslov nužnosti. U teoriji se ukazuje da u tim postupcima treba priznati stranci pravo na besplatno zastupanje

lac nema pravno obrazovanje (*no legal training*) ili kad iz podnesaka proizlazi da ne može da se brani (*unable to defend*), Leo Zwaak, „The Procedure before the European Court of Human Rights“, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights* (ed. P. van Dijk et al.), Larcier Intersentia 2006, 102; up. Zoran Radivojević, Nebojša Raičević, „Naknada troškova postupka kao oblik pravičnog zadovoljenja u praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *ZboNiš* 85/2019, fn. 16 na 78.

109 B. Poznić, *op. cit.*, 373; N. Petrušić, 2024, 147; A. Jakšić, *op. cit.*, 615.

110 Apelacioni sud u Beogradu, 19. 5. 2021 – Gž 1767/2021, dostupno u Bazi sudске prakse Ministarstva pravde.

ukoliko joj njeno imovno stanje ne dozvoljava da sama snosi troškove advokata,¹¹¹ bez razmatranja daljih pojedinosti. Primera radi, da li treba smatrati taj uslov ispunjenim ako je očigledno da je vanredni pravni lek neblagovremen u trenutku zahtevanja besplatnog zastupanja.¹¹²

c) Besplatno zastupanje je predviđeno drugim zakonom

Ukoliko advokatsko zastupanje nije nužno, postoji mogućnost da ono ipak bude odobreno ako je to predviđeno drugim zakonom. Sudeći prema Obrazloženju Predloga ZPP, nameravano je da se takvom redakcijom odredbe „stvore mogućnosti da se pitanja besplatne pravne pomoći urede posebnim zakonom na jedinstveni način za sve sudske postupke“.¹¹³ U teoriji se ističe da ne postoji potreba za postavljanjem besplatnog zastupnika prema ZPP, ukoliko je stranci odobrena besplatna pravna pomoć prema ZBPP.¹¹⁴

Međutim, pitanje je šta ukoliko nije ostvareno pravo na besplatno zastupanje prema ZBPP, ali nije ni nužno za zaštitu prava stranke da joj se dodeli besplatni punomoćnik. Primera radi, zahtev podnese stranka koja je potpuno oslobođena od troškova postupka, a pritom nije reč o postupku za naknadu štete zbog povrede časti i ugleda, vrednost predmeta spora je znatno veća u odnosu na potencijalne troškove postupka, i nije očigledno da stranka neće uspeti u sporu i da nije reč o zloupotrebi prava. U toj hipotetičkoj situaciji, ispunjen je uslov imovnog stanja prema ZPP, zastupanje nije nužno, ali su ispunjeni uslovi predviđeni u ZBPP.¹¹⁵

Takav način rezonovanja se, doduše skriveno, primenjuje u sudskoj praksi. Gore je naveden stav Apelacionog suda u Beogradu prema kojem nije bilo nužno da stranku zastupa advokat, jer je stranka zloupotrebljavala procesna ovlašćenja. U konkretnom slučaju, stranka je pokrenula više postupaka protiv istog tuženog zasnivajući tužbe na „istovrsnim činjeničnim zaključcima“, koje su pri tom „očigledno neosnovane“ usled čega je „onemoguć[ila] rad suda“.¹¹⁶ Iz toga sledi da

111 N. Petrušić, 2024, 147; G. Stanković, V. Boranijašević, *op. cit.*, 181; N. Bodioga, *op. cit.*, 446.

112 Vid. 2.3.2. Obavezno zastupanje ne znači automatski da je nužno za zaštitu prava stranke.

113 Obrazloženje Predloga ZPP, 111. ZPP 04 i ZPP 76 nisu predviđali taj uslov.

114 N. Petrušić (2024), *op. cit.*, 147.

115 Vid. naslov ispod.

116 Apelacioni sud u Beogradu, 19. 5. 2021 – Gž 1767/2021, dostupno u Bazi sudske prakse Ministarstva pravde.

je sud prvo izveo zaključak da stranka postupa nesavesno, a onda je odlučio da sankcioniše zloupotrebu procesnih ovlašćenja odbijanjem zahteva za besplatno advokatsko zastupanje, jer to nije nužno za zaštitu prava stranke. Međutim, moguće je da je stranka pokrenula više postupaka, jer nije znala da to uopšte može da bude jedan postupak. No, čak i da je znala, sud može da odredi npr. spajanje parnica (čl. 328, st. 1 ZPP) i tako spreči zloupotrebu prava.

Posebno pitanje je da li u navedenom primeru iz sudske prakse zloupotrebjeno pravo na tužbu ili pokušana zloupotreba prava na besplatno zastupanje i da li uopšte postoji razlika između te dve opcije. Imajući u vidu redakciju odredbe čl. 7, tač. 7 ZBPP, odgovor je potvrđan. Praktična razlika bi se eventualno ogledala na polju sankcije ili sprečavanja zloupotrebe. Primera radi, ukoliko je pokrenuto više postupaka umesto jednog kako bi se ostvario veći iznos naknade troškova, onda je rešenje u spajanju parnica. S druge strane, ukoliko se podnosi zahtev za besplatno zastupanje npr. kako bi se izdejstvovao prekid roka (čl. 170, st. 3 u vezi sa čl. 224 ZPP), onda bi sud u obrazloženju trebalo da detaljno objasni zašto smatra da je u konkretnom slučaju došlo do zloupotrebe i da odbije zahtev, ali ne zbog neispunjenosti uslova nužnosti za zaštitu prava, nego zbog čl. 9, st. 2 ZPP.

Sušтина je da treba razlikovati nesavesno postupanje, odnosno zloupotrebu procesnih ovlašćenja (čl. 9 ZPP) od nužnosti zastupanja (čl. 170 ZPP). Uz to, podnošenje očigledno neosnovane tužbe nije samo po sebi nesavesno niti je zloupotreba, a određivanjem jednog pravnog standarda drugim ništa se zapravo ne kaže ili se kaže pogrešno: nesavesno postupanje = podnošenje očigledno neosnovanih tužbi = zloupotreba procesnih ovlašćenja = nije nužno zastupanje od strane advokata.¹¹⁷

3.2.2. Prema ZBPP: pozitivno i negativno određeni uslovi

Uslovi za ostvarivanje prava na besplatno zastupanje prema ZBPP su isti kao i za bilo koji drugi oblik besplatne pravne pomoći. Mogu se razvrstati u dve grupe: pozitivno i negativno određene, u zavisnosti od toga da li moraju ili ne smeju biti ispunjeni. U prvoj grupi su uslovi koji se odnose na svojstvo korisnika i njegovo imovno stanje (čl. 4 ZBPP), dok su u drugoj grupi uslovi vezani za vrstu postupka (čl. 7,

¹¹⁷ O tome da postoji razlika između neosnovane upotrebe pravnog sredstva i zloupotrebe vid. G. Stanković, M. Dukić Mijatović, *op. cit.*, 421.

st. 1–3 ZBPP), vrednost predmeta spora (čl. 7, st. 5 ZBPP), mogućnost uspeha u sporu (čl. 7, st. 6 ZBPP), kao i da nije reč o zloupotrebi prava (čl. 7, st. 7 ZBPP).¹¹⁸

U ZBPP je određeno personalno polje primene odredbi o besplatnoj pravnoj pomoći. Naime, pravo na besplatnu pravnu pomoć prema ZBPP mogu da ostvare građani (čl. 1, st. 2 ZBPP) koji su domaći državljani, apatridi, kao i strani državljani sa stalnim nastanjenjem u Srbiji (čl. 4, st. 1 ZBPP). Takođe, to mogu biti i druga lica koja imaju to pravo prema drugom zakonu ili potvrđenom međunarodnom ugovoru (čl. 4, st. 1 ZBPP), odnosno to mogu biti i stranci koji nemaju stalno nastanjenje u Srbiji.^{119 120}

a) Imovno stanje stranke

Uspeh tražioca besplatne pravne pomoći sa zahtevom za njeno pružanje zavisi od njegovog imovnog stanja, samo što za razliku od ZPP nije iskorišćen pravni standard, nego se nastojalo da ono bude određivo. Naime, redaktori zakona su se opredelili da pravo na besplatnu pravnu pomoć može ostvariti ono lice koje već ispunjava uslove da bude korisnik prava na novčanu socijalnu pomoć ili prava na dečiji dodatak (čl. 4, st.1, tač. 1 ZBPP)¹²¹ ili koje bi to moglo da bude ukoliko

118 O podeli na subjektivne i objektivne uslove vid. S. Stanković, *op. cit.*, 258.

119 O kritici zakonodavčevog izbora „stranac sa stalnim nastanjenjem“, umesto „stranac sa uobičajenim boravištem“, vid. S. Marjanović, M. Jovanović Zattila, *op. cit.*, 199 i dalje. Takođe, o međunarodnim ugovorima relevantnim za predmetnu materiju vid. *Ibid*, 186 i dalje.

120 Međutim, postoje i shvatanja prema kojim pomenuto predstavlja i jedan od opštih uslova za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć, vid. N. Petrušić (2017), *op. cit.*, 56.

121 Pravo na besplatnu pravnu pomoć može ostvariti i ono lice čiji član porodice ili član zajedničkog domaćinstva ispunjava uslove da bude korisnik prava na novčanu socijalnu pomoć ili prava na dečiji dodatak (čl. 4, st. 1, tač. 1 ZBPP). Predviđeno je i da se članom porodice ne smatra lice protiv koga se pokreće postupak za zaštitu od nasilja u porodici ili drugi postupak zaštite, te da imovina tog lica ne utiče na pravo tražioca na besplatnu pravnu pomoć (čl. 4, st. 2 ZBPP, a slične odredbe su sadržane i u Zakonu o socijalnoj zaštiti, *Sl. glasnik RS*, br. 24/11, 117/22 – US, i Zakonu o finansijskoj podršci porodici sa decom, *Sl. glasnik RS*, br. 113/17, 50/18, 46/21 – US, 51/21 – US, 53/21 – US, 66/21, 130/21, 43/23 – US, 62/23, 11/24 – US). Iz takve formulacije sledi i zaključak da se u drugim slučajevima ispunjenost uslova ceni i prema imovini članova porodice tražioca, odnosno članova zajedničkog domaćinstva. Zapravo, ZBPP

bi u konkretnom slučaju iz sopstvenih prihoda platilo pravnu pomoć (čl. 4, st. 1, tač. 2 ZBPP). Znači, kao prethodno pitanje se prilikom odlučivanja o zahtevu za besplatnu pravnu pomoć postavlja mogućnost ostvarivanja prava na dečiji dodatak ili novčanu socijalnu pomoć.¹²² U rezultatu, reč je o imovinskom kriterijumu koji je postavljen na nešto određeniji način u odnosu na onaj iz čl. 170 ZPP.¹²³

b) Posebno lično svojstvo korisnika besplatne pravne pomoći

Nezavisno od materijalnog stanja stranke, moguće je ostvariti besplatnu pravnu pomoć ukoliko stranka ima neko od svojstava predviđenih čl. 4, st. 3 ZBPP. To su: 1) dete o čijem se pravu, obavezi ili interesu zasnovanom na zakonu odlučuje; 2) lice koje ostvaruje pravnu zaštitu od nasilja u porodici; 3) izbeglica, lice pod supsidijarnom zaštitom ili interno raseljeno lice; 4) osoba sa invaliditetom; 5) deca i mladi do navršene 26 godine kojima je prestala usluga socijalnog smeštaja; kao i 6) odrasla i stara lica koja su bez sopstvenog pristanka smeštena u ustanovu socijalne zaštite.

U teoriji se ističe da postoje dve podgrupe u okviru predviđene liste građana koji mogu ostvariti pravo na besplatno zastupanje bez obzira na njihovo imovno stanje. Kriterijum podela je „dovoljnost“ samog ličnog svojstva ili je predviđen i dodatni uslov koji se odnosi na vrstu pravne zaštite koja se traži. Tako su u prvoj grupi osobe sa invaliditetom, izbeglice, lica pod supsidijarnom zaštitom ili interno raseljena lica, deca zaštićena uslugom smeštaja u sistemu socijalne zaštite, kao i deca i mladi kojima je prestala ta usluga do navršene 26 godine. Ostala lica su u drugoj grupi.¹²⁴

je preuzeo pristup zastupljen u Zakonu o finansijskoj podršci porodici sa decom (čl. 7 i 8) i Zakonu o socijalnoj zaštiti (čl. 41, 81 i 82).

122 Prilikom davanja odgovora na to pitanje, treba se ispitati i da li postoji neki međunarodni ugovor ili drugi zakon prema kojem bi i stranac odnosno apatrid imao pravo na te pomoći (čl. 26, st. 1 i 6 Zakona o finansijskoj podršci porodici sa decom i čl. 6, st. 2 Zakona o socijalnoj zaštiti).

123 O kritici vezivanja prava na besplatno zastupanje za ostvarivanje prava na novčanu socijalnu pomoć i prava na dečiji dodatak vid. M. Radojević, *op. cit.*, 255. Drugi su mišljenja da „imovinski cenzus mora biti egzaktno, odnosno ne sme se dopustiti arbitrerno tumačenje“, D. Palačković, J. Čanović, *op. cit.*, 74.

124 N. Petrušić, 2017, 60 i dalje. O kritici tako uspostavljene liste, vid. *Ibid.*, 59 i dalje.

c) Vrsta postupka

Predviđeno je da besplatna pravna pomoć nije dozvoljena u privrednim sporovima i postupku za naknadu štete za povredu časti i ugleda (čl. 7, st. 1, tač. 1 i 3 ZBPP).

U teoriji se kritikuje ograničavanje prava na besplatnu pravnu pomoć s obzirom na vrstu postupka. Tačnije, ne kritikuje se sam kriterijum nego se ukazuje na primere u kojima bi ipak trebalo omogućiti besplatno zastupanje. Tako se navodi da se u postupku pred privrednim sudovima može pojaviti kao stranka i radnik koji vodi radni spor protiv poslodavca koji je u stečaju.¹²⁵

Ovde treba imati u vidu da u čl. 7, tač. 1 ZBPP nije predviđeno „u postupcima pred privrednim sudovima“, nego u „privrednim sporovima“. Iako je prema čl. 480 ZPP privredni spor svaki spor koji se vodi pred privrednim sudom, pitanje je da li isto značenje ima i sintagma čl. 7, tač. 1 ZBPP. No, kako to prevazilazi granice ovog rada, to pitanje se neće dalje razmatrati.

U vezi sa postupkom za naknadu štete zbog povrede časti i ugleda, treba primetiti da nije isključena mogućnost besplatnog zastupanja u postupku za deklaratornu pravnu zaštitu. Drugačije, stranka koja (bi) ostvaruje(/ila) pravo na novčanu socijalnu pomoć ili dečiji dodatak, ili stranka određenog svojstva može da bude besplatno zastupana u postupku za utvrđenje povrede prava ličnosti ili dostojanstva.¹²⁶

d) Vrednost predmeta spora

Nije osnovan zahtev za besplatnu pravnu pomoć ukoliko je vrednost spora u očiglednoj i značajnoj nesrazmeri sa troškovima postupka (čl. 7, st. 1, tač. 5 ZBPP). Pitanje je koliko je ovaj razlog opravdan sa aspekta jednakog omogućavanja pristupa sudu strankama različitog imovnog stanja. Primera radi, sud nije odbio pružanje pravne zaštite u postupku u kojem je vrednost predmeta spora 84,91 dinara,¹²⁷ kao ni u slučajevima kada je vrednost predmeta spora bila 6,54 dinara.¹²⁸ Pitanje je šta je kriterijum razlikovanja zbog čega se strankama koje

125 G. Stanković, M. Dukić Mijatović, *op. cit.*, 422.

126 O kritici čl. 4, tač. 3 ZBPP, vid. *Ibid.*, 423.

127 Predmet je u toku pred Osnovnim sudom u Novom Sadu zbog čega nije naveden poslovni broj.

128 Apelacioni sud u Novom Sadu, 7. 6. 2023 – Gž1 64/23, neobj.

imaju mogućnost da same snose troškove postupka dopušta traženje sudske zaštite i kad je očigledna nesrazmera između vrednosti predmeta spora i ukupnih troškova postupka, dok onima koje nisu u mogućnosti da same prethodno snose troškove to pravo treba uskratiti.

Ovo ne znači da je kriterijum za dozvoljavanje besplatne pravne pomoći loš, nego da je razlog više da se razmisli o problemu rešavanja masovnih tužbi kad je očigledna nesrazmera između vrednosti predmeta i troškova, a kojima su sudovi „zatrpani“.

e) Mogućnost uspeha u sporu

Besplatna pravna pomoć neće biti dodeljena ni ukoliko je očigledno da tražilac besplatne pravne pomoći nema izgleda na uspeh u sporu, a posebno ukoliko se njegova očekivanja ne zasnivaju na iznetim činjenicama, priloženim dokazima ili su suprotna pozitivnim propisima, javnom poretku i dobrim običajima (čl. 7, st. 1, tač. 6 ZBPP).

U literaturi se problem u vezi sa ovim uslovom, pre svega, vezuje za nadležnost organa uprave za odlučivanje o zahtevu za besplatnu pravnu pomoć, jer će konkretnom službeniku biti teško da otkrije da je reč o očigledno neosnovanoj tužbi, zbog toga što „nije upoznat sa čitavim slučajem i dokazima, sudskom praksom“.¹²⁹ Čini se da je ta kritika osnovana.

Zakonodavac je procenu o očiglednom neuspehu u sporu, pre svega, vezao za konkluzivan napad ili odbranu i podnošenje dokaza, što znači da se za zahtev za besplatno zastupanje traži više nego za urednost tužbe, odgovora na tužbu, pa i pravnih lekova. Primera radi, predlaganje dokaza nije obavezno sve do pripremnog ročišta na kojem će se utvrditi šta je uopšte sporno među strankama (čl. 308, st. 1 ZPP). Međutim, neprilaganje dokaza može biti razlog zbog kojeg će organ uprave reći da nije ispunjen uslov za besplatnu pravnu pomoć. Posebno pitanje je kako utvrditi da li su „očekivanja [...] suprotna prinudnim propisima, javnom poretku i dobrim običajima“.

Sve ovo ne znači da je uslov sam po sebi neprihvatljiv, nego da je izuzetno složen. Organ uprave treba da razmatra (građanskopravno) pitanje iz nadležnosti suda kako bi procenio uspeh stranke u sporu kao o prethodnom pitanju da bi odlučio o glavnom – zahtevu za besplatnu pravnu pomoć.¹³⁰

129 G. Stanković, M. Dukić Mijatović, *op. cit.*, fn. 49 na 421, 433.

130 U nemačkom pravu je, između ostalog, potrebno za odobravanje pomoći u prethodnom snošenju troškova postupka (nem. *Prozesskostenhilfe*) da

f) Zloupotreba prava

Takođe, ukoliko postoji očigledan pokušaj da se zloupotrebi pravo na besplatnu pravnu pomoć ili neko drugo pravo, stranci se neće pružiti besplatno zastupanje bez obzira na njeno imovno stanje ili svojstvo (čl. 7, st. 1, tač. 7 ZBPP). U teoriji se i ovaj razlog razmatra iz ugla nadležnosti za odlučivanje o zahtevu za besplatnu pravnu pomoć i poteškoća koje može imati konkretni službenik prilikom procene ispunjenosti uslova.¹³¹ Prvo, organ uprave treba da ispita da li bi se besplatno zastupanje koristilo protivno svojoj svrsi, a drugo, da li bi se neko drugo pravo na taj način koristilo.¹³² Međutim, ukoliko organ uprave proceni da je reč o zloupotrebi, teško da se može smatrati da je tom nekom potrebna i neophodna pravna pomoć iz očiglednog razloga – već je pokazao da je uspeo da nađe način da se koristi pravom koje mu je dato i to suprotno njegovoj svrsi kako bi ostvario neki drugi cilj.

3.3. Besplatno zastupanje u postupku po vanrednim pravnim lekovima

S obzirom na to da je u postupku po vanrednim pravnim lekovima predviđeno obavezno advokatsko zastupanje, gledano sa aspekta

pokretanje postupka (nem. *Rechtsverfolgung*) ili odbrana (nem. *Rechtsverteidigung*) nude dovoljno izgleda za uspeh (nem. *hinreichende Aussicht auf Erfolg*), § 114 st. 1 dZPO, dok se u teoriji ističe da se misli da postoji određena verovatnoća (nem. *gewisse Wahrscheinlichkeit*) uspeha, ali ne i velika verovatnoća (nem. *überwiegende Wahrscheinlichkeit*), pri čemu se pod određenim uslovima razmatraju dokazi kako bi se izveo zaključak o izgledima u sporu, S. Smid i S. Hartmann in B. Wiczorek, R. A. Schütze, *op. cit.*, 956, 957. Nešto drugačije je u austrijskom pravu prema kojem je potrebno da pokretanje postupka ili odbrana ne izgledaju očigledno beznadežno (nem. *die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung [erscheint] nicht als offenbar [...] aussichtslos*, §63, st. 1, reč. 1 öZPO), D. Obenaus, *op. cit.*, 27–30. No, ono što u bitnom čini drugačijim nemački i austrijski sistem odlučivanja o zahtevu od domaćeg je nadležnost suda koji treba da odlučuje i o sporu zbog kojeg se i zahteva pomoć.

131 G. Stanković, M. Dukić Mijatović, *op. cit.*, fn. 52 na 422.

132 Sličan kriterijum je predviđen i u nemačkom pravu. Naime, stranka može da ostvari pomoć u plaćanju troškova postupka, ako postoje dovoljni izgledi za uspeh i ako to ne bi bilo zlonamerno (nem. *Mutwilligkeit*). Zlonamerno je ako razumna stranka koja ima sredstva za vođenje postupka, to ne bi radila, jer npr. postoji mogućnost da na neki drugi način ostvari svoje pravo, S. Smid i S. Hartmann in B. Wiczorek, R. A. Schütze, *op. cit.*, 962, 963. U austrijskom pravu se zahteva da ne bude očigledno zlonamerno (nem. *offenbar mutwillig*), D. Obenaus, *op. cit.*, 27–28.

besplatnog zastupanja, čini se da posebno treba razmotriti pitanje ispunjenosti uslova nužnosti iz ZPP, odnosno izgleda na neuspeh iz ZBPP. No, prethodno će se ponovo razmotriti zašto nije neophodno da je u momentu zahtevanja besplatnog zastupanja prema ZPP potrebno da je stranka već potpuno oslobođena od troškova postupka.

3.3.1. Potpuno oslobađanje od troškova

Već je razmatrano da deo odredbe čl. 170, st. 1 ZPP o tome da stranci treba priznati pravo na besplatno zastupanje *kad* je potpuno oslobođena od troškova postupka, tako da će se ovde samo istaći dodatni razlozi. Naime, ukoliko se pođe od stava da stranka u momentu odlučivanja o zahtevu za besplatno zastupanje treba da bude oslobođena od troškova, ostaje nejasno kako onda da ostvari pravo na besplatno zastupanje u postupku po vanrednim pravnim lekovima. Baš kao što se ukazuje u literaturi, moguće je da dođe do promene okolnosti, te da stranka nije ni imala razlog da ranije zahteva oslobađanje,¹³³ ali to nije jedina situacija u kojoj stranka nije potpuno oslobođena od prethodnog snošenja troškova.

Moguće je: 1) da je stranka bila oslobođena od plaćanja sudskih taksi, ali ne i od polaganja predujma; i 2) da nije bila oslobođena ni od plaćanja sudskih taksi. U okviru obe situacije, postoje dve opcije: a) stranka nije uspevala sa zahtevom za (potpuno) oslobađanje, ili b) nije ni podnela zahtev.

Iako rok za podnošenje zahteva za potpuno oslobađanje nije izričito predviđen u ZPP, nameće se zaključak da on nastupa neposredno pred izvođenje konkretnog dokaza ili objavljivanja sudskog oglasa ukoliko je uslovljeno polaganjem predujma. Znači, pre nego što bude doneta pravnosnažna odluka koja se napada vanrednim pravnim lekom za čije je izjavljivanje stranci potrebno da je zastupana od strane advokata. Imajući u vidu zauzete stavove, prema kojim je nužno za zaštitu prava stranke da se odobri besplatno zastupanje, zbog obaveznog advokatskog zastupanja¹³⁴, nameće se zaključak da nije potrebno da je stranka *već* oslobođena od troškova. Tvrditi suprotno bi bilo kontardiktorno.¹³⁵

133 N. Bodiřoga, *op. cit.*, 446.

134 N. Petrušić, 2024, 147; G. Stanković, V. Boranijašević, *op. cit.*, 181; N. Bodiřoga, *op. cit.*, 446.

135 G. Stanković, 2015, 20. U istom radu se navodi i postojanje „dopunskih uslova“ koji moraju biti ispunjeni da bi se odobrila besplatna pravna pomoć prema

Drugo, pravo na besplatno zastupanje „sud priznaje u toku čitavog postupka“. Postupak po vanrednim pravnim lekovima je takođe deo jednog parničnog postupka. Uz to, odbacivanje zahteva zbog neblagovremenosti u momentu kad nije izričito predviđen rok teško bi se objasnilo sa aspekta prava na pristup sudu, jer je u domaćem postupku po vanrednom pravnom leku predviđeno obavezno advokatsko zastupanje.¹³⁶

3.3.2. Obavezno zastupanje ne znači da je automatski i nužno za zaštitu prava stranke

Imajući u vidu stavove u domaćoj literaturi, čini se da je u slučaju obaveznog zastupanja od strane advokata uvek nužno za zaštitu prava stranke da joj bude dodeljen besplatni punomoćnik. Međutim, ako se uzmu u obzir vrednovanja zakonodavca ispoljena u ZBPP u kojem u postupku za naknadu štete zbog povrede časti i ugleda nikad nije dozvoljeno dodeljivanje besplatne pravne pomoći (bez obzira na to da li je reč o stranci lošeg imovnog stanja ili nekoj sa posebnim svojstvom (čl. 7, tač. 3 ZBPP), onda ne bi bilo suprotno nameri zakonodavca da ni u svakom postupku po vanrednim pravnim lekovima ne bude dozvoljeno besplatno zastupanje samo zato što stranka nije postulaciono sposobna.

Drugi problem je dozvoljavanje besplatnog zastupanja u slučajevima kada je očigledno da nisu ispunjene procesne pretpostavke za dopuštenost vanrednog pravnog leka.¹³⁷ Primera radi, u trenutku pod-

ZPP. To su: „vrednost predmeta spora, broj lica koje stranka koja je fizičko lice izdržava, prihode i imovinu koju imaju stranka i članovi njene porodice“, *Ibid.*

136 Vid. *Case of Aerts v. Belgium*, 60. Doduše, u konkretnom slučaju, ESLJP je smatrao da obavezno advokatsko zastupanje (since in civil cases Belgian law requires representation by counsel before the Court of Cassation) ima prioritet u odnosu na to da je pravni lek delovao neosnovano (the appeal did not [...] appear to be well-founded).

137 Primera radi, u nemačkom pravu se ne bi dozvolila pomoć u vezi sa prethodnim snošenjem troškova postupka (nem. *Prozesskostenhilfe*) ukoliko bi pravno sredstvo, što bi iz ugla domaćeg prava obuhvatalo i vanredne pravne lekove, bilo odbačeno, jer nije uloživo u toj stvari (nem. *das Rechtsmittel nicht statthaft*), S. *Smid* i S. *Hartmann* in B. *Wieczorek*, R. A. *Schütze*, *op. cit.*, 960. U domaćem pravu, to pitanje bi bilo zanimljivo za uloživost posebne revizije u postupcima u kojima je zakonodavac isključio reviziju, a posebno ukoliko se ima u vidu da postoji neujednačenost u samoj praksi vrhovne instance, ali i različita shvatanja u doktrini. Pitanje je da li bi se takvo stanje stvari podvodilo

nošenja zahteva već je istekao rok za izjavljivanje konkretnog pravnog leka, a pritom je istekao i rok za vraćanje u pređašnje stanje (čl. 110, st. 2 i 3 ZPP). Da li treba da se „prizna“ stranci pravo na besplatnu pravnu pomoć? Drugačije rečeno, da li je i u tom slučaju nužno za zaštitu prava stranke da joj se omogući besplatno zastupanje? Odgovor zavisi od toga šta je cilj instituta: 1) obezbediti mogućnost stranci koja nije u prilici da sama snosi troškove advokata da dobije besplatno savetovanje od strane advokata bez obzira na dopuštenost pravnog leka; ili 2) omogućiti stranci da bude zastupana od strane advokata onda kada su ispunjeni uslovi za vođenje postupka po vanrednim pravnim lekovima, jer je samo tada moguće da zaštiti pravo tako što će kroz npr. izjavljivanje revizije izdejsstvovati drugačiju odluku.

Treba se vratiti zakonskoj formulaciji uslova – nužno za zaštitu prava stranke. U slučaju očigledne neblagovremenosti stranka ne može zaštititi više svoje pravo, jer je prekludirana. Zbog toga, nije ispunjen uslov nužnosti.¹³⁸

Summa summarum, čini se da predviđanje obaveznog advokatskog zastupanja ne znači da je automatski ispunjen uslov nužnosti zastupanja.

3.3.3. Postojanje negativno određenih uslova prema ZBPP

Imajući u vidu uslove koje je potrebno ispuniti ili koji ne smeju biti ispunjeni u konkretnom slučaju, dolazi se do zaključka da ni prema tom zakonu nije „zagarantovano“ da će stranka uspeti sa zahtevom za besplatnu pravnu pomoć, bez obzira što je traži za postupak u kojem nije postulaciono sposobna.

Naime, ako postoji bilo koji od negativno postavljenih uslova, korisnik neće uspeti sa zahtevom. Sve poteškoće u utvrđivanju ispunjenosti uslova koje važe uopšte, važe i u ovom slučaju. Naime, zakonodavac nije izuzeo iz polja primene građanske sudske postupke po

pod uslov nužnosti zastupanja stranke od strane advokata. Za nemačko pravo vid. S. *Smid* i S. *Hartmann* in B. *Wieczorek*, R. A. *Schütze*, *op. cit.*, 959.

138 Obavezno zastupanje je bilo predviđeno i u Grpp, međutim tada se nije zahtevalo za ostvarivanje prava na besplatno zastupanje da to mora biti nužno za zaštitu prava stranke (§ 163, tač. 3 Grpp), dok prema ZPP 76 nije bilo predviđeno obavezno advokatsko zastupanje, ali za ostvarivanje prava na besplatno zastupanje je bilo potrebno da je to nužno za zaštitu prava stranke (čl. 174, st. 1, čl. 89–91 ZPP 76). Više o promeni koncepta o obaveznom advokatskom zastupanju vid. M. *Knežević*, 2011, 685, 686.

vanrednim pravnim lekovima u kojima je predviđeno obavezno advokatsko zastupanje, izuzev ako sama stranka nije advokat. Stav da je „zaboravio“ na postojanje tih postupaka, te da je došlo do neplanske pravne praznine nije branjiv iz tri razloga.

Prvo, u važećoj redakciji ZBPP se pravi razlika između krivičnih postupaka u kojima je predviđena obavezna odbrana i onih u kojima nije i to tako što su prvi isključeni iz polja primene ZBPP (čl. 6, st. 5). Drugo, u Obrazloženju Predloga ZBPP objašnjava se kako udružena pružaju besplatno zastupanje preko advokata u slučajevima postulacione nesposobnosti, te da to ograničenje važi i kod službi pravne pomoći jedinice lokalne samouprave.¹³⁹ Treće, predviđeno je da u postupku za naknadu štete za povredu časti i ugleda nije dozvoljeno pružanje besplatne pravne pomoći bez predviđanja bilo kakvih izuzetaka (čl. 7, tač. 3 ZBPP).

U rezultatu, pitanje je koji je zakon povoljniji za stranku u parničnom postupku, te da li se prema ZBPP ostvaruju razlozi zbog kojeg je, između ostalog, i donet – omogućavanje ostvarivanja jednakog pristupa pravdi „postulacion[o] nesposobn[om] pojedinc[u] prema odredbama domaćeg prava“.¹⁴⁰

4. ZAKLJUČAK

U radu su na odgovarajućim mestima izvedeni zaključci, tako da će se ovde navesti samo najznačajniji bez ponavljanja već iznete argumentacije.

Stranke u parničnom postupku mogu ostvariti nekoliko različitih oblika ekonomsko-pravne pomoći. To su prethodno oslobađanje od snošenja troškova postupka (sudskih taksi, troškova svedoka, veštaka, uviđaja i sudskih oglasa), besplatno sastavljanje podnesaka i besplatno zastupanje. Parničnu stranku mogu besplatno da zastupaju advokat i diplomirani pravnik službe pravne pomoći jedinice lokalne samouprave sa položenim pravosudnim ispitom.

139 Obrazloženje Predloga ZBPP, 26.

140 *Ibid*, 21–23. Naime, prema shvatanju ESLJP povreda čl. 6, st. 1 EKLJP zavisi od toga da li je predviđeno obavezno advokatsko zastupanje, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a fair trial (civil limb)*, Council of Europe 2023, 46, odnosno verziju na srpskom jeziku *Vodič za član 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava – Pravo na pravično suđenje (građanskopravni aspekt)*, Savet Evrope 2019, 32.

Pravni položaj besplatnog punomoćnika (čl. 170 ZPP) je jedno vreme bio sporan u domaćoj teoriji, a kroz istoriju su zauzimani različiti stavovi pri tumačenju manje-više sličnih odredbi. Ipak, prema vladajućem shvatanju, reč je o zakonskom zastupniku koji ima specifičan položaj, jer mu je potrebno posebno ovlašćenje stranke za preduzimanje dispozitivnih radnji. U radu je zauzet drugačiji stav – nije potrebno posebno ovlašćenje, jer je besplatni punomoćnik stranke punomoćnik, a ne zakonski zastupnik. S obzirom na to i da je advokat, važi pravilo o obimu parničnog punomoćja advokata kada stranka ne odredi bliže ovlašćenja punomoćnika (čl. 89 ZPP).

U radu su razmatrani uslovi za ostvarivanje prava na besplatno zastupanje predviđeni u ZPP i ZBPP. Iako se u jednom delu poklapaju, ipak se i razlikuju zbog čega pravila o besplatnom punomoćniku iz ZPP nisu izgubila svoj značaj stupanjem na snagu ZBPP.

Ono što predstavlja veliku prednost ZPP jeste mogućnost oslobađanja od plaćanja troškova postupka, kao i korišćenje pravnih standarda prilikom određivanja imovinskih prilika stranke. Naime, iako postoje shvatanja, na koja je u radu i ukazano, da se egzaktnošću sprečava arbitrarnost u odlučivanju, zaboravlja se da egzaktnost ograničava donosioca odluke da uzme u obzir okolnosti konkretnog slučaja. Čini se da je u slučaju odlučivanja o pravu na ekonomsko-pravnu pomoć bolje formulisati kriterijume kroz pravne standarde, jer se na taj način mire pravo i pravičnost.

Olivera Jokić, LL.M.

Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Novi Sad

REPRESENTATION BASED ON FREE LEGAL AID IN SERBIAN CIVIL PROCEDURE

Summary

The representation based on free legal aid in Serbian Civil Procedure is regulated by the Act on Free Legal Aid (ZBPP, 2018) and the Code of Civil Procedure (ZPP, 2011). Additionally, several international conventions govern this matter, which adds to the complexity of the system. However, free legal aid is important for ensuring the right to access justice. Therefore, analysing the conditions for receiving a le-

gal aid lawyer is important, particularly the relationship between the ZBPP and ZPP. Another key issue is the availability of free legal aid in proceedings before the Supreme Court, where parties must be represented by a lawyer. Finally, there are different opinions on the legal basis for representation by a legal aid lawyer — whether it is determined by the party's will or a court decision. Depending on the response to that issue, a claim might be dismissed if an unauthorised person represents the party.

Key words: *Free legal aid. – Representation based on free legal aid. – Power of attorney. – Appeal to the Supreme Court. – Access to justice.*

LITERATURA

- A Survey of Pro Bono Practices and Opportunities in 84 Jurisdictions, ProBono Institute and Latham & Watkins LLP 2019.
- Adamović, A., „Sistem besplatne pravne pomoći u Sloveniji“, *Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije* (ur. N. Petrušić) Niš 2008, 149–162.
- Bidlinski, F., *Pravna metodologija, osnovi nauke o pravnim metodama*, prevela sa nemačkog Ivana Marković, Podgorica 2011.
- Bodiroga, N., *Parnični postupak*, Beograd 2022.
- Čizmić, J., „O pružanju besplatne pravne pomoći“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci (1991) 1/2010*, 411–444.
- Culja, S., *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije*, Beograd 1936.
- Germann, R., Stager, F., *Die Jurisdiktionsnorm und die Zivilprozessordnung samt den Einführungsgesetzen*, Wien 1940.
- Golubović, K., „Perspektive primene evropskih standarda prava na besplatnu pravnu pomoć u Republici Srbiji“, *Regionalna naučna konferencija „Besplatna pravna pomoć: ratio legis, obim i uslovi primene“*, ur. S. Bejatović, M. Kolaković-Bojović, Beograd 2017, 199–216.
- Goršić, F., *Komentar Građanskog parničnog postupka*, Beograd 1933.

- Gruodytė, E., Kirchner, S., „Legal aid for intervenors in proceedings before the European Court of Human Rights“, *International Comparative Jurisprudence* 2/2016, 36–44.
- Jakšić, A., *Građansko procesno pravo*, Beograd 2021.
- Janković, M. et al, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 1977.
- Jokić, O., *Izvršenje na osnovu verodostojne isprave*, završni rad, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2023.
- Juhart, J., *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Ljubljana 1961.
- Juhart, J., *Civilno procesno pravo*, Oris, Ljubljana 1967.
- Keča, R., Knežević, M., *Građansko procesno pravo, priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Beograd 2023.
- Klauser, K. A., Riegert, R., A., „Legal Assistance in the Federal Republic of Germany“, *Buffalo Law Review* 3/1971, 583–608.
- Knežević, M., „O novom uređenju voljnog zastupanja u parničnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2011, 681–697.
- Knežević, M., „Postulaciona sposobnost punomoćnika u parničnom postupku“, *Pravo i privreda* 2/2023, 404–437.
- Knežević, M., „Uticaj prestanka svojstva preduzetnika na stvarnu nadležnost u parničnom postupku: ka novom shvatanju pojma „spor između preduzetnika i privrednog subjekta“ – povodom stava GO VKS od 23.3.2012 (Bilten VKS 1/2012, 119)“, *Harmonius* 2019, 211–232.
- Lutovac, Z., „Novine u zakonu o parničnom postupku – novi ZPP“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda* 3/2011, 99–117.
- Marjanović, S., Jovanović Z., M., „Pravno na pristup pravdi prema međunarodnim izvorima međunarodnog privatnog prava Republike Srbije“, *Tematski zbornik Pravnog fakulteta u Nišu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“* (ur. N. Račević), Niš 2023, 183–205.
- Marković, M., *Građansko procesno pravo, Parnični postupak – Cilj, objekt i subjekti parnice*, Beograd 1957.
- Martin, E. A., *A Dictionary of Law*, Oxford 2003.
- Milošević, M., „Primena istražnog načela po novom Zakonu o parničnom postupku Republike Srbije“, *Bilten VSS* 1/2007, 177–213.

- Milutinović, Lj., „Primena pravila o teretu dokazivanja“, *Bilten VSS* 3/2007, 315–334.
- Najman, G., *Komentar Građanskog parničnog postupka, prva knjiga, Jurisdikciona norma i Građanski parnični postupak, prvi deo*, preveo Savo Gregović, Beograd 1935.
- Neumann, G., *Kommentar zu den Zivilprozess gesetzen. Bd. 1, Jurisdiktions-norm samt Einführungsgesetz, Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, Zivilprozessordnung*, Wien 1927.
- Obenaus, D., *Vergleich zwischen der österreichischen Verfahrenshilfe und der Prozesskostenhilferichtlinie der EG – diplomarbeit*, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz 2010.
- Pajvančić, M., „Besplatna pravna pomoć – komentar čl. 67 Ustava Republike Srbije i rodni aspekti zakona o besplatnoj pravnoj pomoći“, *Regionalna naučna konferencija „Besplatna pravna pomoć: ratio legis, obim i uslovi primene“* (ur. S. Bejatović, M. Kolaković-Bojović), Beograd 2017, 341–349.
- Palačković, D., Čanović, J., „Besplatna pravna pomoć u kontekstu prava na pristup sudu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 89/2020, 65–82.
- Petrović-Škero, V., „Položaj zastupnika u Zakonu o parničnom postupku“ *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 1/2008, 95–111.
- Petrušić, N., „Nacrt Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći Srbije: procena uticaja projektovanih rešenja na decu korisnike besplatne pravne pomoći“, *Projekat „Usklađivanja prava Srbije sa pravom EU“* (ur. Saša Knežević), Niš 2017, 49–68.
- Petrušić, N., *Građansko procesno pravo, parnično procesno pravo*, Niš 2024.
- Poznić, B., Vražalić, M., Bačić, F., *Zakon o parničnom postupku sa komentarom*, Beograd 1957.
- Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd 2015.
- Poznić, B., *Komentar Zakona o parničnom postupku prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Beograd 2009.

- Radiojević, Z., Raičević, N., „Naknada troškova postupka kao oblik pravičnog zadovoljenja u praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *ZboNiš* 85/2019, 73–94.
- Radojević, M., „Sistem (besplatne) pravne pomoći u Republici Srbiji i primena međunarodnih standarda – Povodom prvog Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći (2018)“, *Srpska politička misao* 4/2018, 249–265.
- Rakić-Vodinelić, V., „Zakon o parničnom postupku Srbije 2011“, *Pravni zapisi* 2/2011.
- Sepi, R., „Pravna pomoć u zemljama zapadne Evrope – uporednopravni pregled“, *Pravna pomoć*, ur. Saša Gajin, Beograd 2007, 107–222.
- Stanković, G., Boranijašević, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd 2023.
- Stanković, G., Dukić Mijatović, M., „Pružanje besplatnih pravnih usluga“, *Zbornik radova „Sloboda pružanja usluga i pravna sigurnost“*, ur. M. Mićović, Kragujevac 2019, 415–435.
- Stanković, G., „Sprečavanje diskriminacije po osnovu imovnog stanja u parničnom postupku“, *Pravni sistemi i zaštita od diskriminacije*, Tematski zbornik Pravni fakultet Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici (ur. V. Boranijašević), Kosovska Mitrovica 2015.
- Stanković, G., *Zakon o parničnom postupku prema stanju zakonodavstva od 10. maja 2023. godine, Objašnjenja, tumačenja i stvarni registar*, Beograd 2024.
- Stanković, S., „Analiza odredaba Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći Republike Srbije koje uređuju besplatnu pravnu pomoć u prekograničnom sporu *de lege lata* i *de lege ferenda*“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 86/2020, 253–272.
- Triva, S. et al., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1986.
- Vodinelić, V., *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd 2014.
- Vujanić, M. et al., *Rečnik Matice srpske*, Novi Sad 2011.
- Wieczorek, B., Schütze, R. A., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar*, 5. neu bearbeitete Auflage, Berlin/Boston 2022.
- Zuglia, S., *Građanski parnični postupak FNJR*, Zagreb 1957.

Zwaak, L., „The Procedure before the European Court of Human Rights“, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights* (eds. P. van Dijk *et al.*), 2006.

Article history:

Received: 24. 9. 2024.

Accepted: 20. 11. 2024.

*Dr Vladislava Milić**

POSTUPAK ODMERAVANJA VISINE NAKNADE ŠTETE I NAKNADA ŠTETE

Naknada prouzrokovane štete predstavlja jedno od osnovnih načela moderne pravne civilizacije i izraz društvene svesti o odgovornosti za posledice radnji koje pogađaju materijalnu ili nematerijalnu imovinu. Cilj ovog instituta jeste uspostavljanje pravne i prirodne ravnoteže kroz reparaciju materijalne i satisfakciju nematerijalne štete. Međutim, procena visine naknade, naročito kod nematerijalne štete, predstavlja složen pravni i faktički problem zbog nepostojanja materijalnog izraza ličnih dobara i nedovoljnih zakonskih kriterijuma za odmeravanje visine naknade. Posebne poteškoće proizlaze pre svega iz činjenice da lična dobra nemaju svoj materijalni izraz, pa nije jednostavno utvrditi razmere njihove povrede, a time ni visinu naknade tako nastale štete. Član 200 Zakona o obligacionim odnosima postavlja osnovne kriterijume za pravično obeštećenje, ali oni sami po sebi nisu dovoljni za sveobuhvatnu procenu. U praksi se ovi kriterijumi dopunjuju faktičkim parametrima, kao što su veštačenja sudskih veštaka, primena sudskih „skala“ za procenu visine štete i iskazi oštećenih lica. Kumulativnom primenom pravnih i faktičkih kriterijuma postiže se pravično obeštećenje koje ne dovodi do neosnovanog obogaćivanja oštećenog niti do prekomernog osiromašenja štetnika. Na taj način omogućava se celovita naknada štete u skladu sa temeljnim načelima odštetnog prava – pravičnost i integralna kompenzacija, uz usklađivanje zakonskih i faktičkih elemenata u postupku odlučivanja.

Ključne reči: *Naknada štete. – Osnovni zakonski kriterijumi. – Dopunski kriterijumi. – Načelo pravičnog obeštećenja. – Načelo integralne naknade štete.*

* Autorka je doktor pravnih nauka i sudija Trećeg osnovnog suda u Beogradu, vlatkamilic@yahoo.com (Republika Srbija).

1. UVODNE NAPOMENE

Naknada štete je jedan od osnovnih pojmova odštetnog prava i ima višestruku pravnu funkciju. Najpre prema domaćem Zakonu o obligacionim odnosima¹, u članu 1 definisani su izvori obligacija, te je tako propisano da obligacioni odnosi mogu da nastanu, između ostalog, i iz prouzrokovanja štete. Samo prouzrokovanje štete nije *per se* izvor obligacija, jer ono predstavlja samo činjenični događaj, već je pored toga neophodno i da se zakonom propiše obaveza naknade štete u slučaju njenog činjenja i tek tada će nastati obligacioni odnos između štetnika koji je obavezan da štetu naknadi i oštećenog koji je ovlašćen na podnošenje pravozaštitnog zahteva tražeći naknadu zbog povrede ili ugrožavanja svog subjektivnog prava ili na zakonu zasnovanog interesa. Međutim, pre svega toga je potrebno da se zakonom propiše opšta ili generalna dužnost suzdržavanja od prouzrokovanja štete, odnosno da postoji opšta zabrana prouzrokovanja štete. Ovaj princip je danas moderno pravno civilizacijska tekovina, ali je ponikao u rimskom pravu iz principa nikom ne naškoditi ili *neminem laedere*. Kršenjem te dužnosti i propisane zabrane čini se građansko pravni delikt koji podrazumeva vid protivpravnog postupanja čija je posledica sankcija u vidu obaveze naknade štete.

Dakle, nije dovoljno da postoji samo činjenično stanje nastanka štete, već je neophodno osim postupka utvrđivanja prouzrokovanja štete i njenog postojanja, sprovesti i postupak određivanja štetnika, zatim odgovornog lica i na kraju obavezati odgovorno lice da štetu naknadi, nakon prethodnog odmeravanja visine naknade. Pravno posmatrano taj postupak se svodi na ispitivanje povrede pravnih normi, odnosno utvrđivanja da li se u konkretnom slučaju štetnik oglušio o zabranu prouzrokovanja štete, (što je ništa drugo do ispitivanje postojanja građansko pravnih delikta), a ukoliko jeste, onda da li je on lično dužan da tu štetu naknadi ili će to učiniti drugo lice, uz prethodno utvrđivanje visine štete kao opsega njegovog štetnog događaja prevashodno u posledičnom smislu i na kraju odmeravanja visine naknada pričinjene štete. Najčešće između štetnika i odgovornog lica postoji podudarnost, odnosno redovno će biti slučaj da je lice koje je načinilo štetu obavezno i da je naknadi, ali u određenim slučajevima koje zakon propisuje dolazi do razdvajanja pojmova štetnika i odgovornog lica, te obaveza

1 Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78.

naknade štete nije na licu koje je prouzrokovalo štetu, već najčešće na licu koje vrši nadzor nad štetnikom.

Otuda sam institut naknade štete kao što je rečeno ima vešestruku, a prvenstveno veoma bitnu funkciju, pre svega izvora obligacija, ukoliko ga dakle posmatramo udruženo i neodvojivo sa prouzrokovanjem štete, ali i sredstva zaštite subjektivnih građanskih prava i interesa oštećenih u slučaju njihovog vređanja, a takvu zaštitnu funkciju ostvaruje putem propisivanja zabrane prouzrokovanja štete i dužnosti njenog nadoknađivanja.

Stoga, pored navedenih funkcija, naknada štete ima još jednu veoma važnu ulogu u domaćem pozitivnom pravu, koja se sastoji u činjenici da obaveza naknade štete predstavlja u stvari građansko pravnu sankciju koja se izvršava na imovini štetnika kao jedan vid kazne za učinjeni delikt, ali ne kazne u smislu krivičnog prava, budući da je svrha krivično pravnih sankcija da pogode ličnost učinioca. Upravo je u obavezi naknade štete iz štetnikove imovine i njegovog privatnog fonda suštinska razlika između građansko pravnih i krivično pravnih sankcija, obzirom da prve imaju restitutivnu funkciju, tako što im je cilj restitucija ili dovođenje oštećenikove imovine u predštetno stanje, kada govorimo o materijalnoj šteti, kao i pružanje satisfakcije, odnosno zadovoljštine u slučaju novčane naknade nematerijalne štete kao kompenzacije za nastali gubitak, dok ove druge imaju retributivne elemente jer predstavljaju kaznu za učinjeno zlo i pogađaju pre svega ličnost učinioca krivičnog dela. Drugim rečima, obaveza naknade štete kao građansko pravna sankcija kod materijalne štete uvek ima za cilj restituciju, odnosno vraćanje oštećenikove imovine u predštetno stanje, dakle u ono stanje u kome se nalazila imovina oštećenog pre prouzrokovanja štete, kao i pružanje satisfakcije dosuđivanjem novčanog iznosa koji oštećenom treba da omogući zadovoljenje i da kompenzuje povređeno dobro u štetnom događaju, ukoliko je reč o nematerijalnoj šteti nastaloj povredom ličnih dobara oštećenog.

U tom smislu naknada štete, bar kada je primarno reč o materijalnoj šteti podrazumeva, slobodni smo da kažemo, jedan vremenoplov *sui generis* jer vraća kazaljke vremena na stanje oštećenikove imovine u trenutak koji je neposredno prethodio šteti. Taj trenutak se zatim porеди sa trenutkom nastalim u momentu i nakon prouzrokovanja štete, kada se utvrđuju razmere štetnog događaja i nakon toga vrši komparacija između predštetnog stanja i onog nastalog kao posledica štetnog

događaja i postiže se „popravljanje“, odnosno reparacija oštećenikove materijalne imovine putem naknade preko koje bi trebalo da se dođe do restitucije, odnosno vaspostavljanja predštetnog stanja.

U širem smislu, pored toga, institut naknade štete ima i zaštitnu funkciju imovine oštećenog i kao i uopšte njegovih ličnih dobara, bilo da je povreda izazvana štetnom radnjom nastupila u materijalnoj sferi oštećenog, vredajući njegovu materijalnu imovinu ili u sferi prava ličnosti, povređujući njegovu moralnu imovinu. Danas, u domaćem pravnom sistemu, naknada štete se dosuđuje najčešće u novcu, bilo da se radi o materijalnoj ili nematerijalnoj šteti, iako u početku, naročito u zakonodavstvima socijalističkih zemalja nije bio prihvaćen stav o novčanoj naknadi u slučaju nematerijalne štete čemu su se suprotstavljali brojni moralni argumenti isticali od strane socijalističkih teoretičara.

Na ovom mestu, upravo sa dosuđivanjem novčane naknade štete postavlja se i pitanje načina, odnosno postupka odmeravanje visine naknade, parametara i kriterijuma koji služe prilikom njene procene, što nagoveštava aktuelnu problematiku koja je predmet ovog napisa, a u vezi sa institutom naknade štete. Međutim, sam postupak odmeravanja visine naknade štete nalazi se na koncu, odnosno nakon drugih faza tog postupka počev od utvrđivanja faktičkog čina postojanja štetnog događaja, te ispitivanja oglušenja o zabranu prouzrokovanja štete, zatim obaveze naknade štete, te i procene visine štete koja je u korelativnoj vezi sa visinom naknade.

2. SUDSKI POSTUPAK ODMERAVANJA VISINE NAKNADE ŠTETE U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

U pravu republike Srbije postoje dva načina naknade nematerijalne štete i oba su zakonski definisana, te tako naknada nematerijalne štete može da bude nenovčana i novčana. Prvi način je definisan članom 199 Zakona o obligacionim odnosima, kojim je eksplicitno propisano da se naknada nematerijalne štete može postići objavljivanjem presude ili ispravke i tada predstavlja satisfakciju zbog povređenog ličnog dobra, što dakle predstavlja nenovčanu naknadu. Drugi način naknade nematerijalne štete određen je narednim članom 200 Zakona o obligacionim odnosima i on se ogleda u isplati izvesnog novčanog iznosa koji takođe treba da predstavlja satisfakciju za pretrpljene fizičke

i duševne bolove.² Dosuđivanje nenovčane naknade u vidu objavljivanja presude ili ispravke ne izaziva mnogo dilema u teoriji i praksi, te se problematika koncentriše oko relevantnih pitanja u postupku utvrđivanja pravičnog novčanog iznosa obeštećenja kod povrede ličnih dobara zaštićenih instutom nematerijalne štete.

Izlaganje o centralnom delu napisa čini se da je nužno započeti ključnim pitanjem da li se utvrđivanje novčane naknade nematerijalne štete može smatrati činjeničnom zaključkom ili se ono svodi na pitanje primene prava? Na jednoj proširenoj sednici Vrhovnog suda Jugoslavije od 9. 10. 1967. godine doneto je načelno mišljenje br. 5/67 iz kojeg je sledilo da je procena visine novčane naknade nematerijalne štete shodno čl. 212 tada važećeg Zakona o parničnom postupku u stvari činjenični zaključak, ali je nakon tog stava sudska praksa ostala podeljena sve do konačnog stava donetog na zajedničkoj sednici Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda održanoj u Ohridu 17. 5. 1979. godine, gde je dat nedvosmisleni stav da ocena visine novčane naknade nematerijalne štete u biti predstavlja primenu prava jer je svedena na kriterijume iz čl. 200, st. 2 Zakona o obligacionim odnosima.³

Iz navedenog bi sledilo da sudska praksa nije imala jedinstven odgovor i da se on razlikovao pre donošenja saveznog Zakona o obligacionim odnosima, kada je sudska praksa stala na stanovište da je odmeravanje visine novčane naknade nematerijalne štete činjenično pitanje, i nakon donošenja tog zakona, kada je stav bio nedvosmislen da je takvo odmeravanja u biti pravno pitanje jer se svodi na primenu zakonskih kriterijuma. Međutim, odgovor ne može biti isključiv, jer, kao što će dole biti pokazano, primena prava dolazi na kraju postupka odmeravanja visine naknade štete, jer pravna ocena sledi nakon izvedenog dokaznog postupka u kome se utvrđuje činjenična građa od značaja za odlučivanje, da bi se na kraju vršio postupak supsumcije ili podvođenja činjeničnog stanja pod pravnu normu. Drugim rečima, do zakonskih, dakle pravnih kriterijuma, se dolazi na osnovu činjeničnih zaključaka, te tako, čini se, da samo sudsko utvrđivanje visine novčane naknade nematerijalne štete ima dvojaku prirodu, dakle ono je istovremeno i činjenični zaključak i primena prava. Pravo iz zakonskih normi

2 Zdravko M. Petrović, Nataša Mrvić Petrović, *Naknada nematerijalne štete*, Beograd 2012, 97–98.

3 *Ibid.*, 220–221.

oživljava primenom na činjenično stanje i faktički događaj koji inicira na taj način živo pravo u punom njegovom obliku i sjaju. Upravo iz tog razloga tema ovog rada je pre svega praktičnog karaktera, jer je deo iskustva i pravne prakse, a onda je i teorijskog karaktera, budući da činjenice ne mogu bez prava, prema staroj pretorskoj maksimi *da mihi factum, dabo tibi ius*, o čemu će u donjim redovima biti reči.

Međutim, važno je istaći da postupak odmeravanja visine naknade štete nije pravo koje je ekskluzivno rezervisano samo za sud, obzirom da pitanje naknade štete spada i u materiju osiguranja. Ovo stoga što savremeno civilizacijski život i svakodnevna delatnost podrazumevaju upotrebu vozila i uopšte mašina koje generišu abnormalan rizik od nastanka štete i pri brižljivoj upotrebi. Sa povećanim rizikom povezana je i mogućnost od nastupanja štete velikih razmera i obima za koju je gotovo nemoguće da bude nadoknađena iz privatnih fondova štetnika, te se od devetnaestog veka javila potreba za nastankom osiguranja i osiguravajućih društava iz čijih se fondova nadoknađuje šteta. Na taj način, potencijalni štetnici su se osiguravali od rizika nastanka štete i putem redovnih uplata premija osiguranja težište rizika je prešlo na osiguravajuća društva i njihove fondove prethodno formirane od zbira premija uplaćenih od strane njihovih osiguranika. Ovo je omogućilo disperziju rizika i rasteretilo štetnike, a trebalo bi i da je olakšalo postupak naplate štete oštećenima. Međutim, da li je baš uvek tako?

Odgovor na ovo pitanje autorka nudi kao posledicu praktičnog iskustva do kog je došla empirijskim istraživanjem na osnovu analize sudske statistike izražene u sudskom AVP sistemu. Naime, u 80% situacija u vansudskom postupku naknade štete koji se realizuje podnošenjem odštetnog zahteva organizaciji za osiguranje ne nadoknađuje se šteta u potpunosti, te se za ostatak pripadajuće naknade ukazuje potreba za vođenjem parničnog postupka podnošenjem tužbe za naknadu štete sudu. Dakle, kao što je nagovešteno sudski postupak naknade štete započinje podnošenjem tužbe kao pravozaštitnog zahteva sa tvrdnjom tužioca da mu je povređeno određeno materijalno – ekonomsko, ili pak lično – moralno dobro, shodno čemu u tužbi iznosi činjenično stanje koje sadrži opis štetnog događaja u pogledu načina i vremena nastanka, a iz kojeg se može utvrditi odgovorno lice za nastalu štetu. Tvrdnja je redovno potkrepljena odgovarajućim dokazima, nakon čega tužilac petitumom predlaže da sud usvoji njegov tužbeni zahtev, koji je uperen protiv određenog fizičkog ili pravnog lica koje oštećeni sma-

tra odgovornim za štetu i da mu dosudi mu naknadu štete u početno opredeljenim iznosima, najčešće sa pripadajućom kamatom u ostavljenom paricionom roku.

Redovno, kod naknade štete zahtev je pre svega kondemnatordan jer se traži osuda na odgovarajuću činidbu – najčešće plaćanje odgovarajućeg novčanog iznosa, ali međutim kondemnatorni zahtev može i da bude usmeren u pravcu objave izreke presude, što će najčešće biti slučaj kod medijskih sporova, gde su tuženi neretko solidarno, izdavač, odgovorni urednik i novinar povodom objave leziono sposobne informacije koja vređa čast i ugled oštećenog ili je jednostavno neistinita ili pak sadrži uopšte difamatorne sudove. Pored činjenja, može se tražiti i zabrana nekog ponašanja, što će na primer redovno biti slučaj takođe kod medijskih sporova kada se na može tražiti zabrana ponovnog objavljivanja leziono sposobne informacije. Doduše, zahtevi za objavom izreke presude i zabranom ponovnog objavljivanja su sekundarni zahtevi koji su najčešće formulisani pored odštetnog zahteva.

Nakon prijema tužbe i ocene njene urednosti, sud sprovodi dokazni postupak naknade bilo materijalne ili nematerijalne štete zavisno od toga šta je tužbenim zahtevom traženo. Pre svega, sud utvrđuje faktičko postojanje štetnog događaja u smislu vremena i mesta njegovog nastanka, okolnosti i načina prouzrokovanja štete, ali primarno sud utvrđuje postojanje građansko pravnog delikta. Građansko pravni delikti su različiti vidovi protivpravnog postupanja koji uvek podrazumevaju isto – kršenje pravnih normi ili obavezujućih pravila ponašanja. To u domenu odštetnog prava nije ništa drugo do kršenje zabrane prouzrokovanja štete, što sa sobom povlači obavezu njene naknade. U tom smislu, sud uvek pred sobom treba da ima u vidu isti cilj, a to je otklanjanje štetne posledice koja se može otkloniti tako što će se oštećenom dati materijalno dobro ili za njega nešto učiniti, a sama naknada uvek mora da bude adekvatna što je faktičko i pravno pitanje. Sud bez mnogo teškoća određuje visinu naknade štete nastale na imovini oštećenog jer jednostavno određuje obim materijalne štete, međutim u slučaju nematerijalne štete koja se manifestuje kroz povredu ličnih dobara oštećenog dolazi do nagoveštenih poteškoća jer povređena dobra u smislu psiho fizičkog integriteta nemaju cenu. Stoga se postavlja i pitanje opravdanosti dosuđivanja novčane naknade nematerijalne štete.⁴

4 *Ibid.*, 35.

Ovo pitanje opravdanosti novčane naknade novčano neprocenji-vog gubitka, kao što je rečeno, najviše se postavljalo u socijalističkoj pravnoj doktrini, gde su isticani argumenti protiv novčane naknade nematerijalne štete, najčešće zbog bojazni da se na taj način oštećeni neosnovano ne obogati. Čini se da su ti argumenti povezani sa protivrečnim osobinama prava na naknadu neimovinske štete jer je tu reč o imovinskom pravu koje glasi na određeni novčani iznos, ali koje je jednodobno usko povezano sa pravom ličnosti, budući da sa njegovom povredom i nastaje to pravo.⁵

Upravo takva protivurečna priroda prava na novčanu naknadu neimovinske štete bila je inspiracija pravnim dogmatičarima za njihov pravno teorijski rad, te su tako nastale i brojne teorije i to pre svega negativne teorije čije je polazište da je građansko pravna odgovornost nastala radi zaštite imovine od protivpravnih radnji što se postiže restitucijom, odnosno vaspostavljanjem predštetnog stanja, a ukoliko ona nije moguća onda se daje odgovarajući novčani ekvivalent. Kako kod nematerijalne štete restitucija nije moguća, to bi došlo do neosnovanog obogaćenja oštećenog. Na prostorima nekadašnje SFRJ glavni zagovornik negativne teorije je bio I. Milić koji je smatrao da je isključenje novčane reparacije nematerijalne štete etički postulat, a istovremeno i logički princip jer se raznorodna potraživanja ne mogu prebijati, te je i on konstatovao da imovinske reparacije neimovinske štete u sebi sadrže protivrečnosti. Sličan stav u stranoj pravnoj doktrini zastupa i Gaba koji smatra da je čovekova bol u slučaju povrede njegove časti novčano neprocenjiva, a takođe je neprocenjiva i bol majke ubijenog sina.⁶ Dakle, negativne teorije suprotstavljaju primarno etičke i logičke argumente novčanoj naknadi nenovčane štete ističući njenu protivrečnu prirodu kao osnovni postulat koji eliminiše novčanu naknadu. Primarni cilj naknade štete je naturalna restitucija koja se ne može postići kod nematerijalne štete.

Pored negativnih teorija, imamo i oprečne – pozitivne teorije čije je polazište da novčana naknada nematerijalne štete nije „cena“ za pretrpljene fizičke i duševne bolove jer je u psihičkoj sferi oštećenog narušena njegova psihička ravnoteža bez njegove volje, obzirom da je doveden u stanje da trpi bolove bez svoje volje. Novčana naknada tako nastale štete je sredstvo kojim se najbolje postiže ublažavanje

5 Marko Kalodera, *Naknada neimovinske štete*, Zagreb 1941, 6–7.

6 Z. Petrović, N. Mrvić Petrović (2012), *op. cit.*, 35–36.

psihičke neravnoteže, odnosno njeno uklanjanje, budući da se njome omogućava oštećenom da sebi pribavi izvesno zadovoljenje koje će mu pomoći da prevaziđe i zaboravi tako nastale patnje. Pristalice ove teorije ističu dalje da je nesporno da je u slučaju nematerijalne štete teško zadovoljiti princip ekvivalencije između nastala štete i visine naknade štete jer se dobro koje je povređeno kod nematerijalne štete ne može meriti niti novčano izraziti, ali je takođe teško proceniti i materijalnu štetu u nekim slučajevima pa to nije razlog za odbijanje zahteva za odštetu. Obim nematerijalne štete utvrđuje sud po slobodnoj proceni, ali ne arbitrerno, obzirom da je dužan da se pridržava orijentacionih kriterijuma, formiranih na osnovu prakse koji omogućavaju adekvatnu naknadu. Što se tiče etičkih prigovora i na njih pristalice ove teorije imaju odgovore jer smatraju da je novčana naknada nematerijalne štete dokaz da se u pravu moralna dobra dolično cene. Sami bolovi i strah nisu unutrašnji fenomen svakog pojedinca koji je teško utvrditi, već se oni u sudskom postupku utvrđuju u procenjuju veštačenjem na okolnost karaktera i prirode povrede oštećenog. Takođe, adekvatna zaštita ličnih dobara se ne postiže u potpunosti krivičnim pravom jer njime nisu obuhvaćene sve radnje, odnosno nisu obuhvaćene one radnje koje nemaju obeležja bića krivičnog dela.⁷

Dakle, u pravno etičkom smislu postoji prigovor opravdanosti novčanog oblika popravljavanja neimovinske štete, kao najvažniji kontra argument dosuđivanju novčane naknade nematerijalne štete, pri čemu je nemoguće iznaći objektivna merila za ocenjivanje fizičkih bolova, duševnih bolova i straha, međutim suprotno shvatanje prevladava i to tako što novčanu naknadu nematerijalne štete ne treba shvatiti kao ekvivalent ugroženom ili izgubljenom dobru, već novac treba da oštećenom osigura mogućnost pribavljanja drugih dobara i ugodnosti koje mu pomažu da lakše prebrodi telesnu ili duševnu krizu ili strah kao posledice štete.⁸

Neulazeći u teorijske rasprave o etičkoj i logičkoj opravdanosti dosuđivanja prava na novčanu naknadu nematerijalne štete, u nas je prevagnula pozitivna teorija, te je sud ne samo ovlašćen, već i obavezan, da nakon sprovedenog dokaznog postupka dosudi novčani iznos za koji smatra da adekvatno nadoknađuje pretrpljenu štetu. U tom

7 *Ibid.*, 37–38.

8 Ivica Crnić, *Utvrđivanje iznosa novčane naknade neimovinske štete*, Zagreb 2013, 12.

smislu, sud sprovodi odgovarajući sudski postupak koji, kao što je rečeno, ima nekoliko faza počev od njegovog iniciranja podnošenjem tužbe, postavljanjem petituma i određivanja predmeta spora, nakon čega se sud upušta u sprovođenje dokaznog postupka i po njegovom okončanju donosi konačni sud o visini naknade štete primenom odgovarajućih kriterijuma. Centralna tačka dokaznog postupka je obavljanje odgovarajućeg veštačenje prilikom procene visine novčane naknade nematerijalne štete i saslušanje oštećenog na okolnost intenziteta bolova i straha koje je pretrpeo, te posledica u njegovoj psihičkoj sferi koje su isti proizveli. Iskaz oštećenog sud vrednuje poklanjajući mu veru i povezujući ga sa nalazom i mišljenjem sudskog veštaka koji takođe daje procenu zdravstvenog stanja oštećenog, što je najčešći slučaj kod nematerijalne štete jer se ona često manifestuje kroz povredu psiho fizičkog integriteta oštećenog.

3. KRITERIJUMI ODMERAVANJA VISINE NAKNADE ŠTETE PREMA PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Navedene kriterijume za odmeravanja visine novčane naknade nematerijalne štete možemo podeliti na:

Osnovne – primarne zakonske kriterijume, koji su propisani voljom zakonodavca i prema tome zakonski determinisani, a u okviru osnovnih imamo i sekundarne zakonske kriterijume u vidu procene koliko je značajno povređeno dobro, koji cilj se postiže dosuđivanjem novčane naknade kao satisfakcije, istovremeno uz vođenje računa da se nepogoduje težnjama nespojivim sa prirodom i društvenom svrhom novčane naknade nematerijalne štete.

Dopunske u vidu veštačenja, iskaza oštećenog i „skala“ procene visine naknade štete koje predstavljaju pojedinačne dosuđivane iznose visine naknade štete ustanovljene od strane sudske prakse na sednicama građansko pravnih odeljenja, što nisu ništa drugo do potvrđivani iznosi visine naknade nematerijalne štete od strane drugostepenih sudova. Ove skale se sačinjavaju za različite vidove štete u zavisnosti od toga koje je povređeno dobro predmet spora. Tako na primer, različiti su iznosi visine naknade nematerijalne štete u medijskom sporu, od spora kada je povređeno autorsko pravo.

Ovi kriterijumi podeljeni su po stepenu prioriteta zavisnosti od toga od kojih od njih se najpre polazi prilikom odmeravanja visine naknade štete. U okviru kriterijuma imamo lestvice ili polazne tačke koje konkretizuju u dodatnoj meri navedene kriterijume.

3.1. Osnovni kriterijumi za odmeravanja visine naknade štete

Osnovni kriterijumi zaslužuju da budu prvi pomenuti, iako se nalaze na koncu postupka odmeravanja visine naknade nematerijalne štete, budući da su oni orijentacioni kriterijumi kreirani od strane samog zakonodavca i definisani su članom 200 Zakona o obligacionim odnosima. Upravo tim članom propisani su pre svega vidovi nematerijalne štete, zatim je definisan mahanizam utvrđivanja postojanja nematerijalne štete, ali ujedno i način odmeravanja visine pripadajuće naknade i to tako što je postavljena brana sudskoj arbitrarnosti. Od tih kriterijuma sud može da odstupi samo u slučaju zakonskih izuzetaka, te isključivo zakon ovlašćuje sud na sniženje visine novčane naknade štete što će biti slučaj ukoliko je štetnik nezavidnog materijalnog stanja, pa bi ga isplata celokupnog iznosa štete dovela u oskudicu, a šteta nije prouzrokovana ni namerno ni krajnjom nepažnjom. To će takođe biti slučaj i ako je štetnik prouzrokovao štetu radeći nešto korisno za oštećenog.⁹ Do snižavanja naknade štete dalje dolazi i u jednoj zakonskoj situaciji koja je nazvana podeljenom odgovornošću o kojoj se govori ako je oštećeni doprineo nastanku štete ili njenom uvećanju.¹⁰ Oni se nalaze na kraju postupka odmeravanja visine naknade štete jer se do njih dolazi nakon sprovedenog dokaznog postupka, te strogo posmatrano spadaju u domen primene prava, što sud čini tek kada sačinjava pravnu ocenu u okviru obrazloženja presude. Sud kada procenjuje visinu naknade štete to čini nakon zaključenja glavne rasprave kada su svi dokazi izvedeni i na taj način pravno vrednuje i izrađeni nalaz i mišljenje veštaka i iskaz oštećenog istovremeno podvodeći tako utvrđeno činjenično stanje pod relevantnu pravnu normu – u konkretnom slučaju pravnu normu iz čl. 200 Zakona o obligacionim odnosima. Na taj način primena prava dostiže svoj puni smisao postavljajući okvir sudskoj arbitrarnosti. U tom smislu, stavom 1 tog člana, sud je

9 Vid. čl. 191 ZOO.

10 Čl. 192 ZOO.

obavezan da u slučaju pretrpljenih fizičkih bolova, duševnih bolova zbog umanjenja opšte životne aktivnosti i naruženosti, te u slučaju povrede časti, ugleda, slobode i prava ličnosti, zatim ako se dogodi smrt bliskog lica, kao i za strah, odmeri visinu naknade u zavisnosti od intenziteta bolova i straha, te njihove trajnosti, zavisno od okolnosti konkretnog slučaja i prema kriterijumima pravičnosti.¹¹

Drugim rečima, to su primarni zakonski kriterijumi za odmevanje visine novčane naknade nematerijalne štete koji se vezuju pre svega za intenzitet i trajnost bolova i straha, okolnosti datog slučaja i kriterijuma pravičnosti. U narednom stavu istog člana, formulisani su sekundarni zakonski kriterijumi koji konkretizuju pravičnost naknade koja treba da bude takva da se uzme u obzir značaj povređenog dobra i cilj koji se želi postići novčanom naknadom koji mora da bude takav da se njome ne pogoduje težnjama nespojivim sa njenom svrhom koja proističe iz njene prirode i koja postoji u društvu.

Primarni zakonski kriterijumi u vidu intenziteta bolova i straha kao i njihove trajnosti procenjuju se na objektivan način veštačenjem, odnosno nalazom i mišljenjem veštaka odgovarajuće struke i to su najčešće veštaci medicinske struke koji te kriterijume utvrđuju na osnovu pregleda oštećenog i medicinske dokumentacije. Dakle, intenzitet povrede i dužine trajanja bolova i straha se vrši na objektivan način i zahteva prisustvo lica odgovarajuće struke – najčešće veštaka određene specijalnosti koji vrše takvu procenu primenom pravila svoje struke, principa i standarda nauke kojom se bavi. Kada je u pitanju nematerijalna šteta, fizičke i duševne bolove usled naruženosti ili umanjenja opšte životne aktivnosti, kao i strah, procenjuju veštaci medicinske struke i to najčešće ortopedi i neuropsihijatri koji nastoje da na objektivan način izrade nalaz i mišljenje u skladu sa pravilima struke. Upravo veštaci odgovarajuće specijalnosti kroz nalaz i mišljenje i svoj iskaz dat u parničnom postupku pred sudom daju svoju objektivnu procenu intenziteta povrede i dužine trajanja bolova i straha. Međutim, iako sud nema stručna znanja medicinske nauke da da procenu u tom smislu, sud prema pravnim kriterijumima vrši evaluaciju nalaza i mišljenja veštaka kao i njihovih izjašnjenja i ceni ih prema pravilima pravne nauke i prakse prilikom donošenja konačnog suda o intenzitetu bolova i straha.

U tom smislu, kao bitan element za procenu intenziteta povrede i dužine trajanja bolova i straha javlja se i iskaz oštećenog koji je dat pred sudom u parničnom postupku. Iskaz treba da bude koncipiran

11 Vid. čl. 200 ZOO.

tako da oštećeni iskazuje u čemu se ogleda povreda njegovog ličnog dobra, koje posledica ona izaziva po njegovu ličnost i bitne životne aspekte, na koji način se okolina odnosi prema njemu nakon povrede, kao i u kojoj meri mu se promenio život i životni aspekti nakon štetnog događaja.

Stoga su primarni zakonski kriterijumi objektivnog karaktera, a preko njih se dolazi dopunskim kriterijumima koji su, kao što je napisano, veštačenje, što je takođe objektivni kriterijum jer se nalaz i mišljenje izrađuje prema pravilima odgovarajuće struke i na osnovu validne medicinske dokumentacije, zatim tzv „skale“ visine naknade štete ustanovljene od strane sudske prakse na sednicama građansko pravnih odeljenja, što je takođe objektivno proverljiv, iskustveni kriterijum, kao i iskaz oštećenog na okolnost razmere povrede njegovih ličnih dobara i posledica koje je štetni događaj ostavio po njega u njegovoj ličnoj sferi, što je subjektivni kriterijum. Subjektivnost iskaza oštećenog dodatno je problematizovana njegovom ličnom motivisanošću u pogledu okončanja spora u njegovu korist, što mu svakako umanjuje stepen kredibilitnosti. Svi ti kriterijumi kumulativno primenjeni treba da dovedu do zadovoljenja iznetih temeljnih načela odštetnog prava.

Suština sudskog postupka odmeravanja visine naknade štete je u pažljivom penjanju, stepenik po stepenik, kroz lestvice osnovnih – primarnih zakonskih i dopunskih kriterijuma procene visine novčane naknade nematerijalne štete. Pravilnim vrednovanjem svakog stupnja povećava se verovatnoća u pogledu zadovoljenja osnovnog načela odštetnog prava – pravičnog obeštećenja. Sa druge strane, takvo pažljivo odmeravanje omogućava sudu balansiranje između načela ekvivalencije štete i visine naknade i omogućavanja ostvarenja integralne naknade štete, odnosno sudske težnje da se oštećenom nadoknadi svaka prouzrokovana šteta. Drugim rečima, visina naknade štete određena je obimom štete, te su obim štete i visina njene naknade u korelativnom odnosu. Ukoliko postoji faktička korelacija između dva navedena građivna elementa, to će i naknada koja se želi dosuditi biti adekvatna.

3.2. Sekundarni osnovni kriterijumi za odmeravanje visine naknade štete

U okviru osnovnih – primarnih zakonskih kriterijuma, imamo sekundarne osnovne zakonske kriterijume kojih ih konkretizuju. Oni

predstavljaju dodatne smernice kojima se sud rukovodi prilikom odmeravanja visine novčane naknade nematerijalne štete i omogućavaju se da izvrši precizno „vaganje“ između pretežnijih interesa i dobara koja se na taj način nastoje obešteti putem adekvatne satisfakcije. Na taj način vrši se svojevrsno filtriranje, lestvicu po lestvicu, do konačnog iznosa jedinstvene naknade štete koja se dosuđuje za svaki vid štete pojedinačno. Ti sekundarni osnovni zakonski kriterijumi su: značaj povređenog dobra; cilj kome naknada služi i nepogodovanje težnjama nespojivim sa prirodom i društvenom svrhom novčane naknade nematerijalne štete.

U tom smislu u samom vrhu je značaj povređenog dobra, koga sud procenjuje objektivno, obzirom da je u pitanju najčešće povreda nekog od zaštitnih objekata zaštićenih pravima ličnosti ili pravima na ličnim dobrima, a koja dobra se ne mogu materijalno iskazati, ali je zato propisano pravo koje štiti predmetno dobro. Ta prava su proklamovana Ustavom RS, te sud na objektivnan način procenjuje koje pravo je povređeno u konkretnom slučaju, odnosno koje po značaju od zaštićenih dobara je stradalo u štetnom događaju. Tako su na primer, u drugoj glavi Ustava RS,¹² sadržana ljudska prava i slobode koja su taksativno navedena, a u kontekstu nematerijalne štete ljudsko dostojanstvo je proklamovano kao neprikosnoveno pravo, a na istom mestu Ustav garantuje i slobodan razvoj ličnosti.¹³ Ljudsko dostojanstvo najčešće biva povređeno kroz čast i ugled, te usled takve povrede oštećeni trpi duševne bolove zbog čega mu pripada pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete.

Cilj kome naknada služi i kriterijum da se dosuđivanjem novčane naknade nematerijalne štete ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom je kriterijum koji na neki način predstavlja opravdanje dosuđivanja novčane naknade nematerijalne štete. U ranijim epohama razvitka pravnih sistema, a naročito u pravnim sistemima socijalističkih država, postojali su argumenti protiv dosuđivanja novčane naknade nematerijalne štete, budući da prema mišljenju socijalističkih teoretičara dosuđivanje novčane naknade nematerijalne štete podrazumeva bogaćenje i nespojivo je sa prirodom nematerijalne štete, što je gore izloženo kod objašnjenja negativnih teorija. Navedeno predstavlja pravni standard koji sud konkretizuje u

12 Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

13 Vid. čl. 23 Ustava Republike Srbije.

svakom konkretnom slučaju, ali svakako određuje takav cilj i takve težnje prema prirodi i svrsi novčane naknade nematerijalne štete, vodeći računa o svim normama, ne samo napisanim, već i onim koje proizlaze iz duga pravnog sistema u kome postoje. Na taj način, čini se, da se htelo dati etičko opravdanje dosuđivanju novčanog iznosa naknade nematerijalne štete, te ova odredba predstavlja jedan vid pokušaja moralizacije prava. To su imali u vidu i sudovi nekadašnje SFRJ kada je na zajedničkoj sednici Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, 17. 5. 1979. godine donet stav u kome je navedeno: „Visinu novčane naknade za nematerijalnu štetu sud utvrđuje, u smislu čl. 200, st. 2 Zakona o obligacionim odnosima, ocenom značenja povređenog dobra i cilja naknade, pazeći pri tom da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom, polazeći kod utvrđivanja kriterijuma koji utiču na visinu te naknade i od načela pravičnosti, primerenosti i solidarnosti“.¹⁴

Tim putem, u kriterijum odmeravanja visine novčane naknade nematerijalne štete uvedeni su i metapравни elementi u vidu primerenosti, solidarnosti i pravičnosti, koje na prvom mestu sud treba da ispolji prema oštećenom sunarodniku dosuđujući mu adekvatnu satisfakciju prethodno dobro odmerenu kroz sve lestvice na putu njenog utvrđivanja. Ti kriterijumi treba da dovedu do adekvatnosti visine naknade nematerijalne štete i da zadovolje princip pravičnog obeštenja omogućavajući odgovarajuću satisfakciju.

Iz navedenog zakonskog regulisanja osnovnih kriterijuma za odmeravanje visine naknade štete jasno se uočava težnja zakonodavca da obuhvati sve vidove nematerijalne štete i njenog ispoljavanja, taksativnim nabranjem vidova nematerijalne štete. Međutim, tendencije u građanskim zakonicima su ipak drugačije, te se najčešće ne daje zakonska definicija štete, nego se bliže određuju štete koje pravo priznaje.¹⁵ To je na primer slučaj kod Francuskog građanskog zakonika koji sadrži odredbu o nematerijalnoj šteti, ali ne sadrži izričitu odredbu o naknadi nematerijalne štete, međutim uopštenim tumačenjem paragrafa 1382 prema kome „Svaki ljudski čin koji drugome prouzrokuje štetu, obavezuje onoga čijom je krivicom nastupio da je naknadi“, u biti konstituiše institut novčane naknade povreda i duševne i telesne sfere oštećenih. Prema tome, dužnost da se oštećeni obešteti zasnovana je na

14 Z. Petrović, N. Mrvić Petrović (2012), *op. cit.*, 221.

15 *Ibid.*, 93.

moralnoj obavezi štetnika da otkloni štetne posledice svoje radnje koje su po prirodi stvari negativne prirode.¹⁶

Dakle, postoje i oprečni primeri u drugim pravnim sistemima. Tako na primer u hrvatskom Zakonu o obaveznim odnosima nisu taksoativno nabrojani vidovi nematerijalne štete, te član 1100. st. 1 određuje da u slučaju povrede prava osobnosti sud će, ako nađe da težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju dosuditi pravičnu novčanu naknadu. Stavom drugom istog člana je obavezan sud da vodi računa o jačini i trajanju fizičkih i duševnih bolova, kao i straha prilikom odmeravanja visine naknade štete¹⁷ Hrvatski zakonodavac je prema tome najšire definisao nematerijalnu štetu objedinjujući je kroz genusni pojam prava osobnosti – prava ličnosti, što predstavlja generalnu klauzulu, odnosno pravni standard koji sud procenjuje imajući pred sobom katalog ličnih prava poglavito proklamovanih u Ustavu kao najvišem pravnog aktu. Razumevanje za navedeno postupanje zakonodavca leži u činjenici da se nematerijalna šteta najčešće manifestuje kroz povredu prava ličnosti, odnosno putem duševnih bolova koje oštećeni trpi tom povredom.

Ukoliko napravimo komparaciju sa domaćim Zakonom o obligacionim odnosima lako je uočljivo da je tim zakonom nematerijalna šteta o kojoj govorimo definisana članom 155 kao nanošenje druge fizičkog ili psihičkog bola ili straha, pri čemu su ipak u članu 200 definisani vidovi nematerijalne štete kao fizički bolovi, duševni bolovi zbog naruženosti i umanjenja opšte životne aktivnosti, zatim koji nastaju usled smrti bliskog lica, strah, povrede časti, ugleda, sloboda i prava ličnosti. Dakle, zakonodavac prvim članom načelno definiše nematerijalnu štetu, dok drugim članom ne samo da predviđa njene vidove, već određuje i kriterijume za dosuđivanje visine novčane naknade nematerijalne štete. Upravo iz tog člana proizlazi korelativnost između obima štete i visine štete, odnosno načelo jednakosti prouzrokovane štete i visine njene naknade.

Pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete je priznato i pripada pre svega oštećenom koji je fizičko lice, međutim od zakonodavstava u regionu je značajno slovenačko pravo koje u pogledu dosuđiva-

16 Zoran Ilkić, Naknada nematerijalne štete prouzrokovane telesnim povređivanjem ili narušavanjem zdravlja, *Glasnik advokatske komore Vojvodine* 84(6)/2012, 430.

17 Zakon o obaveznim odnosima – ZOO, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 35/05.

nja novčane naknade nematerijalne štete pravnom licu priznaje pravo na naknadu nematerijalne štete usled povrede ugleda pravnog lica.¹⁸ Naš Zakon o obligacionim odnosima ne precizira kome pravo na naknadu nematerijalne štete zbog povrede ugleda, ali se iz duha zakona zaključuje da to pravo poglavito pripada fizičkom licu, iako zakonodavac ni na jednom mestu ne isključuje to pravo kod pravnih lica.

U domaćem pravu, na ovo interesantno pitanje praksa nema jednodušan odgovor u odsustvu striktno zakonske regulative, te je tako prema jednom delu sudske prakse naknada nematerijalne štete satisfakcija koja se daje oštećenom licu za štetu koju je pretrpelo na svojim nematerijalnim dobrima, te se ne može vezivati za slučaj povrede ugleda pravnog lica bez obzira što ugled ima i pravno, a ne samo fizičko lice. Ovo stoga što novčana naknada da bi ostvarila svoju funkciju u ličnosti žrtve mora da bude satisfakcija za fizičke i psihičke patnje, a povredu poslovnog ugleda pravnog lica kao umanjenje ugleda ne prate psihičke patnje jer pravno lice nije sposobno da takve patnje trpi.¹⁹ Dakle ovo je rezonovanje zvanične sudske prakse građanskog odeljenja Višeg suda u Beogradu čija se nadležnost u parničnoj materiji proteže na fizička lica, shodno čemu ti sudovi primenjuju u domenu materijalnog odštetnog prava Zakon o obligacionim odnosima. Međutim, drugačije je rezonovanje Privrednih sudova koji iz domena svoje materije primenjuju zakone koji se odnose na pravna lica, te se postavlja pitanje da li je zaista isključeno pravo pravnih lica na naknadu nematerijalne štete usled povrede njihovog poslovnog ugleda?

Tako, Zakon o trgovini u članu 41 reguliše nepoštenu tržišnu utakmicu (nelojalnu konkurenciju) kao radnju trgovaca ili pružaoca usluge koja je usmerena protiv drugog trgovca, pružaoca usluge, odnosno konkurenta, kojom se krše kodeksi poslovnog morala i dobri poslovni običaji i kojom se prouzrokuje ili može prouzrokovati šteta drugom trgovcu, odnosno pružaocu usluge (konkurentu), a naročito: iznošenjem neistinitih i uvredljivih tvrdnji o drugom trgovcu ili pružaocu usluge, iznošenjem podataka o drugom trgovcu ili njegovoj robi, pružaocu usluge ili usluzi, koji su usmereni na narušavanje ugleda i poslovanja tog trgovca ili pružaoca usluga, prodajom robe sa oznakama

18 Vid. čl. 183 Zakonika o obligacijama – ZOO, *Uradni list Republike Slovenije*, br. 83/01.

19 Vid. neobjavljenu presudu Višeg suda u Beogradu P 5959/18 od 21. 9. 2021. godine.

podacima ili oblikom, kojima se opravdano stvara zabuna kod potrošača u pogledu izvora, kvaliteta i drugih svojstava te robe ili usluge, sticanjem korišćenjem i odavanjem poslovne tajne bez saglasnosti njenog imaoaca, radi otežavanja njegovog položaja na tržištu, obećanje, odnosno davanje poklona veće vrednosti, imovinskih ili drugih pogodnosti drugim trgovcima ili pružaocima usluga, kako bi se njihovom davocu obezbedila prednost u odnosu na konkurente, kao i neovlašćeno isticanje oznake kvaliteta, oznake poverenja ili sličnog znaka od strane trgovca.²⁰ Zakonodavac najpre u citiranom članu definiše deliktnu radnju koja ima obeležja nepoštene tržišne utakmice ili neloyalne konkurencije, a to je ujedno i štetna radnja koja u očima zakonodavca ima za posledicu građansko pravni delikt odnosno štetu. U narednom stavu istog člana definisana je opšta zabrana nepoštene tržišne utakmice, pri čemu je u stavu 3 eksplicitno propisano pravo na naknadu štete trgovca i pružaoca usluge koji pretrpi štetu zbog štetne radnje nepoštene tržišne utakmice, dok je u narednom stavu izričito propisano pravo na podnošenje tužbe kojom se može tražiti utvrđenje radnje nepoštene tržišne utakmice, zabrana njenog daljeg vršenja, otklanjanje nastalih posledica, kao i naknada štete. Stav 5 eksplicitno propisuje da je oštećenom trgovcu i pružaocu usluge (konkurentu) garantovano pravo kako na naknadu materijalne, tako i pravo na naknadu nematerijalne štete usled povrede poslovnog ugleda.²¹

Prema tome, Zakonom o trgovini je garantovano pravo na naknadu kako materijalne tako i nematerijalne štete pravnim licima zbog povrede njihovog poslovnog ugleda koji pravna lica nesporno uživaju u tržišnoj utakmici. Pored toga što zakonodavac formuliše deliktnu radnju, zabranu vršenja nepoštene tržišne utakmice i proklamuje pravo na naknadu i nematerijalne štete, on istovremeno jasno definiše i kriterijume na osnovu kojih se dosuđuje naknada nematerijalne štete. U tom smislu, zakonodavac obavezuje sud da dosudi pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete, ako okolnosti slučaja to opravdavaju, a naročito ga obavezuje da uzme u obzir i trajanje i intenzitet povrede, efekta povrede na poslovanje tužioca, značaj povređenog dobra i cilj kome ta naknada služi, kao i tome da se njome ne pogoduje tržnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom. Predviđen je i, doduše, kratki rok zastarelosti jer se tužba može podneti u roku

20 čl. 41 Zakona o trgovini – ZT, *Službeni glasnik RS*, br. 52/19.

21 čl. 41 ZT.

od šest mesec od saznanja za štetnika i štetu, a najkasnije u roku od tri godine od okončanja radnje. Pored dosuđivanja novčane naknade nematerijalne štete, sud može i da odredi da se presuda kojom se usvaja tužbeni zahtev objavi u „Službenom glasniku RS“ na trošak štetnika.²² Dakle, jasno je da je pravnom licu takođe garantovano pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete usled povrede poslovnog ugleda zbog nelojalne tržišne utakmice, a koja naknada se odmerava po istim kriterijumima kao i kod naknade nematerijalne štete prouzrokovane fizičkom licu, s tim što su Privredni sudovi nadležni za odmeravanje kako štete, tako i visine naknade nematerijalne štete kod pravnog lica.

Primena navedenih osnovnih zakonskih kriterijuma nije u potpunosti u domenu slobode suda, već je sud dužan da se rukovodi navedenim orijentacionim zakonskim kriterijumima prilikom odmeravanja konačnog iznosa novčane naknade nematerijalne štete. Sud to čini koristeći i ovlašćenje iz čl. 232 Zakona o parničnom postupku prema kome je ovlašćen na slobodnu procenu ako utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete, na novčani iznos ili zamenljivu stvar, a visina iznosa, odnosno količina stvari ne može da se utvrdi ili bi mogla da se utvrdi samo sa nesrazmernim teškoćama.²³ Svakako da slobodna procena ne znači ovlašćenje suda na samovolju, već konačni sud tog organa mora da bude donet na osnovu pouzdanih, objektivnih i proverljivih pokazatelja. U dokaznom postupku, sud na osnovu člana 8 Zakona o parničnom postupku odlučuje po svom slobodnom sudijskom uverenju, ali na osnovu savesne i brižljive ocene svakog dokaza pojedinačno i svih dokaza zajedno, kao i na osnovu svih dokaza i rezultata celokupnog raspravljanja, utvrđuje koje će činjenice da uzme kao dokazane.²⁴ Ovo nije ništa drugo do pravo suda da po slobodnoj oceni ceni sve izvedene dokaze, pa tako i veštačenje kao prvi dopunski kriterijum koji sud primenjuje prilikom utvrđivanja konačnog iznosa novčane naknade nematerijalne štete.

3.3. *Dopunski kriterijumi za odmeravanje visine naknade štete*

Dopunski kriterijumi dakle predstavljaju još jedan korak ka pravičnom obeštećenju i treba da omoguće činjeničnu građu koja će biti

22 čl. 41 ZT.

23 čl. 232 Zakona o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11.

24 Vid. čl. 8 ZPP.

podloga za pravnu ocenu i određivanje konačnog iznosa visine naknade štete. Dakle, ovi kriterijumi iniciraju primenu prava – osnovnih zakonskih kriterijuma iz čl. 200, st. 2 Zakona o obligacionim odnosima kojima se vrši pravna evaluacija utvrđenog činjeničnog stanja kroz dokazni postupak koji se koncentriše pre svega oko veštačenja i iskaza oštećenog na okolnosti postojanja štete i njenih posledica u unutrašnjoj sferi njegovog bića.

3.3.1. Veštačenje – nalaz i mišljenje, izjašnjenje veštaka na primedbe i saslušanje veštaka

Izvođenje dokaza veštačenjem kao dokazno sredstvo je regulisano članom 259 Zakona o parničnom postupku primenjuje se kada sud nema stručnih znanja radi utvrđivanja ili razjašnjavanja neke bitne činjenice od značaja za odlučivanje.²⁵ Veštačenje je prema tome stručna delatnost koju sud koristi u cilju utvrđivanja ili razjašnjavanja važnih činjenica za postupak, a koja spada u domen oblasti o kojoj sud nema stručno znanje. Ono predstavlja sistem normi koje imaju opšte i posebne principe i snagu dokaznog sredstva u postupku donošenja sudske odluke. Otuda bi trebalo da veštačenje bude objektivno i nepristrasno i izvedeno u skladu sa principima trenutno važećih znanja i dostignuća iz relevantne oblasti iz koje se daje procena i nalaz i mišljenje veštaka. Samo mišljenje veštaka treba da bude takvo da je razumljivo i ispravno saopšteno i zasnovano na egzaktno utvrđenim činjenicama koje su date u nalazu.²⁶ Veštačenje kao dokazno sredstvo treba da bude u funkciji ekonomičnog, efikasnog i kvalitetnog okončanja postupka, a isto nakon što se dostavi sudu podleže kritičkoj oceni stranaka i suda koji nije obavezan da veštačenje bez pogovora prihvati. Ukoliko sud prihvati veštačenje ceniće ga po slobodnom sudijskom uverenju kao i ostale dokaze, a posebno će da ceni da li je veštak odgovorio na pitanja iz zadatka navedenih u rešenju o veštačenju, da li je nalaz protivrečan, konfuzan i da li sadrži nelogičnosti. Od sposobnosti sudije da podvrgne urađeno veštačenje analizi i kritici zavisi i efekat veštačenja kao dokaznog sredstva, a odsustvo stručnog znanja ne podrazumeva da sud mora da prihvati nalaz i mišljenje kao neprikosnoveno jer bi to značilo potčinjavanje sudije veštaku.²⁷

25 čl. 259 ZPP.

26 Rastko Svičević, Vesna Kovačević, Dubravka Kolundžić, *Veštačenje nematerijalne štete*, Beograd 2010¹, 13.

27 *Ibid.*, 14.

Dakle, sud na osnovu svog slobodnog sudijskog uverenja iako nemajući stručna znanja iz oblasti iz koje se sprovodi veštačenje ceni nalaz i mišljenje veštaka i tretira ga kao i ostale dokaze izvedene tokom parničnog postupka. Koji će stepen dokaznog kredibiliteta pokloniti nalazu i mišljenju veštaka zavisi od toga da li je veštak odgovorio zadatku veštačenja ili nije, odnosno da li je odgovorio na primedbe stranaka i uopšte da li je odbranio svoj nalaz i mišljenje. U tu svrhu sud može odrediti saslušanje veštaka i tražiti da se veštak usmeno izjasni i da da razjašnjenja na eventualno sporna pitanja. U parničnom postupku u kontekstu procene visine novčane naknade nematerijalne štete, dakle kod vidova nematerijalne štete fizičkih i duševnih bolova i straha određuje se sudsko medicinsko veštačenje, koje podrazumeva angažovanje veštaka medicinske struke, odgovarajuće specijalnosti i subspecijalnosti koji daju procenu zdravstvenog stanja oštećenog i sud na odgovarajući način vrši evaluaciju nalaza i mišljenja. Upravo veštačenje u smislu procene visine naknade nematerijalne štete kao poseban vid satisfakcije dolazi do izražaja u parnicama povodom procene nematerijalne štete jer se njeno postojanje, vidovi i obim utvrđuje veštačenjem, te veštaci u skladu sa medicinskim standardima očituju o vrsti i prirodi povreda, njenim posledicama, intenzitetu i trajanju bolova i straha, proceni smanjenja opšte životne aktivnosti i svim ostalim manifestacijama, ali se veštaci ne izjašnjavaju o visini štete jer to čini sud.²⁸

Sudsko medicinsko veštačenje predstavlja most na kome se susreću pravo i medicina kao discipline koje su posvećene čoveku i upravo iz tog odnosa se razvila posebna disciplina – sudska medicina koja nije ništa drugo do primena medicinskih znanja u primeni prava i odnosa medicine i prava, a naziva se još i pravna medicina. Veštaci angažovani da daju veštačenje iz oblasti sudske medicine se moraju uvek pridržavati određenih principa ne samo svoje struke već i pravne nauke uz svest o etičkoj i pravnoj odgovornosti. Primena pravne medicine je neizostavna u krivičnom postupku što je čest slučaj, na primer kod povređivanja, a gde se utvrđuje težina oštećenja zdravlja i njegova uzročnost, a povezanost uzroka i posledica mora da bude dokazana na nivou izvan svake sumnje. Ishod povređivanja je najčešće smrtan ili bez smrti. Nasuprot tome u parničnom postupku se sudskomedicinsko veštačenje određuje

28 Duško Medić, Značaj vještačenja u parnicama za naknadu nematerijalne štete, *Časopis Vještak iz oblasti teorije i prakse vještačenja na području Bosne i Hercegovine* 1(1)/2014, 20.

upravo kod novčane naknade nematerijalne štete, dakle kod njenih vidova – fizičkog i duševnog bola i straha koji su predmet tog veštačenja i koji nastaju kao posledica povređivanja.²⁹ Osobenost veštačenja kao dopunskog sredstva prilikom procene visine novčane naknade nematerijalne štete je da ono kao što smo gore nagovestili predstavlja objektivno proverljiv parametar jer se pre svega ono sprovodi prema pravilima struke. Ta struka je pre svega odgovarajuća specijalnost veštaka i to najčešće medicinska struka, te veštaci primenjuju odgovarajuća stečena stručna znanja i postupke, kao i naučne standarde i opšte prihvaćena pravila postupanja prilikom izrade nalaza i mišljenja u procene zdravstvenog stanja oštećenog kao i njegovih posledica.

Veštačenje nematerijalne štete u parničnom postupku od posebnog je značaja jer se veštak izjašnjava o veoma važnim činjenicama koje sud uzima u obzir prilikom procene postojanja i osnovanosti prava na naknadu štete, kao i određivanja načina satisfakcije i iznosa naknade štete.³⁰ Prema tome, veštačenje je *conditio sine qua non* sudske procene satisfakcije koju određuje oštećenom kako bi pribavio izvesno subjektivno zadovoljenje psiho fizičke neravnoteže koju je kod njega proizveo štetni događaj, kao i kod određivanja adekvatnosti novčanog iznosa koji sudskom presudom dosuđuje oštećenom za reparaciju njegovih ličnih dobara stradalih u štetnom događaju.

Pravni okviri veštačenja podrazumevaju da veštak treba da odgovori zadatku koji mu sud rešenjem o određivanju izvođenja dokaza veštačenjem postavlja, a koji treba da bude ujedno i odgovor na pravno relevantna pitanja predmeta spora. Kako je predmet spora naknada štete, to oštećeni predlaže veštačenje i ispunjava svoju obavezu određenu prema pravilima o teretu dokazivanja. Tako, u konkretnom slučaju, oštećeni za uspeh u sporu, odnosno usvajanje tužbenog zahteva i dosuđivanje satisfakcije – novčanog iznosa naknade nematerijalne štete treba da dokaže postojanje izvesnih pretpostavki. Prema tome, potrebno je dokazati postojanje štete u vidu njenog osnova – štetne radnje – protivpravnosti i visine, uzročno posledičnu vezu između štetnikove radnje ili propuštanja i nastale štete, kao i krivicu štetnika u vidu protivpravnosti njegove radnje za koje je vreme bio sposoban za rasuđivanje i imao svest i volju o štetnim posledicama protivpravnog poduhvata

29 R. Svičević, V. Kovačević, D. Kolundžić (2010), *op. cit.*, 16–17.

30 *Ibid.*, 17.

koji je na štetu oštećenog i preduzeo.³¹ Upravo veštačenjem se utvrđuje postojanje štete, kao i uzročno posledična veza između štetnikove radnje ili propuštanja i nastanka štete, s tim što je veštak ceni iz ugla svoje struke, a sud pravno vrednuje uzročnost. To znači da sud kao uzrok štete tretira samo onaj koji je adekvatan šteti u pravnom smislu te reči i bez koga šteta ne bi ni nastupila, o čemu će docnije biti reči.

Postojanje nematerijalne štete u parničnom postupku u vidu postojanja fizičkih ili duševnih bolova ili straha proizlazi najčešće iz telesnog povređivanja koje se opet utvrđuje medicinskim veštačenjem, odnosno angažovanjem veštaka medicinske stručnosti. Oni kao što je rečeno primenom stečenih medicinskih znanja, ali i primenom medicinskih standarda i usvojenih pravila struke daju svoj sud o nastanku povrede, težini povrede, mehanizmu povređivanja i o pratećim posledicama kao što su fizički i duševni bolovi i strah. U medicinskom smislu telesna povreda ili trauma se određuje kao oštećenje telesnog i psihičkog integriteta, a telesno povređivanje je odvajanje, uništenje ili oštećenje bilo kog dela tela, dok je narušavanje zdravlja poremećaj normalnog zbivanja organizma u oblasti telesnih i psihičkih funkcija privremenog ili trajnog karaktera, pod uticajem spoljašnjih i unutrašnjih faktora. Nasuprot medicinskom, u pravnom smislu telesna povreda se definiše kao svako narušavanje integriteta tela koje je izazvano spoljnjim uzrokom, dok se oboljenje determiniše kao narušavanje unutrašnjih funkcija.³² Dakle, veštak utvrđuje postojanje povrede, mehanizam, odnosno način njenog nastanka što je veoma bitno za pitanje uzročnosti između štetne radnje i same štete. Veštak uvek vrši medicinsku kvalifikaciju telesnih povreda, odnosno utvrđuje kao što je rečeno težinu povrede i njen karakter na osnovu stepena oštećenja tela i zdravlja, a pravnu kvalifikaciju povrede vrši sud na osnovu procene činjenica, te je veštačenje samo jedan od dokaza u sklopu dokaznog postupka.³³

Nalaz i mišljenje veštaka se izrađuje pre svega na osnovu dostupne medicinske dokumentacije, kao i neposrednim pregledom oštećenog, ali validan nalaz nije uvek jednostavno dati. U tom smislu postoje problemi koji proizlaze pre svega iz činjenice da je predmet veštačenja događaj iz prošlosti, a drugi problem se koncentriše oko validnosti i potpunosti medicinske dokumentacije, dok se drugi odnosi na izjavu

31 Z. Petrović, N. Mrvić Petrović (2012), *op. cit.*, 91.

32 R. Svičević, V. Kovačević, D. Kolundžić (2010), *op. cit.*, 18.

33 *Ibid.*, 18.

oštećenog, odnosno u kojoj meri veštak treba da joj pokloni poverenje kada je u pitanju njegovog zdravstveno stanje jer postoji razlika između toga da li neko daje izjavu kao pacijent ili to učini sa određenom namerom u vezi sa sudskom sporom. Veštak treba da upotrebi svu svoju stručnost i iskustvo kada veštači događaje iz prošlosti, u kom smislu su najrelevantniji anamnestički podaci, a što se tiče medicinske dokumentacije, praksa pokazuje da je ona neažurna i da nije pravilno i popuno vođena. Iskazu oštećenog veštak treba da priđe sa oprezom i da mu ne poklanja bezrezervno poverenje, već da je kritički sagleda i oceni u kojoj meri je isti realan sa zatečenim stanje.³⁴

Iz navedenog sledi da je primat u izradi nalaza i mišljenja veštaka da bude izrađen objektivno i u skladu sa pravilima struke, međutim, ovakva težnja nije uvek lako ostvariv cilj. Tome ne doprinosi samo nedostatak ili nedovoljna preciznost medicinske dokumentacije, već i nedovoljno objektivni iskaz oštećenog u pogledu svog zdravstvenog stanja i doživljenog osećaja sopstvenog povređivanja. Ovo je i razumljivo, budući da je iskaz oštećenog, bilo koji je dat veštaku prilikom pregleda, bilo koji je neposredno dat na glavnoj raspravi, sračunat na uspeh u sporu, te mu stoga ni sud ne može pokloniti dovoljno veliki stepen dokaznog kredibiliteta jer mu nedostaje objektivnost. Upravo iz tog razloga iskaz oštećenog je subjektivni dopunski kriterijum odmeravanja visine naknade štete o čemu će preciznije biti reči docnije.

3.3.2. Iskaz oštećenog kao dopunski kriterijum utvrđivanja visine naknade nematerijalne štete

Iskaz stranaka predstavlja dokazno sredstvo predviđeno Zakonom o parničnom postupku iz koga sud utvrđuje bitne činjenice koje su od značaja za meritorno rešenje spora.³⁵ U konkretnom slučaju iz iskaza oštećenog sud treba da utvrdi na koji način i u kojoj meri, odnosno intenzitetu se štetni događaj odrazio na lična dobra oštećenog i kako se uopšte on reflektovao na moralnu imovinu oštećenog. Takođe, na taj način se procenjuje neravnoteža koju je šteta izazvala u unutrašnjem životu oštećenog i na koji način je on sam doživeo užtrb koji ga je zadesio. Naravno, cilj oštećenog je da ishoduje odluku u svoju korist, odnosno da iskazuje o štetnom događaju i razmeri štete na taj način da kod suda izazove uverenje da ga je štetni događaj pogodio u

34 *Ibid.*, 29–31.

35 Vid. čl. 276 ZPP.

velikoj ili što većoj meri, kako bi sud dosudio i odmerio veći novčani iznos kao satisfakciju koju mu na taj način presudom pruža. Drugim rečima, iskaz oštećenog je sračunat na uspeh u sporu i subjektivnog je karaktera, te stoga ima najmanji stepen dokaznog kredibiliteta u odnosu na ostale dokaze. I ovaj dokaz, naravno, kao i svaki drugi, sud ceni na osnovu slobodnog sudijskog uverenja kada obrazlaže dužinu trajanja intenzitet nematerijalne štete čiji su vidovi fizički i duševni bolovi usled naruženosti i umanjenja opšte životne aktivnosti, kao i strah.

3.3.3. Sudske skale odmeravanja visine naknade štete

Navedene tzv. „sudske skale odmeravanja visine naknade štete“ su smernice date prvostepenim sudovima od strane sudova više instance, a koje predstavljaju ništa drugo do najčešće dosuđivane novčane iznose koji prema stavu viših instanci predstavljaju pravičnu satisfakciju za povređeno lično dobro oštećenog u konkretnoj situaciji. Ovakve skale su formirane na sednicama prakse sudskih odeljenja i variraju u zavisnosti od vrste spora, odnosno načina na koji se dogodila povreda pravom zaštićenog dobra oštećenog. Ono što je važno napomenuti je da se one stalno menjaju s obzirom na obavezu suda da odmeri visinu novčane naknade nematerijalne štete prema cenama u momentu presuđenja.³⁶ Prema tome i iznosi koji se dosuđuju variraju s obzirom na vreme donošenja sudske odluke, odnosno imaju tendenciju povećanja s vremenom, odnosno sa docnijim presuđenjem.

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Cilj rada nije bio da uzburka misli jurisprudencije, već da ponudi praktična rešenja i smernice u cilju zadovoljenja temeljnih načela odštetnog prava – načela integralne naknade štete i pravičnog obeštećenja. U ovom napisu su na osnovu praktičnog iskustva, ali i teorijskog znanja izneti kriterijumi koji sudu treba da budu smernice u postupku odmeravanja visine naknade štete, te u tom smislu sud treba da pođe prvenstveno od osnovnih – zakonskih kriterijuma za odmeravanje visine naknade štete, ali ne samo od njih, jer oni kako je pokazano nisu dovoljni jer ne vode potpunom i pravičnom obeštećenju upravo iz tog razloga što nisu uzeti u obzir i drugi parametri koji takođe utiču na

36 Vid. čl. 189 ZPP.

visinu naknade štete. Upravo te parametre je autor kvalifikovao kao dopunske kriterijume za odmeravanje visine naknade štete u koje spadaju veštačenje, „skale visine naknade štete“ i iskaz oštećenog, te oni uz kumulativnu primenu sa osnovnim zakonskim kriterijumima predstavljaju pouzdanu garanciju na putu ka pravičnom obeštećenju.

Dakle, sama primena osnovnih zakonskih kriterijuma za odmeravanje visine naknade štete pokazala se nedovoljnom jer ona predstavlja samo polaznu tačku od koje sud kreće u postupku odmeravanja visine naknade štete. Upravo ti kriterijumi se nalaze u sklopu obrazloženja presude koji se odnosi na primenu materijalnog prava uz konkretnom slučaju. Međutim, oni su se, kako je ukazano gore, pokazali kao nedovoljni jer ne obeštećuju oštećenog u potpunosti, budući da predstavljaju samo smernice sudu, a ne jedini pokazatelj koji ga vodi u pravcu odmeravanja jednog ukupnog novčanog iznosa na ime naknade štete koji treba da bude izrečen konačnom sudskom presudom. Kumulativnom primenom kako osnovnih zakonskih kriterijuma za odmeravanje visine naknade štete, tako i dopunskih kriterijuma u vidu veštačenja koje podrazumeva procenu učinjenu od strane lica odgovarajuće struke u čijem je domenu šteta nastala, zatim polazeći od tzv „skala procene visine naknade štete“ koje su kreirane od strane sednica građanskih odeljenja najviših sudskih instanci u pogledu najčešće dosuđivanih iznosa naknade štete u istoj ili sličnoj situaciji, te ceneći iskaz oštećenog na okolnost sopstvenog doživljaja razmera povrede njegovih ličnih dobara, sud donosi konačnu ocenu o visini novčanog iznosa na ime obeštećenja. Sleđenje ovih kriterijuma dakle i osnovnih i dopunskih ne predstavlja nepogrešivu matematičku formulu koja vodi tačnom rezultatu u vidu pravilno odmerenog iznosa, ali svakako da ima za cilj da tas na vagi pomeri bliže polu na kome stoji pravično obeštećenje i integralna naknada kao stubovi temeljci domaćeg odštetnog prava. Procena učinjena od strane suda, budući da se čini od strane čoveka kao nesavršenog bića uvek je podložna subjektivnosti, ali procena visine naknade štete koja prolazi kroz filter kako osnovnih, tako i dopunskih parametara ima za cilj da objektivizira konačnu odluku o visini naknade štete za koju sud smatra da je pravična.

Konačan sud o visini naknade štete koja se dosuđuje, kumulativnom primenom osnovnih i dopunskih kriterijuma lišava sudsku odluku arbitrnosti jer visina naknade štete biva obrazložena procenom sa stanovišta svih filtera kroz koje ona prolazi počev od kriterijuma koje

je propisao zakonodavac, ali i nadovezujući se i na kriterijume u vidu procene veštaka, stavova sudske prakse u pogledu često dosuđivanih iznosa, kao i na iskaz oštećenog koji ima priliku da da sopstvenu procenu u kojoj meri su iz njegovog ugla povređena njegova prava na ličnim dobrima čiju zaštitu u parničnom postupku zahteva. Ako imamo u vidu staru Ciceronovu izreku *Iustitia omni auro carior* koja znači da je pravičnost skupocenija od sveg zlata, a ukoliko kumulativna primena navedenih osnovnih – zakonskih kriterijuma i dopunskih kriterijuma ima za cilj da vodi ka pravičnom obeštećenju, onda je svaki dosuđeni iznos oličenje pravičnog postupanja suda, vredniji od bilo kakvog zlata, što će reći od bilo kakvog procenjenog novčanog iznosa koji je odmeren sudskom presudom ukoliko je sud primenio sve iznete kriterijume iz izgradio svoju odluku na osnovima vrednosti pravičnosti i pravičnog postupanja.

Dakle, iz kumulativne primene kako osnovnih – zakonskih tako i dopunskih kriterijuma u vidu veštačenja, „skala“ visine naknade štete i iskaza oštećenog odmeravnje visine naknade štete je kako pravno pitanje, tako i činjenično. Pravni element odmeravanja visine naknade štete se sastoji u primeni zakonom predviđenih parametara za odmeravanje visine koji su ujedno i merodavni pravni osnov prilikom presuđivanja, dok se faktički element upravo sastoji ne samo u odmeravanju jednog ukupnog iznosa, već i u primeni van pravnih parametara kakvi su veštačenje od strane sudski veštaka odgovarajuće – van pravne struke, sudskih „skala“ visine naknade štete, što je faktičko pitanje procene suda u vidu statistički najčešće dosuđivanih iznosa u sličnoj situaciji kada je šteta proistekla iz sličnog štetnog događaja, kao i iskaz oštećenog, kakvo iskazivanje takođe ima faktički karakter. Prema tome, odmeravanje visine naknade štete je jednako i pravno i faktičko pitanje jer su ta dva elementa dve strane jedne iste medalje, koji se ne mogu razdvojeno posmatrati, što je ovde i bio cilj da se pokaže i dokaže.

Na ovom mestu valja pomenuti i drugu latinsku izreku koja se nadovezuje na pređašnje rečeno *Inaudita causa quemquam damnari aequitas non patitur* koja znači da pravičnost ne dopušta da iko bude osuđen bez saslušanja razloga, što ukazuje na neophodnost da sud u kriterijume odmeravanja visine naknade štete uzme u obzir i iskaz oštećenog, što nam dalje ukazuje na potrebu primene dopunskih kriterijuma uz osnovne – zakonske. Na kraju krajeva, pravo je po definiciji umeće dobrog i pravičnog – *Ius est ars boni et equi*, te prema tome

primena dobrih kriterijuma za odmeravanje visine naknade štete, što je ništa drugo do sveobuhvatna primena kako osnovnih, tako i dopunskih zakonskih kriterijuma za odmeravanje visine naknade štete, treba da konačnu odluku učini pravičnom kako sa stanovišta oštećenog, koji se dosuđenim iznosom neće neosnovano obogatiti na tuđ račun, tako i iz ugla posmatranja štetnika koji isplatom dosuđenog iznosa neće osiromašiti. To je jedini siguran put da pravo ostane umeće, a ne matematička formula za merenje štete i visine naknade jer ni sud nije poput trgovca, a kantar kojim sud meri nije pokazatelj mernih jedinica, već sistema zakonom utemeljenih vrednosti, ali i onih koje proizlaze iz duha celokupnog pravnog sistema, ali i iz veštine i vrline onoga koji je u poziciji da odlučuje – presuđuje. Zato je i umeće.

Vladislava Milić, PhD

Judge, Third Basic Court in Belgrade, Serbia

THE PROCEDURE FOR MEASURING THE AMOUNT OF DAMAGES AND COMPENSATION FOR DAMAGES

Summary

Compensation for caused damage is a cornerstone of modern legal civilization and reflects social awareness of responsibility for actions and their consequences, impacting both material and non-material property protected by law. The legal objective is to restore balance by repairing material damage through reparation and addressing non-material damage via monetary compensation for subjective satisfaction. Assessing compensation, particularly for non-material damage, is complex due to the intangible nature of personal rights and the lack of material expression. Legal criteria, such as those in Article 200 of the Law on Obligations, provide a foundation but are insufficient to ensure fair and integral compensation. These criteria serve as a starting point but must be supplemented by factual parameters, including expert testimony, judicial scales, and the injured party's statements, to form a comprehensive assessment. The cumulative application of legal and factual criteria ensures fair compensation, avoiding unjust enrichment or excessive impoverishment. It guarantees full but not excessive

restitution, aligning with fundamental principles of compensation law. Thus, assessing damages involves both legal and factual evaluations, enabling courts to determine appropriate monetary awards that restore balance and satisfy legal principles of fairness and completeness.

Key words: *Damage compensation. – Basic legal criteria. – Supplementary criteria. – Principle of fair compensation. – Principle of integral compensation of damage.*

LITERATURA

- Crnić I., *Utvrđivanje iznosa novčane naknade neimovinske štete*, Zagreb 2013.
- Ilkić Z., Naknada nematerijalne štete prouzrokovane telesnim povređivanjem ili narušavanjem zdravlja, *Glasnik advokatske komore Vojvodine* 84(6)/2012.
- Kalođera M., *Naknada neimovinske štete*, Zagreb 1941.
- Medić D., Značaj vještačenja u parnicama za naknadu nematerijalne štete, *Časopis Vještak iz oblasti teorije i prakse vještačenja na području Bosne i Hercegovine* 1(1)/2014.
- Petrović Z., Mrvić Petrović N., *Naknada nematerijalne štete*, Beograd 2012.
- Svičević R., Kovačević V., Kolundžić D., *Veštačenje nematerijalne štete*, Beograd 2010¹.

Article history:

Received: 24. 10. 2024.

Accepted: 27. 11. 2024.

*Maja Milojević Kolarević**

VAT IMPLICATIONS OF TRANSFER PRICING IN SERBIA – JOINING THE INCOMPATIBLE

Adjustments to transfer pricing (TP) have been a subject of intense scrutiny within international taxation and customs procedures. This paper provides a comprehensive survey of global practices and regulatory frameworks, focusing on Serbia's legal approach influenced by OECD standards and EU regulations. It examines the alignment of related party transactions with the arm's length principle, the impact of TP adjustments on corporate income tax (CIT), value-added tax (VAT), and customs valuation, and the challenges faced by multinational enterprises (MNEs). The study argues that TP adjustments should be considered outside the scope of indirect taxation due to their intrinsic characteristics. Through a comparative analysis of practices in the USA, Canada, and various EU member states, the paper highlights the need for clear guidance from Serbian authorities to ensure legal and fiscal consistency. The findings suggest adopting a U.S.-like five-factor test for TP adjustments concerning customs valuations to provide a clearer compliance route. The paper concludes with recommendations for synchronizing VAT and customs legislation with international standards to enhance compliance and reduce tax evasion risks.

Key words: *Transfer pricing. – TP adjustment. – Customs value. – VAT base. – Open market value.*

1. INTRODUCTORY REMARKS

The term “multinational entities” or “multinational corporations” (hereinafter: MNEs) refers to organizations operating in multiple countries,¹ with over 60% of global trade occurring between

* The author is a PhD student at the Union University Law Faculty in Belgrade, Republic of Serbia, maja.milojevic@hotmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8248-8884> (Republika Srbija).

1 Eurostat, “Glossary: Multinational enterprise (MNE)”, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Multinational_enterprise_

associated enterprises.² Such business operations are subject to a variety of regulatory, legal, and tax requirements. From a corporate income tax perspective, the treatment of MNEs is of considerable importance. There is a specific emphasis on reforming international tax rules to ensure that MNEs contribute a fair share of tax in all the countries where they operate and to address issues of tax avoidance.³ This focus is particularly crucial given the significant role that MNEs play in the global economy.⁴

To ensure that transactions between related entities are conducted at prices comparable to those that would be paid between unrelated parties, it is necessary to implement adjustments to the prices of these transactions, referred to as transfer pricing adjustments (hereinafter: TP adjustments). TP adjustments entail the correction of pricing between two or more related parties within the same corporate group, either during the fiscal year or at its end, to ensure that the pricing policy applied between related entities throughout the year adheres to the arm's length principle.

Practically, many MNEs establish a Transfer Pricing (TP) policy based on forecasts to apply to all transactions over the financial year. These transactions are typically evaluated annually for their compliance with the arm's length principle across various tax jurisdictions. However, since forecasts often diverge from actual outcomes, TP adjustments are necessary to align the actual business performance with the arm's length benchmark. This ensures that the prices and profits reported by the involved entities accurately reflect what would have emerged in dealings between independent parties.

(MNE)#:~:text=A%20multinational%20enterprise%2C%20abbreviated%20as%20MNE%20and%20sometimes,or%20delivering%20services%20in%20more%20than%20one%20country, 25. 3. 2024.

- 2 OECD, WTO & UNCTAD, Report prepared for submission to the G20 Trade Leaders' Summit in Saint Petersburg, Russian Federation, September 2013: Implications of Global Value Chains for Trade, Investment, Development and Jobs, 2013, 8, https://unstats.un.org/unsd/trade/events/2013/foc/docs/5%20-%20G20%20-%20Implications_of_Global_Value_Chains%20-%20July%202013.pdf, 25.3.2024.
- 3 OECD, "Base erosion and profit shifting (BEPS)" (BEPS Project set out 15 Action plans to address tax avoidance, ensuring that profits are taxed where economic activities generating the profits are performed and where value is created), <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>, 20.4.2024.
- 4 Jens Wittendorff, Transfer Pricing Adjustments and Length Principle in International Tax Law, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2016, 2-3.

The significance of TP adjustments extends beyond their impact on corporate income tax. It is equally important to determine how such adjustments affect the VAT and customs treatment of relevant transactions, which shall be the primary focus of this article. Namely, customs perspective aims to tax imports on objective price within parties involved, while VAT perspective offers only certain limitations to the matter which shall be discussed later on. When put together, TP and indirect taxation have historically created a “grey zone” under which MNEs have had to operate without knowing exactly how to be in compliance with both sets of rules – i.e. transfer pricing rules and EU customs valuation law and VAT – at the same time.⁵

The analysis, conducted under Serbian law, primarily examines EU VAT regulations as Serbia aims to align its VAT legislation with the EU. The author employs a comparative approach to analyse the legislation and practices of both EU and non-EU countries, aiming to derive valuable insights and potential solutions that could be beneficial for addressing similar issues in Serbia. This method allows for a broader understanding of how different jurisdictions handle TP adjustments and their implications for VAT and customs, thereby providing a more comprehensive perspective on possible strategies and best practices that could be adopted. It should be noted that there is limited literature available on this topic, so the deductive method is mainly employed to interpret the provisions of the law, with reference to significant views found in the literature. The article will outline TP principles, define key VAT terms, examine TP adjustments’ effects on VAT and customs, explore the relationship between direct and indirect taxes, and conclude with insights on future trends in this field.

2. INCOME TAX PERSPECTIVE

2.1. Arm’s length principle and income tax

The arm’s length principle is a cornerstone in the realm of international taxation, particularly concerning transfer pricing. Globally recognized and embedded in guidelines issued by Organisation for Economic Co-operation and Development (hereinafter: OECD) it is adopted by many countries to ensure equitable taxation and appropriate

5 Juha Tuominen, “European Union – The Link between Transfer Pricing and EU Customs Valuation Law: Is There Any and How Could It Be Strengthened?”, *International Transfer Pricing Journal* 6/2018, 436.

taxation of related parties based on their economic activities. The arm's length principle serves to prevent the manipulation of transfer pricing and the shifting of profits across jurisdictions to evade taxation. Compliance is monitored through audits, where tax authorities may adjust prices to market rates and impose penalties for non-compliance.

2.2. TP adjustments

As previously stated, TP adjustments in corporate income tax correct intra-group transaction prices to comply with the arm's length principle, ensuring related entities transact as if they were independent parties.

In Serbia, the regulation of TP adjustments is governed by the Corporate Income Tax Law (CIT Law) ⁶ and the Transfer Pricing Rulebook⁷ which align with international standards and OECD guidelines. Taxpayers must document transfer prices in accordance with the arm's length principle, reflecting necessary adjustments in their CIT return and tax assessment form. Compliance is enforced by tax authorities through audits, which may mandate TP adjustments as required.

The impact of TP adjustments on CIT can be twofold:

1. Income Adjustment: TP adjustments can raise or lower the taxable income of related entities, depending on whether the initial pricing was below or above the arm's length standard.
2. Other tax Implications: TP adjustments can have direct tax implications, including potential changes in tax liabilities, tax credits, or deductions. The adjusted income resulting from TP adjustments will be subject to the applicable CIT rate, potentially affecting the overall tax liability of the related entities involved.
3. VAT

6 Corporate Income Tax Law – CIT Law, *Official Gazette RS* No. 25/2001, 80/2002, 80/2002 – other law, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 – other law, 142/2014, 91/2015 – auth. Interpretation, 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020 and 118/2021 – Serbian CIT Law.

7 Rulebook on transfer pricing and methods applied on the principle of arm's length in determining the price of transactions between related entities, *Official Gazette RS* No. 61/2013, 8/2014, 94/2019 and 95/2021.

3.1. General remarks

When discussing TP adjustments from a VAT perspective, it is essential to comprehensively examine the terms “taxable amount for VAT purposes” and “open market value”, particularly in relation to the widely used term “fair market value” in corporate taxation. Theoretically, the VAT system is inherently resistant to tax avoidance related to transaction pricing, as the VAT due from one taxable person constitutes another taxpayer’s input VAT. Consequently, transactions where the full deduction right can be exercised should not impact the budgetary income (tax revenue) from VAT in any manner.⁸

It should be noted that Serbia introduced VAT into its tax system in 2005, thereby replacing the sales tax.⁹ The VAT legislation in Serbia aims to harmonize with the EU’s VAT regulations, primarily with the VAT Directive¹⁰, to the extent appropriate given that Serbia is still a non-EU member state.

3.2. Taxable amount

Under Serbia’s VAT Law, the taxable amount is the total payment, either monetary or in-kind, that a supplier is entitled to for goods or services provided, excluding VAT but including import duties and additional costs. If compensation is in-kind, the market price at the supply date serves as the tax base. When no comparable price is available, the tax base should be no less than the purchase cost or expenses incurred to acquire the goods or services.¹¹

Thus, the taxable amount for VAT is based on a subjective valuation agreed upon by the parties to the taxable transactions, in line with the principles stated in the VAT Directive.¹² This approach is sup-

8 Krzysztof Lasiński-Suleck, “Impact of Transfer Pricing Adjustments for VAT and Customs Law Purpose”, *International Transfer Pricing Journal* 3/2013, 176.

9 Value Added Tax Law – VAT Law, *Official Gazette RS*, No. 84/2004, [...]72/2019, 8/2020, 153/2020 and 138/2022.

10 Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax – VAT Directive, *Official Journal*, L 347 11.12.2006, p. 1 (VAT Directive).

11 VAT Law, Art. 17b.

12 VAT Directive, Arts. 72, 76, 78.

ported by various European Court of Justice cases¹³ and affirmed by a Serbian Ministry of Finance ruling¹⁴ which states that VAT laws do not provide alternative methods for determining taxable amounts when the remuneration received is lower than the purchase value of the goods.

3.3. Open market value

The subjective taxation principle may be vulnerable to tax evasion in transactions among related entities, such as setting lower prices or presenting falsely lower invoice amounts. Consequently, VAT legislation in both Serbia and the EU includes safety measures for transactions between related parties, such as open market value as an anti-abuse measure. However, open market value as anti-abuse measure differs from the goal intended to be achieved by prescribing transfer pricing rules introduced by direct taxes, which concern the correct allocation of the corporate income tax base for multinational enterprises among different tax jurisdictions.¹⁵

The VAT Directive stipulates that for supplies involving family or other close personal ties, management, ownership, membership, financial, or legal ties as defined by the Member State, the taxable amount is to be the *open market value* if the recipient is not entitled to deduct input VAT.¹⁶ The open market value represents the amount payable for the same supplies (goods/services) by a customer under conditions of fair competition at arm's length within the territory of the Member State. If no comparable supply can be determined, the open market value will mean: (a) the purchase price for the same or similar goods, or the cost price in the absence of a purchase price, and

13 Judgment of the Court (First Chamber) of 20 January 2005, Case C-412/03, *Hotel Scandic Gåsabäck*, ECLI:EU:C:2005:47, para. 21; Judgment of the Court (Eighth Chamber) of 9 June 2011, Case C-285/10, *Campsa Estaciones de Servicio*, ECLI:EU:C:2011:381, para. 28.

14 Law on tax procedure and tax administration – LATA, *Official Gazette RS* No. 80/2002 [...] 138/2022 envisages that all guidelines, rulings, and explanations issued by Ministry of finance are binding for actions of the Tax Authority for the purpose of uniform applicability of tax regulations.

15 Jelena Ž. Kostić, Miloš R. Vasović, “Pravilo o transfernim cenama kao anti-abuzivna mera u zakonodavstvu EU i praksi Suda pravde EU”, *Strani pravni život* 3/2024, 387–401.

16 VAT Directive, Art. 80.

(b) an amount that is not less than the full cost to the taxable person of providing the service for services.¹⁷ The open market value regime is allowed under the VAT Directive but must be implemented individually by each Member State¹⁸, where certain deviations and specifics are permitted.¹⁹ At the beginning of 2023, the same provision was introduced in Serbian VAT legislation²⁰, aiming to significantly align with the VAT Directive and was represented as one of the key implementation areas.²¹

Unlike income taxation, where the arm's length principle aims to reduce the probability of economic double taxation, the open market value is clearly a special anti-avoidance measure and constitutes a legal fiction applied for VAT purposes.²²

3.4. Adjustment of price

VAT legislation stipulates that price corrections may occur for various reasons, including the calculation of auxiliary costs or discounts, the return of goods, and the subsequent fulfilment of conditions for tax exemption, but is in essence based on subjective principle as VAT affect expenses related to consumption.²³ When a price correction occurs, an appropriate document (credit or debit note) must be issued, containing the elements prescribed by the Rulebook on VAT. It should be noted that this list is not exhaustive but is provided as illustrative examples.

17 VAT Directive, Art. 72.

18 This option has been introduced in its entirety in Austria, Bulgaria, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Croatia, Hungary, Ireland, Italy, Lithuania, Poland, Portugal, Romania, Slovenia, Spain, and Sweden (ed. F. Annacondia), *EU VAT Compass 2017/2018*, IBFD, Netherlands 2018, 654–655.

19 For example, the France uses open market value solely when it comes to immovable properties and Hungary envisages that no open market value is applicable if consideration is determined by the law. *Ibid.*, 653.

20 Law on amendments of the VAT Law, *Official Gazette RS*, No 138/2022.

21 The most significant solutions proposed in order to further harmonize with EU regulations refer to prescribing a special tax base for supplies performed between related parties (where the acquirer does not have the right to deduct input VAT, The proposal on the VAT Law amendment, page 5 at the following link [2511–22.pdf \(parlament.gov.rs\)](#). 25.4.2024.

22 K. Lasiński-Suleck, *op. cit.*, 177

23 J. Kostić, M. Vasović, *op. cit.*, 391.

4. CUSTOMS VALUE

4.1. General remarks

The principles of customs valuation are established in the World Trade Organization's Customs Valuation Agreement²⁴ and these rules have been transposed into EU customs legislation²⁵ and, as previously mentioned, Serbian (customs) legislation has been extensively harmonized with EU customs legislation.

4.2. Transactional value

The Customs Act specifies that the primary method for assessing the customs value of goods is the transaction value, which is the actual or due price when goods are sold for export to Serbia.²⁶ This encompasses all payments made by the buyer to the seller or to a third party for the benefit of the seller. If the transaction value is not applicable, the Customs Act prescribes alternative methods for valuing imported goods. The transactional price method is used when the seller and buyer are not related. If they are related, it can still be used if their relationship hasn't influenced the price.²⁷ Otherwise, secondary methods are applied. This principle of using the transaction value is upheld in both international and EU law, with deviations only in specific cases outlined by law.²⁸

Customs transfer pricing rules are designed to prevent the underpayment of duties in related-party transactions by ensuring the

-
- 24 Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994.
- 25 The EU customs legislation comprises of the Union Custom Code, Commission Implementing Regulation (EU) 2015/2447, Commission Delegated Regulation (EU) 2015/2446, Commission Delegated Regulation (EU) 2016/341 as well as of Guidance on customs valuation as set out in the EC Customs Valuation Compendium. *2022 EU Valuation Compendium EN.pdf* (europa.eu), 10.11.2024.
- 26 Serbian Customs Act, *Official Gazette* No. 5/2018, 91/2019 – other law, 144/2020, 118/2021 and 138/2022) – Serbian Customs Act, Arts. 52 and 53; Regulation (EU) No 952/2013 of the European Parliament and of the Council of 9 October 2013 laying down the Union Customs Code – UCC, Art. 70.
- 27 Serbian Customs, Arts. 52 and 53; UCC, Art. 71.
- 28 Saul L. Sherman, Hinrich Glashoff, Bernard M. Field, *Customs Valuation: Commentary on the GATT Customs Valuation Code*, Kluwer Law, Deventer 1988, 105.

correct transactional value and duties, rather than implementing OECD Model Convention Article 9. Adjustments for customs purposes do not alter contracts and are considered a legal fiction for valuation. TP adjustments must be directly related to the goods and quantifiable i.e. adjustments unrelated to the goods, such as market contributions, do not affect the customs value. It is important to emphasize that any subsequent price alteration can only be made if the adjustment is related to the goods and is measurable. Therefore, adjustments like market contributions or any unrelated factors cannot be considered in determining the customs value.

In addition, it should be noted that a simplified (so-called incomplete) customs declaration may be utilized only in specific cases, such as when not all data required for determining the customs value are known at the time of import, and if such a procedure is approved by the customs authority.²⁹ For the applicability of a simplified customs declaration, it is crucial that the unknown data can be specifically measured and identified which is not always relatable when discussing TP adjustments. Given the complexities of TP adjustments, it could be argued whether this type of declaration would be permissible if there is no possibility to determine the value for each imported good or individual declaration.³⁰

4.3. *Integrated Perspectives on TP, Customs and VAT*

It can be argued that the purpose of transfer pricing and customs valuation rules is somewhat similar: both aim to ensure that the pricing of cross-border intercompany transactions is based on objective international principles, ensuring that prices are not influenced by the relationship between the parties and that no artificial or arbitrary values are used.³¹ However, the ultimate motivations of tax authorities, customs authorities, and VAT authorities differ. Customs authorities aim to maximize customs duties, which is achieved when the value of

29 Union Customs Code, Art 166 and Serbian Customs Law, Art. 145 which further elaborate on conditions for applicability of simplified customs declaration.

30 This could be the case when transactional net margin method is applied as refers to profit split and difficulties may exist related to the fact on how to identify each of the items imported and their price amendments.

31 J. Tuominen, *op. cit.*, 446.

imported goods is high.³² Tax authorities seek to maximize tax revenues, which is facilitated when the value of imported goods is low, as this results in higher recorded profits and, consequently, higher taxes.³³ From a VAT perspective, the focus is on ensuring that the taxable amount for VAT purposes accurately reflects the market value of the goods or services, preventing tax evasion and ensuring fair competition. Thus, VAT authorities are concerned with the correct valuation to ensure proper VAT collection and compliance.

In conclusion, while the objectives of TP, customs valuation, and VAT rules may align in their pursuit of fair and objective pricing, the differing motivations of the respective authorities create a complex landscape for MNEs. Understanding these nuances is crucial for ensuring compliance and optimizing tax and duty outcomes in cross-border transactions.

5. THE EU APPROACH

Article 72 of the VAT Directive defines “open market value” as the amount that would be paid between independent parties, incorporating the arm’s length principle from OECD guidelines. This highlights the link between transfer pricing and VAT. Article 80 lists situations where the taxable amount for transactions between related parties should be the open market value to prevent tax evasion. Although optional for Member States, many have adopted this provision to ensure accurate tax collection and fair competition.

Given the complexities and lack of provisions on the matter, the VAT Expert Group (VEG) issued an Expert Opinion in 2018 (VEG Report).³⁴ The VEG Report serves as a guideline for the VAT treatment of TP adjustments, stating that TP adjustments should be outside the scope of VAT when both parties have full VAT recovery rights. However, if one party does not have full recovery rights, a VAT

32 Customs authorities do perform customs calculation per item classified in appropriate customs nomenclature.

33 OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*, OECD Publishing, Paris 2022.

34 Paper on topic for discussion Possible VAT implication of Transfer Pricing (VEG Report), VAT Expert Group, *EU Commission*, No 71, 1(2018)2326098 – EN, April 2018.

adjustment may be required if there is a direct link between the adjustment payments and specific supplies.³⁵ The VEG Report suggests that a TP adjustment could be an adjustment of a previous taxable supply, additional consideration for the same supply, or even outside the scope of VAT.³⁶

In the absence of explicit rules, each case must be individually assessed to determine the correct VAT and customs treatment, based on whether there is a direct connection to the original transaction. If a TP adjustment is related to the initial supply, it implies that the prices of the original transactions have been altered, and the VAT treatment of the TP adjustment should align with that of the initial supply. Establishing a “link” requires that the TP adjustment be divisible, allowing a portion of the adjustment to be associated with each individual product sold or service rendered, ensuring that the payment corresponds to the actual value of the supply.³⁷

For customs purposes, similar principles apply as for VAT. The Customs Act mandates that the transaction value reflects the actual price paid or payable for the goods. Any price amendments must be linked to specific imports and the prices paid for each type of good. If there is no direct connection to the initial supply, the adjustment is presumed to achieve an agreed profit margin and is not considered a taxable transaction or consideration, thus falling outside the scope of VAT.

The tax implications of a TP adjustment depend on whether a direct link to the initial supply can be established. The contractual relationship between parties is also crucial in determining the tax nature of the TP adjustment. If the contract specifies how to handle TP

35 VEG Report, 2.

36 VEG Report, 3.

37 VEG Report, Direct and Indirect link with initial supply, 7. Furthermore, it is argued that TP adjustment as per its nature cannot form direct link. Such reasoning for direct link can be found in ECJ practice, see. Judgment of the Court (Eighth Chamber) of 2 June 2016, C-263/15, *Lajvér Meliorációs Nonprofit Kft., Lajvér Csapadékvízrendezési Nonprofit Kft. v Nemzeti Adó- és Vámhivatal Dél-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága*, ECLI:EU:C:2016:392 (NAV). Serbian VAT Law prescribes that the VAT base is a remuneration received for supplies and emphasizing the link between the remuneration and supplies i.e. the supplies must be specified. This is confirmed in the Rulings issued by Ministry of finance in Serbia. See Ruling No. 011-00-00928/2019-04 since 13.2.2020.

adjustments, that guidance should be followed. According to the VEG Report, if a contract characterizes a TP adjustment as a profit split or adjustment, it is considered an allocation of profit without a sufficient link to the supply, thus not subject to VAT or customs. Conversely, if the adjustment is linked to the supply, it is subject to taxation.

Even if there is no price correction, it is advisable to prepare documentation for corporate income tax and transaction records.³⁸ The document should be carefully prepared, as naming it an invoice may lead tax authorities to consider it proof of supplies and impose VAT.³⁹ The VEG suggests using a description like “Transfer Pricing Payment Request” for documents related to TP adjustments that are outside the scope of VAT.

The VEG paper explicitly stated that this discussion is for VAT purposes, although such correction may be of influence for customs purposes. Therefore, a significant part of the issue remains untacked or, at least, not sufficiently tackled. However, at the moment there are no ECJ cases available which specifically deal with the handling for VAT purposes of TP adjustments⁴⁰, but the significant ECJ case related to customs treatment of TP adjustment has been released in 2016 and its main effect will be elaborated in a more detail below since the related member state dealt with is issue in 2022 providing the most recent practice of EU Member states.

As mentioned earlier, the EU has not provided statutory guidance on using transfer pricing documentation for customs purposes. In contrast, the World Customs Organization has adopted instruments providing such guidance, which will also be mentioned in this article.⁴¹

38 Article 7a of the Serbian CIT Law stipulates that undocumented expenses will not be considered deductible for CIT purposes.

39 Art. 42 of the VAT Law imposes that the invoice should be issued for each of the supply of goods/services. If the document is named *invoice*, it could be argued that such document represents a proof of supply and consequently to treat such document as a proof of VAT-supply.

40 There are cases that address specific VAT issues and can be used to argue important points such as direct links and remuneration for transactions. However, there are no cases specifically related to TP adjustments from a VAT perspective.

41 Michiel Friedhoff, Martijn Schippers, “ECJ Judgment in Hamamatsu Case: An Abrupt End to Interaction Between Transfer Pricing and Customs Valuation?”, *EC Tax Review* 1/2019, 37.

5.1. Hamamatsu case⁴²

The Hamamatsu case is the one of the rare (if not the only one) example of EU authorities deciding on TP adjustment and starting to form much needed practice of the EU member states. Therefore, it is of utmost importance to give a short remark on main findings of the ECJ in respective case and further practice or related EU member state.

Hamamatsu GmbH is a German company, a part of group of companies whose parent company is established in Japan. Hamamatsu acts as distributor of optoelectronic devices, systems and accessories.⁴³ The respective goods are bought by parent company which charges the price determined in accordance with advanced price agreement (APA) concluded between that group of companies and the German tax authorities, which were checked on regular basis and, if necessary, adjusted to correspond to arm's length principle.⁴⁴

The APA provides that the consideration paid by Hamamatsu to purchase the goods sold allows Hamamatsu Photonics a target profit. However, Hamamatsu accounted for an operating margin below the threshold agreed upon in the APA and the parent company carried out a downward adjustment to allow the achievement of the target profitability. Hamamatsu filed a refund claim for the higher customs duties paid on the price that was declared to customs at the time of importation, but there was no allocation of the adjustment amount to the individual imported goods.⁴⁵ Customs, at that stage, did not seem to have challenged the carrying of adjustments but refused the refund claim, arguing that no allocation of the adjustment to the individual imported goods was made.⁴⁶

The decision of the ECJ remain rather vague stating that legislation in force does not allow for an agreed transaction value, composed of an amount initially invoiced and declared and a flat-rate adjustment made after the end of the accounting period, to form the basis for the

42 Judgment of the Court (First Chamber) of 20 December 2017, Case C-529/16, *Hamamatsu Photonics Deutschland GmbH v Hauptzollamt München*, ECLI:EU:C:2017:984.

43 *Ibid.*, para 13.

44 *Ibid.*, para 14.

45 *Ibid.*, para 17 and 18.

46 *Ibid.*, para 19.

customs value, without it being possible to know at the end of the accounting period whether that adjustment would be made up or down.⁴⁷

In 2022 the German Federal Fiscal Court (or: *Bundesfinanzhof* “BFH”), the Highest court for tax related matters in Germany, gave its final judgement in the Hamamatsu case.⁴⁸ The BFH followed the ECJ’s decision and denied the refund claim based on downward adjustment stating that for both, upwards and downwards adjustments, it is unknown at the decisive moment of acceptance of the customs declaration whether the transfer price (which was declared as definitive) is to be adjusted at all and if, applicable whether the adjustment will be upwards or downwards.⁴⁹ BFH further states that the custom valuation methodology is transactional value or any alternative valuation methodology which in essence refers to price paid or to be paid by importer. As the initial price was considered as transaction value at the moment of import, any subsequent adjustment should be considered as irrelevant for customs purposes, as the customs value reflect the “real economic value” at the time of importation, so any amendment occurred afterwards should be irrelevant.

Although this judgement is applicable only in Germany, its reasoning is quite important as it will most definitely have a strong echo in the development of the EU practice regarding of TP adjustments from a customs valuation perspective. It remains to be seen how other EU customs authorities and the European Commission will respond to the BFH’s judgement.

5.1.1. Discussion on conclusions in Hamamatsu case

The Court’s decision in Hamamatsu is clear from an EU customs law perspective: retroactive TP adjustments cannot alter the declared customs value if such adjustments are unknown at the time of importation. The case raised the question of whether the transaction value method, based on the Profit Split Method (PSM) for transfer

47 *Ibid.*

48 Jaap Huegens Wajer, Nicole Looks, “Germany: The Hamamatsu TP/customs valuation case comes to a surprising conclusion”, [https://www.globalcomplianceupdate.com/2022-10-13-the-hamamatsu-tp-customs-valuation-case-comes-to-a-surprising-conclusion-_10132022/](https://www.globalcomplianceupdate.com/2022/11/06/https-www-internationaltradecomplianceupdate-com-2022-10-13-the-hamamatsu-tp-customs-valuation-case-comes-to-a-surprising-conclusion-_10132022/), 21.5.2024.

49 *Ibid.*

pricing, is permissible under EU customs law. The PSM involves retroactive lump-sum adjustments to ensure targeted operating margins⁵⁰, which complicates customs valuation as it requires the value of individual imported products to be known. Consequently, the PSM is generally incompatible with the transaction value method for customs purposes, as retroactive adjustments are not allowed under EU customs law.⁵¹

However, what could be argued whether the court decision would be different in case of traditional transaction methods, like the CUP method, directly connect to the price of individual products and often fulfil the criterion of knowing the price paid or payable, making them more compatible with customs valuation. If Hamamatsu had used a traditional method, the Court's decision might have required a deeper analysis, potentially allowing retroactive adjustments if they reflected the real economic value of the imported goods.⁵²

5.2. WCO Guidelines

The WCO's Technical Committee on Customs Valuation has issued several instruments outlining how to analyse the circumstances of a sale, with a particular emphasis on the use of TP studies. Several case studies which were in detail presented in Commentary⁵³ specifically address the use of TP documentation to determine whether the relationship between a buyer and seller has influenced the transaction price, highlighting that TP documents studies can be valuable for establishing the influence of relationships on transaction prices even when a profit-oriented method(s) is used.⁵⁴

50 OECD *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*, *op. cit.*

51 J. Tuominen, *op. cit.*, 446.

52 This question can be further explored in terms of the supremacy of applicable rules, such as customs and TP regulations within the EU and ECJ decisions. However, while customs legislation is incorporated into the national laws of each member state, the OECD TP Guidelines are still regarded as soft law.

53 Commentary 23.1, Examination of the expression 'circumstances surrounding the sale' under Art. 1.2 (a) in relation to the use of transfer pricing studies (adopted, 31st Session, 29 Oct. 2010, VT0774E1c), <https://www.wcotradetools.org/index.php/en/valuation/tccv-texts>, 12.11.2024.

54 M. Friedhoff, M. Schippers, *op. cit.*, 7.

In one example⁵⁵ a TP study reviewed by tax authorities and supported by Advance Pricing Agreements (APAs) demonstrated that the relationship between the parties did not affect the customs value of the goods. The conclusion was that transfer prices were not influenced by the parties' relationship. However, it should be noted that no transfer pricing adjustments were made that year. In another case, the Resale Price Method (RPM) was used, and the comparability analysis revealed that the subsidiary's gross profit margin was significantly higher than the industry range, indicating that the transfer prices were influenced by the relationship.⁵⁶ The Technical Committee concluded that the transaction value should be redetermined using an alternative valuation method. Commentary 4.1 further supports that the transaction value method should not be rejected solely due to provisions in sales contracts that may affect prices later, as such provisions can also exist in contracts between unrelated parties.

6. COMPARATIVE ANALYSIS

After presenting the key provisions of the relevant regulations in Serbia and the EU, an overview of the approaches taken by the USA and Canada will be presented, given the lack of a clear stance on the matter in both the EU and Serbia. Additionally, as legislative framework of the EU is already presented, a national cases and/or legislation of specific EU member states will be presented for discussion purposes, to the extent available. Furthermore, the analysis will address rules that may create legal uncertainties for taxpayers, using illustrative examples to identify any potential legal loopholes in the upcoming chapter.

6.1. Canada and USA

Both Canada and the USA have provided guidance on the consideration of intercompany transfer prices and their retroactive adjust-

55 Case Study 14.1, Use of transfer pricing documentation when examining related party transactions under Art. 1.2 (a) of the Agreement (Adopted, 42nd Session, 22 Apr. 2016, VT0920E1c), <https://www.wcotradetools.org/index.php/en/valuation/tccv-texts>, 12.11.2024.

56 Case study 14.2, Use of transfer pricing documentation when examining related party transactions under Art. 1.2 (a) of the Agreement (Adopted, 45th Session, 23–25 Oct. 2017, VT1117E1c), <https://www.wcotradetools.org/index.php/en/valuation/tccv-texts>, 12.11.2024.

ments for customs valuation purposes, which also holds significance for VAT and sales tax positions. The Canada Customs Authority has issued a memorandum addressing customs valuation and transfer pricing relationships (Memo).⁵⁷

For customs purposes, the Memo stipulates that the prices paid or payable for imported goods should be derived from one of the transfer pricing methods specified by the OECD, unless more direct information pertaining to the specific imports is available. Essentially, taxpayers are permitted to use TP methods unless more precise information is accessible. The Memo provides a non-exhaustive list of methods to ascertain whether the price applied to imports between related parties has been influenced by their relationship.⁵⁸

The memorandum explicitly states that if a TP agreement is in effect between related parties at the time of import, the price is considered ‘uninfluenced.’ However, to maintain this status, any subsequent price adjustments, whether upwards or downwards, must be declared for customs valuation purposes, with duties adjusted accordingly.⁵⁹ The document also includes a chapter on test value, allowing customs authorities to verify the appropriateness of the applied value. The customs authority will assess whether the difference between the transaction value and the test value (of the same or similar goods imported within a relevant period) is commercially significant, considering market conditions and pricing practices. A minor difference may be acceptable if it is not commercially significant. If an importer demonstrates that the transaction value closely approximates a previously accepted test value, it is unnecessary to examine the circumstances surrounding the sale of the goods being imported.⁶⁰

In the United States (U.S.), where there is no federal consumption tax and individual states have discretion over sales/use tax policies, inter-company transactions raise issues regarding their sales/use tax consequences and their relationship with transfer pricing.⁶¹ In the

57 Memorandum on Transaction value for related persons, <https://www.cbsa-asfc.gc.ca/publications/dm-md/d13/d13-4-5-eng.html>, 11.11.2024.

58 Memorandum D13-4-5, Paras. 4, 5 and 6.

59 Memorandum D13-4-5, Paras. 19 and 20.

60 Memorandum D13-4-5, Paras. 13 and 14.

61 Henri Bitar, Amanda Z. Quenette, “European Union/United States – Indirect Tax Impacts of Transfer Pricing Adjustments: EU and US Approaches when the Price Evolves to Make It ‘Right’”, *International VAT Monitor* 4/2024.

U.S., as there is no concept of sales tax deduction rights, but similarly to Art. 80 of VAT Directive, section 482 of the Internal Revenue Code (IRC) permits the tax administration to adjust “gross income, deductions, credits, or allowances between or among” related entities if transactions are not made at arm’s length.⁶² Some authors argue that U.S. courts are more likely to establish a connection between customs and sales tax than the ECJ, potentially leading to different treatments of local sales and import or export transactions.⁶³

From a regulatory perspective, the U.S. adopts a similar approach to Canada, whereby a Ruling HQ W548314⁶⁴, which addresses this specific issue is published. This ruling establishes a five-factor test to determine whether retroactive adjustments of intercompany transfer prices should be included in the customs valuation of imported goods. Additionally, it introduces a reconciliation program that permits importers to report information that was unavailable at the time of importation at a later date.

The conditions of the test are: having a written ‘Intercompany Transfer Pricing Determination Policy’ in place before importation, using this policy when filing income tax returns and reporting any resulting adjustments, specifying how TP and adjustments are determined for all covered products, maintaining and providing accounting details to support the adjustments, and ensuring no other conditions affect the acceptance of the transfer price relevant authority.

The circumstances of the sale must be reviewed to determine if the initial intercompany transfer price was influenced by the buyer-seller relationship. The five-factor test permits the use of the transaction value method if the customs value is based on a retroactively adjusted intercompany transfer price. Depending on whether the adjustment is upwards or downwards, customs duties will be reassessed or refunded accordingly.⁶⁵ The reconciliation program allows importers to update their import declarations with missing information within twenty-one

62 *Ibid.*

63 *Ibid.*

64 US Customs and Border Protection, Notice of Revocation of a Ruling Letter HQ 547654 Relating to Post-Importation Adjustments; Transfer Pricing; Related Party Transactions; Reconciliation, Customs Bulletin and Decisions 23, 2012, https://www.cbp.gov/bulletins/Vol_46_No_23_Title.pdf, 11.11.2024.

65 M. Friedhoff, M. Schippers, *op. cit.*, 19.

months of importation.⁶⁶ The Ruling explicitly aims to provide practical guidance on incorporating transfer pricing adjustments into customs valuation. If the five conditions are met, retroactive adjustments of intercompany transfer prices will be considered for customs valuation purposes.

6.2. Member States' case studies

Although the Hamamatsu was certainly not the first, nor the last case dealing with issue at stake, it is one of the rare cases addressed to ECJ.⁶⁷ However, there are a certain number of cases known to the author that are referred to in particular national countries, which may be of significance for this topic and provide an in-depth understanding of the presented legislation. Additionally, some national relevant legislations that have specific documents on TP adjustment guidance for tax will be covered.⁶⁸

One of such cases was decided in Finland where the link between TP and customs valuation was analysed. A company located in Finland purchased cars from related entity, located outside of Finland, for further resale. The TP agreement was in force between the parties, but not represented to customs authorities. Based on TP agreement, the downward adjustment occurred resulting in request for repayment of import duties. This was rejected by customs authorities, stating that the price initially declared was final price actually paid for the cars (therefore similar as in Hamamatsu case years earlier). However, the

66 US Customs and Border Protection, *op. cit.*, 15.

67 A similar case is currently before the ECJ, case no. C-726/23, where the Bucharest Court of Appeals has asked whether the amounts included in yearly equalisation invoices, intended to ensure arm's length pricing within a group, constitute payment for VAT-relevant services. Additionally, if VAT is applicable, the court inquired whether tax authorities could require additional documentation for the deduction of such VAT.

68 In 2018, 13 out of 65 countries have had specific TP adjustment guidance document, while other member states applied general provisions from income, VAT and customs legislation. Therefore, author has chosen only examples where specific documents exists. To the best of the author's knowledge, no similar study has been conducted since 2018. Deloitte, "The Link Between Transfer Pricing and Customs Valuation: 2018 Country Guide", <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-the-link-between-transfer-pricing-customs-valuation-country-guide.pdf>, 11.11.2024.

relevant administrative court was of the opposite opinion by which the final transfer price was unknown despite of the fact that the customs authorities thought that the initially declared transfer price was the final price. Consequently, the initially declared value was not the true economic value of the imported cars repayment application should have been accepted, or alternatively, the customs value should have been adjusted by the customs authorities.⁶⁹

In the case of Spain, it is noteworthy that, even prior to the Hamamatsu ruling, the customs authority had recognized the issue at hand. To address this, the customs authorities issued a special resolution permitting declarants in related party transactions to utilize a simplified declaration and subsequently submit a supplementary declaration under exceptional circumstances related to the customs value.⁷⁰ In regard to relevant practice, a case was decided by Spanish Supreme Court which adopted a pragmatic approach when interpreting them in relation to the same goods under valuation by two different authorities. In this case⁷¹ the customs authorities initially determined the value of certain goods during importation based on the information provided by the importer. Later, direct tax auditors re-evaluated the same goods and concluded that their value should be higher than that determined by the customs authorities. The Supreme Court ruled that having two different values for the same goods is not permissible since both sets of rules—direct tax rules and customs valuation rules—are based on the same principle, the arm's length principle. Therefore, both authorities should have used the same valuation parameters and arrived at the same value. Consequently, the profit adjustment made by the direct tax auditors violated the constitutional principle of legal certainty, and they were required to follow the values set by the customs authorities.

Although the Hamamatsu Case is frequently referenced in resolutions by the Spanish authorities after its publishing, it has not

69 Helsingin hallinto-oikeus [Helsinki Administrative Court], 15 Mar. 2007, 07/0285/1, quoted in Tuominen, *op. cit.*

70 Resolución de 25 de agosto de 2017, del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se modifica la Resolución de 11 de julio de 2014, en la que se recogen las instrucciones para la formalización del documento único administrativo (DUA).

71 Tribunal Supremo (Supreme Court), case No. 3582/2003, since 30 November 2009, Refrescos y Envasados S.A. (the taxpayer), Administración General del Estado (the tax authorities), Tax Treaty Case Law IBFD.

influenced the *ratio decidendi* of the court reasoning. Notably, aside from updates to the prior cited instructions, the customs authority has not issued any explanatory notes on changes resulting from the Hamamatsu Case.⁷²

6.3. National legislation of some EU Member States

As already mentioned, not all member states have implemented specific document i.e. guidelines on TP adjustment treatment for customs and tax purposes, but specific legislative framework of some of them may be significant especially after Hamamatsu influence.

Belgian TP regulations include general provisions that require any advantages granted by a Belgian taxpayer to a non-Belgian entity to be included in the taxpayer's taxable basis when granted to a non-resident related enterprise. Anti-abuse rules disallow certain deductions arising from such advantages received by a Belgian taxpayer from a related enterprise.⁷³ On the other hand, Belgium does not require co-ordination between transfer pricing and customs valuation. Customs authorities may require APA, TP documentation and other proofs on price applied, but there is no mandatory rule that tax authority and customs authority need to align with price determined i.e. it is mostly dependable on their goodwill (opposite to Spanish practice stated above). The Belgian tax administration published the Circular Letter "Transfer Pricing" (Circular Letter 2020/C/35), but issue related to retroactive TP adjustment was not addressed and no referral to Hamamatsu case has been presented. Prior to Hamamatsu, in circular letter 2018/C/9 on customs valuation, customs authorities have set out their position regarding the acceptability of an intra-group price as customs value and amendments to the customs value based on a TP adjustment (downward or upward).⁷⁴

Further, France's tax and customs regulations do not specifically recognize an APA as sufficient on its own for indirect tax purposes, but

72 Giangiaco D'Angelo *et al.*, "Interplay between customs valuation and transfer pricing in the European Union: general observations and administrative practices in four countries after the Hamamatsu Case", *World Customs Journal* 1/2023, 16.

73 Belgian Income Tax Code 1992 (ITC), Arts. 26, 79, 185 and 206/3.

74 Chambers and Partners, "Transfer Pricing 2024: Belgium", <https://practice-guides.chambers.com/practice-guides/transfer-pricing-2024/belgium>, 11.11.2024.

it may contain important information for TP adjustments. The customs authority may require a cost analysis of the TP documentation. There is specifically published guidance on this topic, which was updated in 2017 following the implementation of the new Union Customs Code (UCC).⁷⁵ Prior to this amendment, it was difficult to approve retroactive adjustments, especially decreases, as no simplified customs declaration could be submitted and to correspond to TP adjustment purposes. However, the situation has changed, and now retroactive adjustments can be approved if there is an APA and a (prior) agreement with the customs authority. Therefore, the conclusion which can be drawn up from French experience is that TP methodology and APA may be used, but if the taxpayer is aware that the applied price is not the final one, it has to go step further and not submit final customs declaration but simplified one i.e. incomplete declaration.⁷⁶

In Italy, the judgment, the customs authority issued documents to align customs value with transfer pricing, proposing two solutions: the simplified declaration and the flat-rate adjustment, both which would have direct VAT effect on import VAT calculation. Despite the potential contradictions introduced by the Hamamatsu, no new statements or official documents addressing these changes in customs area, leaving the situation as it was.⁷⁷ However, the tax authority elucidated the VAT treatment of price adjustments contingent on the profits achieved by the involved parties.⁷⁸ The case concerned two companies, one acting as the supplier and the other as the marketer, who agreed on a provisional

75 Instruction du 14/01/2020, La valeur en douane des marchandises, <https://www.douane.gouv.fr/sites/default/files/uploads/files/DOSSIERS/VALEUR-EN-DOUANE/Instruction%202020%20-%20Valeur%20en%20douane.pdf>, 11.11.2024.

76 For definition, please refer to Art. 166 of UCC, Declarants are allowed to place goods under a customs procedure based on a simplified declaration where either some particulars or some documents are missing at the time of lodging the customs declaration. For the non-regular use of the simplified declaration, no authorisation is required. Specifically, the applicability of this type of declaration addresses two key issues: the awareness that the price is not final now of import (from a TP perspective) and the method for amending the declaration and the reasons for doing so after the import (from a customs perspective).

77 G. D'Angelo *et al.*, *op. cit.*, 15.

78 Ruling Answer No. 529/2021 in *Italian Trattamento fiscale applicabile agli agiustamenti di prezzo sulla base imponibile – IVA – art. 13 e 26 del DPR n.*

price subject to subsequent adjustment based on profits, referred to as the “Profit True Up”. The companies sought confirmation that this adjustment was pertinent for VAT purposes and influenced the taxable base, and it was affirmed that the Profit True Up was directly linked to the original sale, thereby impacting the VAT taxable base and resulting in an increase or decrease in the original taxable base.

6.4. Exemplary case studies

To illustrate potential dilemmas, an example is provided from a Serbian perspective. This simplified example is rarely found in practice but offers clear insight into possible issues.

Company A, a multinational enterprise, operates in multiple countries with subsidiaries in country B (manufacturing) and country C (marketing and distribution). These subsidiaries engage in intercompany transactions, such as the sale of products from country A to country B at prices below arm’s length. Subsidiaries B and C, with limited functional profiles, recharge advertising and promotion costs exceeding a certain threshold to company A. At the start of each fiscal year, company A sets and approves the prices and budget for finished goods sold to subsidiaries B and C, which remain unchanged throughout the year. At year-end, the actual remuneration and profit are verified against the arm’s length price, and adjustments are made if necessary. Complications arise if company A’s policy allows compensating adjustments to subsidiaries if their profit is lower than expected. This scenario presents following dilemmas:

- How should the TP adjustment be treated – as a retroactive correction of price or transfer of profit i.e. profit adjustment,
- What is the tax treatment of compensating adjustment,
- What is the tax treatment of recharge of costs that surpass the agreed threshold.

Alternatively, the case could involve only the supply of products or services between two related entities, where a cost incorporated into the price changes, necessitating a yearly TP adjustment to account for this price correction.

633/72, <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/3744575/Risposta+529+del+2021.pdf/43e6524f-5d5b-b840-49c6-d7010a442518>, 11.11.2024.

A similar issue may arise in the opposite direction, i.e., during export. From a Serbian VAT perspective, such a transaction would not be affected as exports are VAT exempt with the right to deduct input VAT.⁷⁹ However, the issue becomes complex from a customs perspective, even without customs duties, as the value of goods can directly influence their preferential origin.⁸⁰

The open question is whether this constitutes a price change. If not, it would be treated as a simple profit adjustment with no VAT effect. However, if it is a price correction, the respective adjustment must be made for each imported good and the procedure itself has to be conducted by the customs authority. The key question is where such a difference can be determined.

7. CHALLENGES AND COMPLIANCE RELATED TO TP ADJUSTMENTS

7.1. Upward and Downward adjustment from VAT perspective

VAT is a general turnover tax levied on supplies of goods and services, as well as on the importation of goods.⁸¹ The transfer of money is significant for VAT purposes as it typically reflects the consideration for taxable activities, constituting the taxable amount. However, without the supply of goods or services, the mere transfer of money cannot be treated as a supply for VAT purposes.

If transfer pricing is adjusted to match actual cash flows, resulting in additional payments, this could increase the taxable value for VAT purposes. Although the VAT Directive does not explicitly address timing issues, considering payments received after the transaction can be problematic, as the taxable amount should be assessed at the time of the taxable event. Depending on the contract, such corrections may be seen as adjustments to the initial price. If prices are retroactively amended, the seller must provide exact price calculations for each item.

79 Serbian VAT legislation envisages that export is VAT exempt upon fulfilment of certain conditions imposed in VAT Rulebook (obtaining the certified export declaration).

80 The Central European Free Trade Agreement. PEM Convention, 2013.

81 Serbian VAT, Art. 3 and VAT Directive, Art. 2.

When it comes to subsequent correction of the price of imported or exported goods, the VAT treatment depends on the approach by customs authorities which is elaborated in more detail below.⁸² Cross-border service supply between related entities and its price correction is less problematic. In B2B transactions, where the place of supply is the recipient's location, the service supplier issues a corrective document, and the recipient adjusts the VAT base and calculation. For cross-border B2B transactions, only the recipient's country is concerned with amendments.

The primary issue is whether such TP adjustments constitute a price correction. In the absence of clear practice and approach, each case must be carefully reconsidered. Although the list of cases for VAT base amendments is not exhaustive⁸³, the most common instances involve discounts and the calculation of additional costs related to the price of goods or supplies, both of which can theoretically be considered related to TP adjustments. If applicable, this approach should be appropriately documented, specifying which costs are calculated and how (e.g., related to production or distribution costs) or detailing the type of discount applied and its calculation (e.g., logistic rebate).⁸⁴ In the case of rebates, there is ongoing debate in practice and legal theory about their permissibility in all cases and whether the VAT base can be subsequently amended.⁸⁵

However, in the author's opinion, it should be carefully assessed whether a TP adjustment can be considered a price reduction or discount, or if this reasoning merely frames an unregulated concept into a familiar one. While this approach may be somewhat sufficient for VAT purposes, its effects from a customs perspective remain uncertain. A

82 In Serbia import VAT base can be changed only by the decision of Customs Authority. See VAT Law, Art. 31a and VAT directive, Art. 85.

83 Serbian VAT Rulebook, Art. 55, Montenegrin VAT Rulebook, Art. 48.

84 See. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 24 October 1996, Case C-317/94, *Elida Gibbs Ltd. v Commissioners of Customs & Excise*, ECLI:EU:C:1996:400 or Judgment of the Court of 15 October 2002, Case C-427/98, *Banca Antoniana Popolare Veneta SpA v Ministero dell'Economia e delle Finanze*, ECLI:EU:C:2002:581.

85 Rulebook on VAT explicitly envisages that subsequent discounts are not new supply but change of VAT base. However, certain limitations to this conclusion may be drawn for natural rebate that is actually supply of goods without remunerations and, hence, subject to VAT as such.

TP adjustment, if viewed as a price reduction, should have a unified effect on a single transaction, such as the import or export of goods.

7.2. *Adjustment from customs perspective*

If a TP adjustment affects VAT and is treated as a price correction, it also impacts the customs valuation of the supply. A change in the price of imported goods would increase the customs duties base, which is determined by the actual price paid or payable. If this amount is fictional for income tax purposes, it should not influence the customs base. Contracts rarely state that post-sale payments to the seller are a sale condition, raising questions about whether year-end income tax adjustments should correct the reported customs value, and taxes paid. Downward price adjustments are particularly significant as they directly impact the budget and customs duties on imports, necessitating clear criteria for when such adjustments are allowed.

In comparative practice, some countries reject price reductions based on post-transactional discounts, deeming any subsequently determined discount unacceptable for customs purposes.⁸⁶ According to the Union Customs Code, import or export duties must be refunded if it is proven that the amount paid was not legally due or was accounted for in violation of customs declaration rules.⁸⁷ However, the term “not legally owed” is broadly interpreted in ECJ practice.⁸⁸

When related parties do not follow the arm’s length principle, tax authorities may adjust the taxable base during audits. Such adjustments do not represent transactions between parties (unless actual payments are made) nor do they constitute price corrections from an indirect tax perspective. These adjustments are beyond the scope of this article and are viewed as penalties or corrective measures for adjusting income or profit.

86 Canada Border Services Agency, Memorandum D13–4–10 Ottawa, February 6, 2018, ISSN 2369–2391. The similar may be found in Irish tax practice in Customs Manual on Valuation, December 2022, 13.

87 Regulation (EU) No 952/2013 of the European Parliament and of the Council of 9 October 2013 laying down the Union Customs Code Union Customs Code, Arts. 116 and 174.

88 Judgment of the Court (Third Chamber) of 5 October 2006, Case C-100/05, *ASM Lithography BV v Inspecteur van de Belastingdienst-Douane Zuid/kantoor Roermond*, ECLI:EU:C:2006:645.

TP adjustments for income tax purposes may prompt an inquiry into the pricing used for customs purposes, but this does not necessarily lead to adjustments for customs purposes. However, applicability of simplified customs declaration⁸⁹, as a type of declaration where not all data are known in the moment of import (irrespective of TP method applied) may be relevant. Taxpayers expecting any kind of adjustment may claim that the price payable at the moment of import is not final and that variable data, dependent on TP adjustment, if any, will be known later, which may include both upward and downward adjustments.

7.3. Serbian approach

While Serbia has introduced TP legislation that is loosely based on the OECD model, neither VAT nor customs legislation specifically addresses this issue. Therefore, it is necessary to refer to general legislation for interpretative purposes.

If it can be argued, based on the business model and intercompany agreement, that the TP adjustment constitutes a retroactive price correction, an appropriate document containing the elements required by the VAT Rulebook should be issued. Furthermore, the correction is performed in the current tax period, eliminating the need for amendments to previous VAT returns.

Similar to the VAT perspective, the Serbian Customs Authority lacks a clear approach regarding TP adjustments for customs purposes. They may either permit simplified declarations, contingent on the TP method and the ability to measure the variable part of the price at the time of import or prohibit any adjustments altogether. Although some official rulings have been issued by the Customs Authority, these are

89 Simplified customs declaration is envisaged in Art. 166 of UCC. In addition, Serbian Customs Law envisage also a specific simplification procedure in Article 55 which is a different solution in comparison to simplified declaration. Namely, this article envisage that the customs authority may, at the request of the interested party, approve that the amounts be determined based on specific criteria if they are not measurable on the day the declaration is accepted while for simplified declaration those data should be somehow measurable (from Serbian interpretation of the provision). However, to the best of our knowledge no practical applicability of this article is available in Serbia due to technical issues at Serbian customs, so this solution is not further investigated at this moment.

not publicly available and are provided only to the specific taxpayers who requested the information. The unofficial analysis of these rulings indicates that customs legislation does not offer a definitive approach, leaving it to the taxpayer to interpret the provisions of their agreement with related parties and how TP adjustments are defined therein. The primary consideration is whether there is a subsequent price change or a financial correction of the related party's position. In any case, any adjustment that may affect the transactional value should be reported to the Customs Authority.

No additional duties, including higher VAT, may be imposed without a decision from the Customs Authority. This also applies to the reduction of import duties and potential refunds. If a TP adjustment in a particular case could be treated as a price reduction, it could be argued that such a reduction, although based on TP adjustment, essentially represents a discount. Consequently, its influence on customs value should be considered. When determining the customs value of imported goods, agreed price reductions and customary cash discounts for similar goods are accepted. However, discounts resulting from contract changes after the acceptance of the declaration are not considered.⁹⁰

Conversely, in the case of exporting goods, amendments to the value of exported goods may directly affect their preferential origin. The preferential origin of products is determined based on a set of complex rules outlined in both local and international customs regulations. To ascertain the preferential origin, which allows for reduced or no customs duties, it is essential to identify the country of origin of the materials used in production and the destination country of the product. Additionally, it is necessary to determine whether these countries are signatories to relevant free trade agreements and international conventions, such as the PEM Convention or the Revised PEM Convention, to apply the appropriate rules of origin prescribed by these conventions.⁹¹

90 Regulation on customs procedure and customs formalities, *Official Gazette RS* No. 39/2019, 8/2020, 132/2021 and 144/2022, Art. 107.

91 Serbian origin rules are determined by PEM Convention Law on Ratification of the Pan-Euro-Mediterranean Regional Convention on preferential origin rules, *Official Gazette of the RS - International Agreements*, No. 7/2013) where applicable or by respective free trade agreement if one of the parties is not PEM signatory. The Pan-Euro-Mediterranean Regional Convention on

Although origin rules are not within the scope of this article, it is important to emphasize that a single amendment, such as a TP adjustment, can have various and multifaceted consequences on the business operations of related parties. A similar approach, treating TP adjustments as financial transactions and outside the broader tax scope, was taken by the latest opinion of the Ministry of Finance. This opinion states that TP adjustments (whether monthly or yearly) aimed at bringing the contractual manufacturer to a certain level do not affect the CIT position of the taxpayer.⁹²

As indicated above, each case is handled on a case-by-case basis, highlighting the need for more detailed guidance and structured frameworks similar to those in the U.S. and Canada.

Serbia could benefit from adopting a formalized test or criteria, similar to the U.S. five-factor test, to determine the acceptability of TP adjustments for customs valuation. This test could consider the TP method used and the adequacy of the prepared TP documentation, following the WCO approach. This would provide businesses with a clear process and reduce the risk of non-compliance including its clearer VAT position. Additionally, the Ministry of Finance should establish a clear stance on the matter, specifying which rules take precedence (TP or indirect tax) and to what extent one can override the other. Drawing from Spanish practice, this approach would ensure a comprehensive and practical regulatory framework.

preferential origin rules is a multilateral agreement that aims to establish a common rule of origin and cumulation among its contracting countries. It integrates a network of FTAs that having identical rules of origin, by replacing these rules (stated in Protocols/Annexes) by a reference to the PEM Convention rules. Contracting countries / Signatories of PEM Convention are as follows: EU member states, EFTA States (Iceland, Liechtenstein, Norway, Switzerland), countries that signed Barcelona Declaration (Algeria, Egypt, Israel, Jordan, Lebanon, Morocco, Palestine*, Syria, Tunisia, Turkey), the Faroe Islands, the participants in the EU's Stabilization and Association Process (Albania, Bosnia and Herzegovina, the Republic of North Macedonia, Montenegro, Serbia, Kosovo*), the Republic of Moldova, Ukraine and Georgia. Most of the countries with which Serbia has FTAs are contracting countries of PEM (CEFTA, EFTA, EU/SAA, Turkey). UK is currently not signatory to PEM Convention.

92 Opinion of Ministry of Finance No. 011-00-188/2023-04 since 1.12.2023.

8. CONCLUSION

This topic remains complex and lacks a clear approach in both Serbian and EU legislation. The existing practice is vague and insufficient to establish a definitive practical approach. Forming a unified opinion is challenging because the position must be applicable from both VAT and customs perspectives. If a TP adjustment is treated as a price reduction, it should be processed through the appropriate customs procedures. If treated as a discount, it can be easily documented for VAT purposes. However, customs regulations for goods pose an obstacle, as discounts not agreed upon in advance are not considered. Taxpayers cannot always predict the direction of price corrections and stipulate them in agreements beforehand, suggesting that customs regulations effectively restrict the applicability of discounts from TP adjustments. The issue is less complex for the supply of services or domestic supply of goods between related parties, but it remains unresolved. From the perspective of taxpayers and legal certainty, it is unacceptable to have solutions that are not fully applicable due to the nature of cross-border goods transactions. A unique approach and specific provisions regulating TP adjustments are needed. The current practice, which allows for different interpretations, leads to taxpayer insecurity.

Comparative experiences from countries such as the United States and Canada demonstrate that issuing formal guidance documents is essential for ensuring tax certainty for taxpayers. Such guidance helps prevent multinational enterprises (MNEs) and other entities from operating in an uncertain regulatory environment. Clear and authoritative instructions from tax authorities are crucial for fostering compliance and reducing the risk of inadvertent non-compliance.

Considering the cited provisions and the EU approach, the author argues that TP adjustments should be treated as profit allocation and outside the scope of VAT. Since TP adjustments are determined in total amounts rather than per individual transaction, there is no direct link between the initial supply, remuneration, and the TP adjustment. Although this argument can be contested, from an income tax perspective, such adjustments relate more to the allocation of profit over a period (e.g., annually) rather than reflecting a particular transaction. This approach is supported by the fact that TP adjustments are subsequent to the initial supply, which was conducted under acceptable

conditions, and income tax conditions should not affect already completed transactions. Additionally, this approach aligns with the VEG Report, and it is crucial for Serbia to follow the EU approach available for this issue.

Maja Milojević Kolarević

*Doktorandkinja Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu
Republika Srbija*

POREZNE IMPLIKACIJE TRANSFERNIH CENA U SRBIJI – SPAJANJE NESPOJIVOG

Rezime

Prilagođavanja transfernih cena (TC) postala su predmet intenzivnog nadzora u oblasti međunarodnog oporezivanja i carinskih procedura. Ovaj rad pruža sveobuhvatan pregled globalnih praksi i regulatornih okvira, sa posebnim osvrtom na pravni pristup Srbije, koji je oblikovan standardima OEBS-a i regulativama Evropske unije. Analizirana je usklađenost transakcija povezanih lica sa principom „dužine ruke“ (eng. arm's length principle), kao i uticaj ovih prilagođavanja na porez na dobit pravnih lica (DPL), porez na dodatu vrednost (PDV) i vrednovanje za carinske svrhe. Uz to, rad se bavi izazovima sa kojima se suočavaju multinacionalne kompanije (MNK). Istraživanje ukazuje na to da bi prilagođavanja transfernih cena, zbog svojih suštinskih karakteristika, trebalo isključiti iz okvira indirektnog oporezivanja. Kroz komparativnu analizu praksi u SAD-u, Kanadi i državama članicama EU, istaknuta je potreba za jasnijim smernicama od strane srpskih vlasti kako bi se osigurala pravna i fiskalna konzistentnost. Rezultati sugerišu da je važno usvajanje američkog „testa pet faktora“ za prilagođavanja transfernih cena u vezi sa carinskim vrednovanjem, kako bi se obezbedio jasniji put za usklađenost. Zaključak rada sadrži preporuke za usklađivanje zakonodavstva o PDV-u i carinama sa međunarodnim standardima, sa ciljem unapređenja usklađenosti i smanjenja rizika od poreskih utaja.

Ključne reči: *Transferne cene. – Prilagođavanje transfernih cena. – Carinska vrednost. – Osnovica PDV-a. – Tržišna vrednost.*

LITERATURA

- Annacondia, F., (ed.), *EU VAT Compass 2017/2018*, IBFD, Netherlands 2018.
- Bitar, H., Quenette, A. Z., “European Union/United States – Indirect Tax Impacts of Transfer Pricing Adjustments: EU and US Approaches when the Price Evolves to Make It ‘Right’”, *International VAT Monitor* 4/2024.
- Chambers and Partners, “Transfer Pricing 2024: Belgium”, <https://practicelguides.chambers.com/practice-guides/transfer-pricing-2024/belgium>, 11. 11. 2024.
- D’Angelo, G. *et al.*, “Interplay between customs valuation and transfer pricing in the European Union: general observations and administrative practices in four countries after the Hamamatsu Case”, *World Customs Journal* 1/2023, 5–33.
- Deloitte, “The Link Between Transfer Pricing and Customs Valuation: 2018 Country Guide”, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-the-link-between-transfer-pricing-customs-valuation-country-guide.pdf>, 11. 11. 2024
- Eurostat, “Glossary: Multinational enterprise (MNE)”, [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Multinational_enterprise_\(MNE\)#:~:text=A%20multinational%20enterprise%2C%20abbreviated%20as%20MNE%20and%20sometimes,or%20delivering%20services%20in%20more%20than%20one%20country](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Multinational_enterprise_(MNE)#:~:text=A%20multinational%20enterprise%2C%20abbreviated%20as%20MNE%20and%20sometimes,or%20delivering%20services%20in%20more%20than%20one%20country), 25. 3. 2024.
- Friedhoff, M., Schippers, M., “ECJ Judgment in Hamamatsu Case: An Abrupt End to Interaction Between Transfer Pricing and Customs Valuation?”, *EC Tax Review* 1/2019, 32–42.
- Kostić, J. Ž., Vasović, M. V., “Pravilo o transfernim cenama kao antiabuzivna mera u zakonodavstvu EU i praksi Suda pravde EU”, *Strani pravni život* 3/2024, 387–401.
- Lasiński-Suleck, K., “Impact of Transfer Pricing Adjustments for VAT and Customs Law Purpose”, *International Transfer Pricing Journal* 3/2013.
- OECD, “Base erosion and profit shifting (BEPS)” (BEPS Project set out 15 Action plans to address tax avoidance, ensuring that profits are taxed where economic activities generating the profits are

- performed and where value is created), <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/> 20. 4. 2024
- OECD, WTO & UNCTAD, Report prepared for submission to the G20 Trade Leaders' Summit in Saint Petersburg, Russian Federation, September 2013: Implications of Global Value Chains for Trade, Investment, Development and Jobs, 2013, 8, https://unstats.un.org/unsd/trade/events/2013/foc/docs/5%20-%20G20%20-%20Implications_of_Global_Value_Chains%20-%20July%202013.pdf, 25. 3. 2024
- OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*, OECD Publishing, Paris 2022.
- Sherman, S. L., Glashoff, H., Field, B. M., *Customs Valuation: Commentary on the GATT Customs Valuation Code*, Kluwer Law, Deventer 1988.
- Tuominen, J., "European Union – The Link between Transfer Pricing and EU Customs Valuation Law: Is There Any and How Could It Be Strengthened?", *International Transfer Pricing Journal* 6/2018.
- Wajer, J. H., Looks, N., "Germany: The Hamamatsu TP/customs valuation case comes to a surprising conclusion", https://www.globalcompliancenews.com/2022/11/06/https-www-internationaltradecomplianceupdate-com-2022-10-13-the-hamamatsu-tp-customs-valuation-case-comes-to-a-surprising-conclusion-_10132022/, 21. 5. 2024.
- Wittendorff, J., *Transfer Pricing Adjustments and Length Principle in International Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2016.

Article history:

Received: 27. 10. 2024.

Accepted: 20. 11. 2024.

*Prof.dr.sc. Emilia Mišćenić**

*Lidija Ileković, mag.iur.***

NOVO UREĐENJE ISPORUKE DIGITALNOG SADRŽAJA I DIGITALNIH USLUGA U HRVATSKOM POTROŠAČKOM PRAVU

Direktiva (EU) 2019/770 o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga je u hrvatski pravni poredak preuzeta i primjeni od 1. siječnja 2022. stupanjem na snagu Zakona o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga. Predmet posebnog i novog Zakona su usklađenost digitalnog sadržaja i digitalnih usluga s ugovorom, te prava i obveze ugovornih strana u slučajevima neusklađenosti ili neisporuke, kao i preinake digitalnog sadržaja ili digitalne usluge. Uvedeno pravno uređenje ovih izuzetno važnih pitanja za današnju digitalnu svakodnevicu još uvijek predstavlja značajnu novost i izazov u praksi većine država članica Europske unije. Iako potrošači svakodnevno koriste spektar različitih digitalnih sadržaja i digitalnih usluga, pravno uređenje ove materije je na razini Europske unije dugo zaostajalo za aktualnim zbivanjima na digitalnom tržištu. U radu se stoga sveobuhvatno proučavaju novine koje u hrvatski pravni okvir i praksu uvodi usklađivanje sa Direktivom (EU) 2019/770. Proučavanjem i tumačenjem novouvedenih europskih autonomnih pojmova, kao što su interoperabilnost, funkcionalnost, kompatibilnost i dr., ali i na temelju praktičnih primjera (ne) usklađenosti digitalnih sadržaja i digitalnih usluga, ukazuje se na prava

* Autorica je redovita profesorica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci (Hrvatska), ORCID: 0000-0002-2695-9186, emilia.miscenic@uniri.hr (Republika Hrvatska).

Ovaj rad je financiralo Sveučilište u Rijeci projektom Transparentnost i pravičnost u digitalnom okruženju (uniri-iskusni-drustv-23-101).

** Autorica je pod mentorstvom prof.dr.sc. Emilie Mišćenić izradila i obranila završni diplomski rad na zadanu temu na integriranom diplomskom sveučilišnom studiju prava Pravnog fakulteta u Rijeci, lilekovic@pravri.hr (Republika Hrvatska).

i obveze potrošača kao korisnika i trgovaca kao pružatelja digitalnih sadržaja i digitalnih usluga.

Ključne riječi: *Digitalizacija ugovorih odnosa. – Digitalni sadržaj. – Digitalna usluga. – (Ne)usklađenost digitalnog sadržaja i digitalne usluge.*

1. UVOD

Ubrzanim razvojem digitalnih tehnologija i digitalizacijom tržišta dolazi do transformacije poslovanja i načina na koji se u današnje vrijeme potrošačima pružaju robe i usluge. Na relativno brz i jednostavan način u svega nekoliko klikova potrošačima su robe i usluge dostupne online i u svako doba, kako na domaćem tržištu tako i prekogranično. Porast uporabe digitalnih tehnologija u svim sferama svakodnevnog života utječe i na pojačano korištenje digitalnih sadržaja i digitalnih usluga njihovim preuzimanjem sa različitih internetskih stranica i putem aplikacija na mobilnim i drugim uređajima. Potrošači svakodnevno koriste mnoga sredstva i načine za interakciju sa digitalnim sadržajima i digitalnim uslugama, kao što su npr. Netflix, Spotify, Instagram, TikTok, Dropbox i sl. No, iako je to dio svakodnevice, u pravnom kontekstu je uređenje uporabe digitalnih usluga i digitalnih sadržaja na razini Europske unije (EU) dugo zaostajalo za aktualnim zbivanjima na tržištu.¹

2015. godine usvojena je Strategija jedinstvenog digitalnog tržišta za Europu,² u kojoj je jedinstveno digitalno tržište definirano kao tržište na kojem je „osigurano slobodno kretanje robe, osoba, usluga

1 Alberto De Franceschi, Reiner Schulze, „Digital Revolution – New Challenges for Law: Introduction“, *Digital Revolution – New Challenges for Law*, (eds. Alberto De Franceschi, Reiner Schulze), Nomos 2019, 1; Paula Giliker, „Adopting a smart approach to EU legislation: why it has proven so difficult to introduce a Directive on Contracts for the supply of digital content?“, *EU Internet Law in the Digital Era: Regulation and Enforcement*, (eds. Tatiana-Eleni Synodinou, Philippe Jougoux, Christiana Markou, Thalia Prastitou), Springer 2020, 301–302; Borko Mihajlović, *Promena potrošačkog prava u digitalno doba*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2023.

2 Europska komisija, Strategija jedinstvenog digitalnog tržišta za Europu, Komunikacija Komisije Europskom Parlamentu, Vijeću, Europskom Gospodarskom i Socijalnom odboru i Odboru Regija, (dalje u tekstu: Strategija), Bruxelles, 6.5.2015, COM(2015) 192 fin, 1.

i kapitala te gdje pojedinci i poduzeća mogu neometano pristupati aktivnostima na internetu i obavljati ih uz uvjete poštenog tržišnog natjecanja te visoku razinu zaštite potrošača i osobnih podataka, bez obzira na njihovo državljanstvo ili mjesto boravišta.³ Strategija ima za cilj jačanje jedinstvenog digitalnog tržišta Unije, između ostalog, uklanjanjem prepreka prekograničnoj e-trgovini, kao i ostvarenjem učinkovitijeg pristupa digitalnim sadržajima i digitalnim uslugama. Strategijom su utvrđena tri temeljna stupa jedinstvenog digitalnog tržišta, od kojih se prvi bavi potrebom jačanja pristupa „potrošača i poduzeća robi i uslugama na internetu u cijeloj Europi“, drugi stvaranjem „odgovarajućih uvjeta za rast i razvoj digitalnih mreža i usluga“, a treći stvaranjem europskog digitalnog gospodarstva i društva.⁴ U ključne zaključke se ubraja isticanje neodgovarajućeg tadašnjeg pravnog uređenja, koje na europskoj i nacionalnim razinama država članica kaska za razvojem digitalnog tržišta, kao i snažne potrebe za brzim otklanjanjem razlika između tzv. online i offline svjetova.

Isto rezultira brojnim inicijativama i paketima mjera usmjerenima na pravno uređenje jedinstvenog digitalnog tržišta EU-a, a koje između ostalog obuhvaćaju i niz izmjena i dopuna postojećih pravnih izvora zaštite potrošača, kao i usvajanje novih. Kao dio Strategije jedinstvenog digitalnog tržišta za Europu, pokreću se brojne inicijative usmjerene na prilagodbu europskih izvora o zaštiti potrošača online svijetu i digitalizaciji, a koje traju i danas. REFIT, Fitness Check, Nove pogodnosti za potrošače (New Deal for Consumers), Nova strategija za potrošače (New Consumer Agenda), Digitalna pravičnost (Digital Fairness), samo su neke od inicijativa kojima se nastoji prilagoditi pravne propise aktualnom razvoju digitalizacije i doprinijeti pravičnosti i izjednačavanju prava i obveza *online* i *offline*.⁵

Kao rezultat djelovanja europskog zakonodavca 2019. godine dolazi do izmjena i dopuna čak četiriju potrošačkih direktiva usvajanjem Direktive (EU) 2019/2161 u pogledu boljeg izvršavanja i modernizacije pravila Unije o zaštiti potrošača.⁶ Tzv. Omnibus direktiva

3 Strategija, 3.

4 Strategija, 3–4.

5 Emilia Mišćenić, „The Constant Change of EU Consumer Law: The Real Deal or Just an Illusion?“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 70(3)/2022, 679.

6 Direktiva (EU) 2019/2161 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. studenoga 2019. o izmjeni Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktiva 98/6/EZ, 2005/29/EZ

prilagođava postojeći pravni okvir i mijenja i dopunjuje odredbe temeljnih potrošačkih direktiva sa ciljem jačanja transparentnosti u potrošačkim odnosima, prilagodbe njihovih odredbi digitalnom tržištu i sve većoj uporabi digitalnih usluga i digitalnih sadržaja, kao i sa ciljem jačanja učinkovitosti provedbe.⁷ Riječ je o sljedećim direktivama: Direktiva 93/13/EEZ o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima,⁸ Direktiva 98/6/EZ o zaštiti potrošača prilikom isticanja cijena proizvoda ponuđenih potrošačima,⁹ Direktiva 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi¹⁰ i Direktiva 2011/83/EZ o pravima potrošača.¹¹ Kako se radi o kontinuiranom procesu, nedavno su dvije posljednje navedene direktive izmijenjene i dopunjene Direktivom (EU) 2024/825 u pogledu jačanja položaja potrošača u zelenoj tranziciji boljom zaštitom od nepoštenih praksi i boljim informiranjem.¹²

U okviru navedenih djelovanja, posebna pozornost usmjerena je na uređenje ugovornih odnosa između trgovaca i potrošača (engl. business-to-consumer, B2C) kod isporuke i pružanja robe sa digitalnim elementima, digitalnih sadržaja i digitalnih usluga, a koje dotada nije bilo na odgovarajući način ili u pogledu brojnih pravnih aspekata uopće uređeno postojećim propisima. Stoga se kao dio paketa

te 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća u pogledu boljeg izvršavanja i modernizacije pravila Unije o zaštiti potrošača, SL L 328.

- 7 Mateja Đurović, „Adaptation of consumer law to the digital age: EU Directive 2019/2161 on modernization and better enforcement of consumer law“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2020, 71.
- 8 Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, SL L 95.
- 9 Direktiva 98/6/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 1998. o zaštiti potrošača prilikom isticanja cijena proizvoda ponuđenih potrošačima, SL L 80.
- 10 Direktiva 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, Direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 149.
- 11 Direktiva 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, kojima se mijenja Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i opoziva Direktiva Vijeća 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 304/64.
- 12 Direktiva (EU) 2024/825 Europskog parlamenta i Vijeća od 28. veljače 2024. o izmjeni direktiva 2005/29/EZ i 2011/83/EU u pogledu jačanja položaja potrošača u zelenoj tranziciji boljom zaštitom od nepoštenih praksi i boljim informiranjem, SL L 2024/825.

novih mjera usklađivanja potrošačkog prava 2019. usvajaju Direktiva (EU) 2019/770 o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga,¹³ i Direktiva (EU) 2019/771 o određenim aspektima ugovora o kupoprodaji robe.¹⁴ Ove u literaturi poznate i kao Twin direktive, usvojene su upravo sa ciljem prilagođavanja pravnog okvira diljem Unije i njezinih država članica kupoprodaji digitalnih proizvoda, odnosno robi sa inkorporiranim digitalnim elementima i kupoprodaji digitalnih sadržaja i digitalnih usluga.¹⁵

Budući da se radi o novom pravnom uređenju predmeta ugovora čiju pravnu prirodu nije jednostavno odrediti,¹⁶ implementacija ovih direktiva se je pokazala posebnim izazovom za sve države članice, pa tako i Republiku Hrvatsku (RH).¹⁷ U radu se stoga temeljito proučavaju novouvedeni europski autonomni pojmovi, kao i prava i obveze trgovaca kao pružatelja i potrošača kao korisnika digitalnih sadržaja i digitalnih usluga u slučajevima (ne)usklađenosti ili (ne)isporuke digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga. Proučavanjem odredbi Direktive (EU) 2019/770 i usporedbom sa odgovarajućim odredbama Zakona o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga,¹⁸ te primjenom relevantnih zaključaka iz prakse Suda EU-a, rad pridonosi boljem razumijevanju ove izuzetno složene pravne materije i ukazuje na prednosti i nedostatke novouvedenog pravnog uređenja.

-
- 13 Direktiva (EU) 2019/770 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2019. o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, *SL L* 136.
 - 14 Direktiva (EU) 2019/771 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2019. o određenim aspektima ugovora o kupoprodaji robe, izmjeni Uredbe (EU) 2017/2394 i Direktive 2009/22/EZ te stavljanju izvan snage Direktive 1999/44/EZ, *SL L* 136.
 - 15 Alberto De Franceschi, Reiner Schulze, *Harmonizing Digital Contract Law – The Impact of the EU Directives 2019/770 and 2019/771*, CH Beck, Hart, Nomos, Munich 2023.
 - 16 Michael Lehmann, „A European Market for digital goods“, *European contract law and the Digital Single Market*, (ed. Alberto De Franceschi), Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland 2016, 112–113.
 - 17 E. Mišćenić, „Croatia“, *Harmonizing Digital Contract Law – The Impact of the EU Directives 2019/770 and 2019/771*, De Franceschi and Schulze, CH Beck, Hart, Nomos, Munich 2023.
 - 18 Zakon o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, *Narodne novine*, br. 110/21.

2. DIREKTIVA (EU) 2019/770 O ISPORUCI DIGITALNOG SADRŽAJA I DIGITALNIH USLUGA I USKLAĐIVANJE HRVATSKOG PRAVA

Tzv. Twin direktive predstavljaju značajan iskorak u pravnom uređenju i prilagodbi ugovornog prava izazovima digitalizacije. Uz nove vrste roba, kao što je roba s ugrađenim digitalnim elementima, pojavljuju se i novi predmeti ugovora, odnosno digitalni sadržaj i digitalne usluge.¹⁹ U tom smislu direktive znatno doprinose digitalizaciji ugovornih odnosa diljem Unije i uvode definicije novih i temeljnih pojmova kao što su digitalni sadržaj, digitalne usluge, roba sa digitalnim elementima, ali i interoperabilnost, funkcionalnost, kompatibilnost i dr. Obje su direktive usvojene kao mjere usklađivanja u kontekstu ostvarivanja cilja unutarnjeg tržišta na temelju čl. 114 UFEU-a,²⁰ i zajednički objavljene u Službenom listu EU-a 22. svibnja 2019.²¹ Do usvajanja Twin direktiva, usklađenost robe s ugovorom bila je uređena Direktivom 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje robe široke potrošnje i o jamstvima za takvu robu.²² Međutim, ova je direktiva bila primjenjiva samo na digitalni sadržaj isporučen na materijalnom nosaču podataka (npr. DVD, CD), čime su ostali potrošači koji su sklopili ugovor o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga bili zaknuti.²³ Iako su usvojene direktive komplementarne i 'trebale bi se međusobno nadopunjavati',²⁴ one se ne preklapaju u području primjene, već uređuju ista pitanja, kao što su neusklađenost (digitalnih sadržaja, digitalnih usluga i robe) s ugovorom, prava i obveze u slučaju neusklađenosti ili neisporuke, te načine ostvarenja njima utvrđenih prava potrošača.²⁵

- 19 Saša Nikšić, „Odgovornost za nedostatke kod ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 70 (poseban broj) /2022, 506.
- 20 Ugovor o funkcioniranju Europske unije, *SL C* 202/1 od 7. lipnja 2016. (pročišćena verzija).
- 21 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 2.
- 22 Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o određenim aspektima prodaje robe široke potrošnje i o jamstvima za takvu robu, *SL L* 171/12, 7. 7. 1999.
- 23 Marko Baretić, „Prava kupca u slučaju materijalnih i pravnih nedostataka na prodanoj stvari“, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Godišnjak 22/2015, Organizator, Zagreb, 25–56.
- 24 Direktiva 2019/770, recital 20, Direktiva 2019/771, recital 13.
- 25 Silvija Petrić, „Ugovorna odgovornost prodavatelja“, *Europsko privatno pravo: posebni dio*, (ur. E. Mišćenić), Školska knjiga, Zagreb 2021, 22; Jorge Morais-

U literaturi se ističe kako Direktiva (EU) 2019/770 ne regulira jedinstveni tip ugovora, već kreira ujednačen pravni režim kod isporuke digitalnih sadržaja i digitalnih usluga, a koji ne bi trebao biti nadmašen brzim tehnološkim razvojem ili razvojem novih poslovnih modela na jedinstvenom digitalnom tržištu.²⁶ U skladu sa recitalom 19 preambule, direktiva nastoji ukloniti „probleme povezane s različitim kategorijama digitalnih sadržaja i digitalnih usluga, te njihovom isporukom.“²⁷ Primjenjuje se isključivo na B2C odnose, odnosno na tuzemno i prekogranično sklopljene ugovore o isporuci digitalnih sadržaja ili digitalnih usluga između potrošača i trgovca. Direktiva (EU) 2019/770 se primjenjuje „na svaki ugovor na temelju kojeg trgovac isporučuje ili se obvezuje isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu potrošaču, a potrošač plaća ili se obvezuje platiti određenu cijenu“, ili ako potrošač dostavlja ili se obvezuje dostaviti osobne podatke trgovcu, odnosno plaća osobnim podacima. Prema čl. 3. Direktiva (EU) 2019/770 se primjenjuje i na sve materijalne nosače podataka koji služe isključivo kao nosači digitalnog sadržaja (npr. USB, memorijske kartice i dr.), te u slučaju kada su digitalni sadržaj ili digitalna usluga razvijeni u skladu sa posebnim specifikacijama potrošača. Iz preambule proizlazi kako to uključuje i posebno prilagođene računalne programe, te „isporuku elektroničkih zapisa potrebnih za ispis 3D robe, u mjeri u kojoj su takvi zapisi obuhvaćeni definicijom digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga u smislu ove Direktive.“²⁸

Direktivom se propisuje i niz isključenja ugovora koji nisu obuhvaćeni njezinim područjem primjene, kao što su usluge koje nisu digitalne, elektroničke komunikacijske usluge, ugovore o zdravstvenoj zaštiti, usluge kockanja i igre na sreću, financijske usluge, softveri na temelju besplatne i otvorene licence, kao i isključenje ugovora o isporuci digitalnog sadržaja kada je isti stavljen na raspolaganje javnosti,

Carvalho, „Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/7712“, *Journal of European Consumer and Market Law* (EuCML), 5(194) /2019, 1.

26 Jorge Morais Carvalho, Farinha Martim, „Goods with Digital Elements, Digital Content and Digital Services in Directives 2019/770 and 2019/771“, *Revista de Direito e Tecnologia*, 2/2020, 259–260; Karin Sein, Gerald Spindler, „The new Directive on contracts for the supply of digital content and digital services – scope of application and trader’s obligation to supply – part 1“, *European Review of Private Law*, 3/2019, 260.

27 Direktiva (EU) 2019/770, recital 19.

28 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 26.

kao što su primjerice digitalne kinematografske projekcije, te digitalni sadržaj koji pružaju tijela javnog sektora država članica.²⁹ Sa ovim je odredbama istovjetno usklađen i hrvatski Zakon o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga (ZDSDU).³⁰ Unatoč isključenju ugovora koji se odnose na zdravstvenu zaštitu, u smislu digitalnih sadržaja i digitalnih usluga koje su medicinski proizvod propisan od strane liječnika odnosno zdravstvenog djelatnika, Direktiva (EU) 2019/770 i posljedično ZDSDU se primjenjuju na zdravstvene odnosno medicinske aplikacije koje nisu propisali liječnici, kao što su npr. aplikacije za prepoznavanje sumnjivih madeža ili za praćenje unosa dnevnih kalorija i slično.³¹ Iako je Direktiva (EU) 2019/770 utemeljena na stupnju potpune ciljane harmonizacije, države članice mogu uređenjem obuhvatiti i ugovore koji su isključeni iz njezina područja primjene ili na drugi način uređivati takve ugovore.³²

Države članice su slobodne u uređenju određenih pravnih aspekata i instituta općeg ugovornog prava, kao što su pravila o sklapanju, valjanosti, ništetnosti ili učincima ugovora, uključujući posljedice raskida ugovora i pravo na naknadu štete.³³ Državama članicama je prepušteno određivanje pravne prirode ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, kao i propisivanje pravila koja nisu specifična za potrošačke ugovore, a kojima se uređuje odgovornost trgovca za skrivene materijalne nedostatke,³⁴ uređivanje zahtjeva potrošača u vezi s odgovornošću za štetu protiv treće strane koja nije trgovac, ali isporučuje ili se obvezala isporučiti digitalni sadržaj ili uslugu,³⁵ uređivanje posljedica neusklađenosti ili neisporuke ako je do njih došlo zbog neočekivane prepreke (npr. viša sila),³⁶ uređivanje pitanja koja se odnose na prava ugovornih strana da uskrate ispunjenje svojih obveza ili njihova dijela dok druga ugovorna strana ne ispuni svoje obveze.³⁷ Države članice uređuju zastarne rokove, dok Direktiva (EU) 2019/770

29 Direktiva (EU) 2019/770, čl. 3 st. 5.

30 ZDSDU, čl. 5.

31 Direktiva 2019/770, recital 29 i čl. 3 st. 5 toč. c.

32 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 16 i čl. 4.

33 Direktiva (EU) 2019/770, čl. 3 st. 10, recital 12, 73.

34 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 12.

35 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 13.

36 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 14.

37 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 15.

osigurava da ti rokovi omogućavaju potrošačima ostvarenje prava u slučaju svake neusklađenosti koja se pojavi u razdoblju od dvije godine od trenutka isporuke.³⁸

Direktiva (EU) 2019/770 preuzeta je u hrvatsko pravoputem ZDSDU-a, koji je na snazi od 1. siječnja 2022.³⁹ U skladu sa odredbama direktive, predmet i svrha Zakona su uređenje usklađenosti digitalnog sadržaja ili digitalne usluge s ugovorom, prava potrošača u slučaju neusklađenosti ili neisporuke te načini ostvarivanja tih prava, i preinaka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge (čl. 1). Prilikom preuzimanja Direktive (EU) 2019/770, usklađivanje hrvatskog ugovornog prava ograničilo se je isključivo na one aspekte ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga koji su izričito uređeni predmetnom direktivom. Josipović i Kanceljak ukazuju kako hrvatski zakonodavac nije iskoristio mogućnost proširenja područja primjene i na ugovore o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga sklopljene između trgovaca međusobno (engl. bussines-to-bussines, B2B), te nije posebno uredio druga pitanja vezana za ugovorni odnos trgovca i potrošača koji nastaje sklapanjem ugovora o isporuci digitalnih sadržaja ili digitalnih usluga, a izvan pravnog uređenja direktive.⁴⁰ Na sve druge aspekte ugovora o isporuci digitalnih sadržaja i digitalnih usluga koji nisu izričito uređeni u ZDSDU, primjenjuju se odredbe Zakona o zaštiti potrošača (ZZP)⁴¹, te odredbe Zakona o obveznim odnosima (ZOO),⁴² kao i odredbe Opće uredbe o zaštiti osobnih podataka,⁴³ te provedbeni propisi Uredbe.

Iako donekle nejasno iz čl. 27 ZDSDU-ao prijelaznim odredbama i čl. 24 Direktive (EU) 2019/770, preambula pojašnjava da se nacionalne propisi kojima se ista preuzima trebaju primjenjivati i na

38 Direktiva (EU) 2019/770, čl. 11, st. 2 i 3, rec. 56, 58.

39 ZDSDU, čl. 27.

40 Tajana Josipović, Ivana Kanceljak, „Ugovorni odnosi“, *Privatno pravo Europske unije: Posebni dio* (ur. Tatjana Josipović), Narodne novine, Zagreb 2022, 148–153.

41 Zakon o zaštiti potrošača, *Narodne novine*, br. 19/22. i 59/23.

42 Zakon o obveznim odnosima, *Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22, 145/23 i 155/23.

43 Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju van izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), *SL L* 119/1.

ugovore na određeno i neodređeno vrijeme sklopljene prije početka primjene propisa, ali samo u odnosu na digitalni sadržaj ili digitalne usluge koji su isporučeni nakon stupanja na snagu nacionalnih propisa, izuzev odredbi o preinaci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, koje se primjenjuju na ugovore sklopljene nakon stupanja propisa na snagu.⁴⁴ Stoga se odredbe ZDSDU-a primjenjuju se na isporuku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge koja se provodi od 1. siječnja 2022. godine, dok se odredbe čl. 20 o preinaci digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, te odredbe čl. 21 o pravima trgovca na pravnu zaštitu u odnosu na osobe odgovorne za neusklađenost ili neisporuku u prethodnim fazama lanca transakcije primjenjuju samo na ugovore sklopljene nakon tog datuma.⁴⁵

3. UGOVOR O ISPORUCI DIGITALNOG SADRŽAJA I DIGITALNIH USLUGA

Po uzoru na čl. 3, st. 1 Direktive (EU) 2019/770, čl. 5, st. 1 i 2 ZDSDU-a propisuju da se ugovorom o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga uređuje odnos između trgovca, koji isporučuje ili se obvezuje isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu, i potrošača, koji za taj digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu plaća ili se obvezuje platiti određenu cijenu, odnosno dostavlja ili se obvezuje dostaviti osobne podatke.

3.1. Ugovorne strane

Iz definicije ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga proizlazi da je riječ o ugovoru koji se sklapa između trgovca i potrošača, pri čemu Direktiva (EU) 2019/770 dopušta proširenje oba ova pojma prilikom preuzimanja direktive u nacionalno pravo. Omogućeno je proširenje definicije potrošača na fizičke ili pravne osobe koje se prema odredbama Direktive (EU) 2019/770 ne smatraju potrošačima a korisnici su digitalnog sadržaja i digitalnih usluga (npr. nevladine organizacije, start-up poduzeća, MSP-ovi),⁴⁶ ali i proširenje primjene odredbi i na pružatelje platforme koji ne ispunjavaju zahtjeve

44 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 83.

45 ZDSDU, čl. 27.

46 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 16.

na temelju kojih bi ih se u skladu s odredbama Direktive (EU) 2019/770 smatralo trgovcima.⁴⁷ Hrvatski zakonodavac nije iskoristio predviđene opcije, te je doslovce preuzeo direktivom propisane definicije. Tako je u čl. 3 sl. e Zakona trgovac definiran kao „svaka fizička ili pravna osoba koja djeluje, među ostalim, preko drugih osoba koje djeluju u ime ili za račun te fizičke ili pravne osobe, u svrhe povezane sa svojom trgovačkom, poslovnom, obrtničkom ili profesionalnom djelatnošću u vezi s ugovorima obuhvaćenima ovim Zakonom“, dok je potrošač u čl. 3 sl. f definiran kao „svaka fizička osoba koja u vezi s ugovorima obuhvaćenima ovim Zakonom djeluje u svrhe koje ne ulaze u okvir njezine trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti“.

Preambula Direktive (EU) 2019/770 adresira i ugovore sa dvojnog svrhom, no koristi drukčiju formulaciju nego li prethodne direktive, npr. Direktiva 2011/83/EU ili Direktiva 2014/17/EU, u kojima se državama članicama sugerira da u slučaju ugovora koji su sklopljeni u svrhu koja je djelomično u okviru i djelomično izvan okvira trgovačke djelatnosti koju osoba obavlja, primjene kriterij prevladavajuće svrhe.⁴⁸ Direktiva (EU) 2019/770 propisuje da bi države članice trebale i dalje moći slobodno „odrediti bi li tu osobu, i pod kojim uvjetima, također trebalo smatrati potrošačem“,⁴⁹ te i dalje primjenjuje kriterij prevladavajuće svrhe ističući da je u takvim ugovorima „svrha trgovačke djelatnosti ograničena (je) i ne prevladava u cjelokupnom kontekstu ugovora“.⁵⁰ Time potvrđuje stav izražen u praksi Suda EU-a, prema kojem je tzv. kriterij neznatnosti ili zanemarivosti iz predmeta *Gruber*,⁵¹ prevaziđen, kako to ističe AG *Cruz Villalónu* predmetu *Costea*⁵² uravnoteženijim rješenjem „koje se temelji na kriteriju prevladavajuće svrhe u cjelokupnom kontekstu ugovora“.⁵³ Isti stav zauzet je i u predmetu *YYY. (Notion de consommateur)* u kojem na upit poljskog suda, koji

47 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 18.

48 Direktiva 2011/83/EU, rec. 17 i Direktiva 2014/17/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 4. veljače 2014. o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene nekretnine i o izmjeni direktiva 2008/48/EZ i 2013/36/EU i Uredbe (EU) br. 1093/2010, *SL L* 60, rec. 12.

49 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 17.

50 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 17.

51 Presuda od 20. siječnja 2005, C-464/01, *Gruber*, EU:C:2005:32.

52 Presuda od 3. rujna 2015, C-110/14, *Costea* EU:C:2015:538, para. 31.

53 Mišljenje nezavisnog odvjetnika *Cruz Villalónu* u predmetu C-110/14, *Costea*, EU:C:2015:271, para. 40.

se poziva na zaključke iz predmeta *Gruber*, Sud EU-a odgovara da je potrebno primijeniti kriterij prevladavajuće svrhe.⁵⁴

Ipak, pojedini autori ukazuju na moguću nedosljednost koja može proizaći iz ovakvog uređenja kao i tumačenja u pojedinim predmetima Suda EU-a, kao što su to *Milivojević* i *Schrems*.⁵⁵ No, treba imati u vidu da se tumačenja Suda EU-a u ovim predmetima ne podudaraju i da u istima Sud EU-a više ne zastupa kriterij neznatnosti profesionalne svrhe u cjelokupnom kontekstu ugovora, već ističe da veza između sklopljenog ugovora potrošača i profesionalne djelatnosti treba biti tako slaba i imati zanemarivu ulogu u kontekstu sklopljenog ugovora.⁵⁶ U predmetu *Schrems*, Sud EU-a bavi se određenjem pojma potrošača na digitalnom tržištu, te pojašnjava kako korisnik digitalne društvene mreže namijenjene uporabi tijekom dužeg razdoblja, zadržava status potrošača „samo ako u bitnome neprofesionalno korištenje tih usluga, za koje je prvotno sklopio ugovor, nije naknadno steklo u bitnome profesionalni karakter“.⁵⁷ Štoviše u predmetu *Schrems*, Sud EU-a zaključuje kako protekom vremena osoba ne može izgubiti status potrošača, bez obzira što se naknadno počinje baviti profesionalnom djelatnosti, navodeći kako „ni stručnost koju ta osoba može steći u području kojem pripadaju navedene usluge, ni njezino zauzimanje u svrhu zastupanja prava i interesa korisnika tih usluga ne lišavaju je njezina svojstva „potrošača“ u smislu članka 15 Uredbe br. 44/2001(...), te kako „korisnik privatnog Facebook računa ne gubi svojstvo „potrošača“ u smislu tog članka kad objavljuje knjige, drži predavanja, vodi internet-ske stranice, prikuplja donacije te mu se ustupaju zahtjevi brojnih potrošača radi njihova ostvarivanja sudskim putem.“⁵⁸ Kako to s pravom i kritički ističe *Basedow*, kratka verzija ove presude bila bi: „jednom potrošač, uvijek potrošač.“⁵⁹

54 Presuda od 8. lipnja 2023, C-570/21, *YYY*. (*Notion de consommateur*), EU: C:2023:456, para. 64.

55 J. Morais Carvalho, M. Farinha, *op. cit.*, 261–262; Petra Weingerl, „Varstvo potrošnikovin digitalna ekonomija v EU: kdo je potrošnik?“, *Digitalno gospodarstvo: konferenčni zbornik / X. posvet Pravo in ekonomija* 2018, 1.

56 Presuda od 14. veljače 2019, C-630/17, *Milivojević* EU:C:2019:123, para. 91; presuda od 24. siječnja 2018, C-498/16, *Schrems*, EU:C:2018:37, para. 32.

57 *Schrems*, para. 38.

58 *Schrems*, para. 39 i 41.

59 Jurgen Basedow, *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Cambridge: Intersentia 2021, 515.

Dotle je u pogledu definicije pojma trgovca vrlo važno ne izgubiti iz vida obuhvaćanje drugih osoba koje djeluju u ime i za račun trgovaca kao fizičkih i pravih osoba, odnosno posrednika, uključujući i mogućnost obuhvaćanja pružatelja platforme koji ne ispunjavaju zahtjeve na temelju kojih bi ih se u skladu s odredbama Direktive (EU) 2019/770 smatralo trgovcima.⁶⁰ Tako se je u pogledu uloge posrednika kao trgovaca i prodavatelja, Sud EU-a u više navrata očitovao na način da ih je obuhvatio definicijom trgovca i time pružio zaštitu potrošaču. U predmetu *Wathelet*, Sud EU-a zaključuje da pojam trgovac u smislu definicije prodavatelja iz Direktive 99/44/EZ „obuhvaća i poslovnog subjekta koji nastupajući kao posrednik za račun pojedinca nije uredno obavijestio potrošača-kupca o tome da je pojedinac vlasnik stvari koja se prodaje“, a neovisno o naknadi za posredovanje.⁶¹ Do odgovarajućih zaključaka dolazi i u predmetima koji se tiču poslovanja putem internetskih platformi. Odgovarajući na pitanje da li se posrednik koji distribuira i prodaje ulaznice putem internetske stranice a za događaje koje organizira treća osoba smatra trgovcem, Sud EU-a u predmetu *Tiketa* zaključuje da je trgovac iz Direktive 2011/83/EU „...i fizička ili pravna osoba koja djeluje kao posrednik, u ime ili za račun tog trgovca, pri čemu se taj posrednik i glavni trgovac oboje mogu kvalificirati kao „trgovci“ u smislu te odredbe a da nije potrebno da se time utvrdi postojanje dvostrukog pružanja usluga.“⁶² U predmetu *Eventim* o prodaji ulaznica za koncert posredstvom internetske platforme, utvrđuje da se izuzeće od prava odustajanja može primijeniti na potrošača koji je sklopio ugovor na daljinu i online s posrednikom koji djeluje u svoje ime, ali za račun organizatora aktivnosti u slobodnom vremenu.⁶³

Prikazani zaključci iz prakse Suda EU-a odgovaraju tumačenjima iz preambule Direktive (EU) 2019/770, prema kojima se internetske platforme mogu smatrati trgovcima ako „djeluju u svrhe koje se odnose na njihovo vlastito poslovanje i kao izravan ugovorni partner potrošača za isporuku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.“⁶⁴ Čak i kada nisu izravni ugovorni partner potrošača, države članice internetske platforme mogu obuhvatiti definicijom trgovca.⁶⁵ Uz internetske

60 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 18.

61 Presuda od 9. studenog 2016, C-149/15, *Wathelet*, EU:C:2016:840, para. 46.

62 Presuda od 24. veljače 2022, C-536/20, *Tiketa*, EU:C:2022:112, para. 54.

63 Presuda od 31. ožujka 2022, C-96/21, *Eventim*, EU:C:2022:238, para. 56.

64 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 18.

65 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 18.

platforme, posrednicima se smatraju i servisi koji omogućavaju interakciju između pružatelja digitalne usluge ili digitalnog sadržaja i kupca, putem kojih programeri potrošačima prodaju svoje aplikacije i digitalne usluge (npr. *Apple Store* i *Google Play*). U daljnje primjere ubrajaju se platforme za streaming sadržaja, koje posreduju između tvorca sadržaja i potrošača kao digitalnih pretplatnika (npr. *Netflix*). Tu su i brojne platforme za distribuciju video igara i digitalnih sadržaja za računalne igre (npr. *Stream*, *PlayStation Network*), kao i platforme za kupovinu i preuzimanje glazbe, e-knjiga i drugih digitalnih sadržaja (npr. *Spotify*).

3.2. Bitni sastojci ugovora

Usklađeno sa čl. 3 st. 1 Direktive (EU) 2019/770, predmet ugovora iz čl. 5 st. 1 ZDSDU-a se odnosi na isporuku digitalnog sadržaja i/ili digitalne usluge potrošaču. Riječ je o novim predmetima ugovora čije su definicije doslovce preuzete iz čl. 2 st. 1 i 2 Direktive (EU) 2019/770. Tako čl. 3 sl. a ZDSDU-a digitalni sadržaj definira kao podatke koji se proizvode i isporučuju u digitalnom obliku. Ova definicija u potpunosti odgovara definiciji iz čl. 4 t. 3 ZZP-a, a kako je ovdje ista prvobitno usklađena sa onom iz čl. 2 t. 11 Direktive 2011/83/EU. Dotle je digitalna usluga u čl. 3 sl. b ZDSDU-a definirana kao „1. usluga kojom se potrošaču omogućuju stvaranje, obrada i pohrana podataka u digitalnom obliku ili pristup njima ili 2. usluga kojom se omogućuje dijeljenje ili bilo koja druga interakcija s podacima u digitalnom obliku koje učitava ili stvara potrošač ili drugi korisnici te usluge.“

Prema preambuli Direktive (EU) 2019/770 široko postavljene definicije trebaju biti otporne na brzi tehnološki razvoj i obuhvatitise buduće proizvode ove naravi, koji se mogu razviti i pojaviti na digitalnom tržištu. No, doktrina ističe kako obuhvaćanje širokog spektra mogućnosti može rezultirati preklapanjem pojmova i poteškoćama u razlučivanju digitalnog sadržaja od digitalne usluge.⁶⁶ U preambuli se stoga daju primjeri prema kojima definicijama mogu biti obuhvaćeni računalni programi, aplikacije, video datoteke, audio datoteke, glazbene datoteke, digitalne igre, e-knjige i druge e-publikacije, „te digitalne usluge koje omogućuju stvaranje, obradu ili pohranu podataka u digitalnom obliku te pristup tim podacima, uključujući poslovni model

66 J. Morais Carvalho, M. Farinha, *op. cit.*, 260.

„softver kao usluga“, kao što je dijeljenje video i audiozapisa te druge usluge pohranjivanja datoteka na poslužitelje (file hosting), obradu teksta ili igre koje se nude u okružju računalstva u oblaku i društvene medije.“⁶⁷ Na odgovarajući način u čl. 4 toč. 2 ZZP-a, digitalna usluga je definirana istovjetno odredbama Direktive (EU) 2019/770 i ZDSDU-a, uz dodatak primjera preuzetih iz preambule: „...kao što su usluge za dijeljenje videozapisa i audiozapisa te druge usluge pohranjivanja datoteka na poslužitelje (*filehosting*), pohrana podataka u oblaku, elektronička pošta, društveni mediji i aplikacije u oblaku.“ Pritom, treba uočiti kako ovi primjeri preuzeti iz preambule Direktive (EU) 2019/770 u definiciju digitalne usluge iz ZZP-a, nisu preuzeti u ZDSDU.

U istom recitalu 19 preambule Direktive (EU) 2019/770 se ujedno tumače uvedeni europski autonomni pojmovi na način da se zahtijeva da se Direktiva i posljedično nacionalne odredbe primjenjuju neovisno o medijima upotrijebljenima za prijenos ili za davanje pristupa digitalnom sadržaju ili digitalnim uslugama, ali se ne primjenjuje na usluge pristupa internetu, koje podliježu drugim propisima EU-a.⁶⁸ Naime, digitalni sadržaj i digitalne usluge se mogu isporučivati na različite načine putem materijalnog nosača podataka, preuzimanjem na uređaje, putem streaminga na internetu, pristupom kapacitetima za pohranu digitalnog sadržaja ili pristupom korištenja društvenim mrežama. Iz istog razloga, lako može doći do poteškoća u određenju predmeta ugovora i posljedično primjene relevantnog propisa, budući da treba razlikovati ugovoreni predmet ugovora od sredstva upotrijebljenog za pristup istima ili za njihovo preuzimanje.⁶⁹ Tako su primjerice Direktiva (EU) 2019/770 i posljedično ZDSDU, primjenjivi na digitalni sadržaj koji je isporučen na materijalnom nosaču podataka, kao što su DVD, CD ili USB memorije i memorijske kartice, te i na njih same pod uvjetom da materijalni nosači podataka služe isključivo kao nosači digitalnog sadržaja.⁷⁰

67 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 19.

68 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 19.

69 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 41.

70 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 20, čl. 3 st. 3. No, u pogledu obveze isporuke, prava u slučaju neisporuke, kao i prava na jednostrani raskid ugovora trebale bi se primjenjivati odredbe Direktive 2011/83/EU odnosno usklađene odredbe ZZP-a, na takve materijalne nosače podataka i na digitalni sadržaj koji se na njima isporučuje. Treba uočiti kako ovaj zahtjev iz preambule Direktive (EU) 2019/770 nije usklađen sa izmjenama Direktive 2011/83/EU uvedenima

Usklađeno sa čl. 3 st. 4 Direktive (EU) 2019/770, ZDSDU se ne primjenjuje na digitalni sadržaj ili digitalne usluge koji su ugrađeni u robu ili su povezani s robom i koji se isporučuju zajedno s robom na temelju ugovora o kupoprodaji te robe, a u slučaju dvojbe čini li isporuka ugrađenog ili povezanog digitalnog sadržaja ili digitalne usluge dio ugovora o kupoprodaji, predmnijeva se da su digitalni sadržaj ili digitalna usluga obuhvaćeni ugovorom o kupoprodaji.⁷¹ Na robu koja u sebi ima ugrađen digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu ili je s njima povezana tako da bi bez njihove prisutnosti funkcioniranje robe bilo onemogućeno, a ako je isporuka istih obuhvaćena ugovorom o kupoprodaji robe, primjenjiva je Direktiva (EU) 2019/771, odnosno relevantne odredbe ZOO-a, budući da se radi o robi sa digitalnim elementima definiranoj u čl. 3 sl. c ZDSDU-a.⁷²

U preambuli Direktive (EU) 2019/770 se kao primjeri navode pametni televizori sa integriranim video aplikacijama i pametni satovi sa integriranim aplikacijama. Primjerice u slučaju kupnje pametnog telefona sa standardnim aplikacijama koje su unaprijed instalirane, pametnog TV uređaja koji uključuje aplikacije Netflix i YouTube, električnog automobila sa ugrađenom aplikacijom za pregled statusa punjenja baterije, automobila sa ugrađenim digitalnim sustavom navigacije, prijenosnog računala sa unaprijed instaliranim programom Microsoft Office predmnijeva se da su digitalni sadržaj ili digitalna usluga obuhvaćeni ugovorom o kupoprodaji robe sa digitalnim elementima,⁷³ a na kojeg se primjenjuju odredbe ZOO-a usklađene sa Direktivom (EU) 2019/771. Ukoliko kupoprodajom nije obuhvaćen program, kojeg potrošač kupi i instalira naknadno i odvojeno od kupnje računala, iste odredbe se

Omnibus Direktivom (EU) 2019/2161 preuzetima u nacionalna prava država članica. Tako i čl. 43 ZZP-a područje primjene odredbi preuzetih iz Direktive 2011/83/EU ograničava na ugovore temeljem kojih trgovac potrošaču isporučuje ili se obvezuje isporučiti digitalni sadržaj koji se ne isporučuje na materijalnom nosaču podataka ili digitalnu uslugu, čime isključuje primjenu navedenih prava potrošača.

71 Čl. 5, st. 5 i 6 ZDSDU-a.

72 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 21. Vid.: Ivana Kanceljak, „Određeni aspekti ugovora o prodaji robe na digitalnom tržištu i preuzimanje u hrvatsko pravo“, *Pravna zaštita pojedinaca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije*, (ur. J. Barbić), Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti 2021, 65–93.

73 Karin Sein, „The Applicability of the Digital Content Directive and Sales of Goods Directive to Goods with Digital Elements“, *Juridica International*, 30/2021, 24–5.

primjenjuju samo na ugovor o kupoprodaji prijenosnog računala, dok se odredbe Direktive (EU) 2019/770 odnosno ZDSDU-a primjenjuju na isporuku programa, ako su ispunjeni uvjeti za primjenu. U slučaju dvojbe je li isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge dio ugovora o kupoprodaji, s ciljem otklanjanja nesigurnosti za potrošače i trgovce, sugerira se primjena odredbi usklađenih sa Direktivom (EU) 2019/771.⁷⁴ Kod ugovora koji kombiniraju isporuku robe, drugih usluga sa isporukom digitalnog sadržaja ili digitalne usluge u paketu, kao što su to pružanje usluga digitalne televizije i kupnja elektroničke opreme, usklađeno sa direktivom, odredbe ZDSDU-ase primjenjuju samo na elemente ugovora koji se tiču digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.⁷⁵

Drugi bitni sastojak ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga su cijena i/ili dostava odnosno obveza dostave osobnih podataka kojima se plaća isporučeni digitalni sadržaj ili digitalne usluge. Usklađeno sa Direktivom (EU) 2019/770, čl. 3 sl. g ZDSDU-a cijenu definira kao novčani iznos ili digitalno iskazanu vrijednost koje je potrebno platiti u zamjenu za isporuku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge. Iz preambule Direktive (EU) 2019/770 proizlazi kako potrošači koriste digitalno iskazanu vrijednost za plaćanje različitih roba i usluga na jedinstvenom digitalnom tržištu, te je stoga treba smatrati načinom plaćanja. Njome su obuhvaćeni elektronski vaučeri ili e-kuponi, ali bi trebalo obuhvatiti i virtualne valute, u mjeri u kojoj su priznate nacionalnim pravom.⁷⁶ Pritom se digitalno iskazana vrijednost čija je jedina svrha plaćanjene smije sama po sebi smatrati digitalnim sadržajem ili digitalnom uslugom.⁷⁷

Kao protučinidbu za isporučeni digitalni sadržaj ili digitalne usluge potrošač nerijetko dostavlja ili se obvezuje dostaviti svoje osobne podatke. Time je ovim propisom, kao i u čl. 43 st. 2 ZZZP-a, koji je u tom smislu usklađen sa izmjenama iz Omnibus direktive, napokon kodificirana dugogodišnja praksa plaćanja raznih usluga i sadržaja trgovaca osobnim podacima, osim kad se isti dostavljaju trgovcu upravo u svrhu isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ili zbog drugih propisanih pravnih zahtjeva, kao npr. situacije u kojima je registracija

74 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 21.

75 Čl. 5. st. 8. ZDSDU-a; Direktiva (EU) 2019/770, čl. 3 st. 6 i rec. 33.

76 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 23.

77 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 23.

potrošača potrebna radi identifikacije.⁷⁸ *Ratio* je ovih odredaba pružiti pravnu zaštitu i onim potrošačima kojima se digitalni sadržaj ili digitalne usluge naizgled isporučuju „besplatno“ te im omogućiti jednaka prava kojima raspolažu potrošači koji za takve usluge plaćaju novčani iznos.⁷⁹ Izuzetak je ako trgovac osobne podatke „obrađuje isključivo u svrhu isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge“ ili kako bi se uskladio s pravnim zahtjevima kojima podliježe, a te podatke ne obrađuje u druge svrhe (npr. registracija radi identifikacije i sigurnosne svrhe).⁸⁰ Direktiva (EU) 2019/770 pojašnjava kako se pravila ne bi trebala primjenjivati „kada trgovac prikuplja samo metapodatke, kao što su informacije o uređaju potrošača ili povijesti pretraživanja“, a do primjene može doći samo ako se prema nacionalnom pravu takva situacija smatra ugovorom.⁸¹

Svoje pravo na zaštitu osobnih podataka i pravo na povlačenje privole za obradu istih, potrošač može ostvariti u svakom trenutku u skladu sa odredbama Opće uredbe o zaštiti podataka.⁸² Kako bi se spriječila zloupotreba osobnih podataka, na sve osobne podatke koji se obrađuju u ugovorima o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, primjenjuju se odredbe prava Unije o zaštiti podataka. Sukladno tome u čl. 5 st. 11 ZDSDU-a utvrđuje se primjena prava Unije o zaštiti osobnih podataka primjenjuje se na sve osobne podatke koji se obrađuju u vezi s ugovorima iz čl. 5 st. 1, te u slučaju proturječnosti između odredbi Zakona i prava Unije o zaštiti osobnih podataka, pravo Unije ima prednost.

4. ISPUNJENJE UGOVORA

Kada je riječ o ispunjenju ugovora, trgovac je dužan potrošaču ispuniti ugovor u skladu s odredbama ugovora, ZDSDU-a, ZZP-a kao propisa koji uređuje zaštitu potrošača i ZOO-a kao propisa koji

78 Direktiva 2019/770, rec. 25 i čl. 3, st. 1.

79 European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content 2017, 7.

80 Direktiva (EU) 2019/770, čl. 3, st. 1.

81 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 25.

82 Danijela Vrbljanac, „Zaštita osobnih podataka“, *Europsko privatno pravo: posebni dio*, (ur. E. Mišćenić), Školska knjiga, Zagreb 2019, 288–344.

uređuje obveznopravne odnose. Obveza potrošača kao kupca digitalnog sadržaja i/ili digitalne usluge je ispunjena kada plati cijenu, odnosno umjesto plaćanja cijene trgovcu dostavi ili se obveže dostaviti osobne podatke. Općenito govoreći, ugovorna obveza se smatra se ispunjenom kada i ako je ispunjena u skladu s ugovorom, odnosno na vrijeme, u cijelosti i na pravilan način.⁸³ Kod ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga trgovac je stoga dužan potrošaču isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu bez nepotrebne odgode nakon sklapanja ugovora, te u skladu sa propisanim subjektivnim i objektivnim zahtjevima usklađenosti ugovorenog digitalnog sadržaja ili digitalne usluge sa ugovorom.⁸⁴ Pored toga, uredno ispunjenje ugovornih obveza trgovca zahtijeva i ispravnu integraciju digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga u digitalnom okružju, a kako bi isti pravilno funkcionirali. Konačno, uredno ispunjenje ugovornih obveza zahtijeva i nepostojanje prava trećih strana na digitalnom sadržaju ili digitalnim uslugama, o čemu više riječi u tekstu koji slijedi.

4.1. Isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge

Prema čl. 6 st. 1 ZDSDU-a, ako drukčije nije ugovoreno, trgovac je dužan isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu bez nepotrebne odgode nakon sklapanja ugovora. U pogledu isporuke, smatra se da je trgovac ispunio svoju obvezu u trenutku „kada su digitalni sadržaj ili bilo koje drugo sredstvo prikladno za pristup digitalnom sadržaju ili njegovo preuzimanje stavljeni na raspolaganje ili učinjeni dostupnim potrošaču ili fizičkom ili virtualnom uređaju koji je potrošač odabrao u tu svrhu“.⁸⁵ Stoga, što se tiče ispunjenja obveze isporuke digitalnog sadržaja, Twigg-Flesner kritički ističe kako posljednji i najvažniji korak preuzimanja digitalnog sadržaja zapravo pada na potrošača.⁸⁶ U pogledu isporuke digitalne usluge, trgovac je ispunio svoju obvezu isporuke u trenutku „kada je digitalna usluga učinjena dostupnom potrošaču ili fizičkom ili virtualnom uređaju koji je potrošač odabrao u tu svrhu.“⁸⁷

83 T. Josipović, I. Kanceljak, *op. cit.*, 77.

84 ZDSDU, čl. 6 i 7.

85 ZDSDU, čl. 6, st. 2 sl. a.

86 Christian Twigg-Flesner, „Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services“, *The impact of digitalization on private law*, (eds. E. Arroyo Amayuelas, S. Cámara Lapuente), 2020, 9.

87 ZDSDU, čl. 6 st. 2 sl. b.

Kao što je iznad spomenuto, postoje različiti načini isporuke digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga, npr. preuzimanjem na uređaj, prenošenjem tehnologijom streaminga, omogućavanjem pristupa kapacitetu za pohranjivanje, omogućavanjem pristupa korištenja društvenih mreža, putem materijalnog nosača podataka.⁸⁸ Trgovac je odgovoran je za svaku neisporuku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge potrošaču, budući da je isporuka istih njegova glavna ugovorna obveza,⁸⁹ te je u slučaju povrede pravila o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalne usluge teret dokazivanja na trgovcu.⁹⁰

U preambuli Direktive ističe se da je potrebno utvrditi jednostavna i jasna pravila o načinima i vremenu za ispunjenje obveze isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, te da treba smatrati da su „stavljene na raspolaganje ili učinjeni dostupnim potrošaču kada digitalni sadržaj ili digitalna usluga, ili bilo koje sredstvo prikladno za pristup njima ili njihovo preuzimanje, dođu do potrošača te trgovac ne treba poduzeti nikakve dodatne korake kako bi potrošaču omogućio upotrebu digitalnog sadržaja ili digitalne usluge u skladu s ugovorom“.⁹¹ Također, trebalo bi biti dovoljno da trgovac isporuči digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu trećoj strani koju je potrošač odabrao za primanje ili pohranu istih, budući da trgovac načelno ne odgovara za postupanja ili propuste treće strane koja upravlja fizičkim ili virtualnim uređajem, npr. e-platformom ili uređajem za pohranu podataka u oblaku.⁹² No, jednako tako se napominje kako u slučajevima kada je potrošač primoran i nema drugog izbora nego li odabrati fizički ili virtualni uređaj koji mu ponudi trgovac za primanje ili pristup digitalnom sadržaju ili digitalnoj usluzi, ili ako je uređaj pod kontrolom ili ugovorno povezan sa trgovcem, tada se ne može smatrati da je potrošač odabrao uređaj. U tom slučaju se obveza isporuke ne bi trebala smatrati ispunjenom ako su digitalni sadržaj ili digitalna usluga isporučeni na fizički ili virtualni uređaj, ali ih potrošač ne može primiti ili im pristupiti u skladu sa pravilima direktive odnosno Zakona, te kupac raspolaže pravima u slučaju neisporuke.⁹³

88 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 19.

89 Direktiva (EU) 2019/770, čl. 11, st. 1.

90 Direktiva (EU) 2019/770, čl. 12, st. 1.

91 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 41.

92 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 41.

93 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 41.

4.2. Usklađenost digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga s ugovorom

Pored uredne isporuke, usklađenost digitalnog sadržaja ili digitalne usluge s ugovorom jest temeljna pretpostavka za uredno ispunjenje ugovorne obveze trgovca. Ispunjenje tzv. zahtjeva usklađenosti (engl. conformity requirement) predstavlja okosnicu uređenja direktiva EU-a o kupoprodaji, kako prijašnje Direktive 99/44/EZ, tako i tzv. Twin direktiva. No, različito od svoje prethodnice Direktive 99/44/EZ koja je polazila od općeg zahtjeva usklađenosti robe sa ugovorom (engl. conformity with the contract) i propisivala situacije u kojima se oborivo predmnijeva da je roba u skladu sa ugovorom, Direktiva (EU) 2019/770 i Direktiva (EU) 2019/771 u bitnome mijenjaju koncept uređenja. Obje direktive na međusobno usklađen način propisuju zahtjeve subjektivne i objektivne zahtjeve u pogledu usklađenosti koji moraju biti kumulativno ispunjeni, kao i zahtjeve ispravne instalacije robe odnosno integracije digitalnog sadržaja i digitalne usluge, a kako bi roba ili roba sa digitalnim elementima odnosno digitalni sadržaj i digitalne usluge bili usklađeni s ugovorom.⁹⁴ Pored toga, različito od prijašnje Direktive 99/44/EZ, Twin direktive uređuju i odgovornost za pravne nedostatke u slučaju postojanja prava trećih strana, propisujući isti sustav sankcija kao i za materijalne nedostatke, osim ako je nacionalnim pravom predviđena ništetnost ugovora ili raskid ugovora.

Prema *Morais Carvalho* usklađenost se procjenjuje usporedbom ugovorene obveze i izvršenog ugovora prema kriterijima koji su kategorizirani kao: subjektivni zahtjevi koje potrošač očekuje s obzirom na sklopljeni ugovor, objektivni zahtjevi koje potrošač uobičajeno očekuje od digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, pravilnost integracije i prava trećih.⁹⁵ U pogledu isporuke digitalnog sadržaja i digitalnih usluga koji prethodno nisu bili obuhvaćeni pravnih uređenjem, uvođenje i uređenje ovih zahtjeva predstavlja značajan iskorak. Kako to ističe *Twigg-Flesner*, u slučaju nepostojanja zakonskog uređenja o usklađenosti digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, dogovor o funkcionalnosti, kvaliteti, kompatibilnosti i drugim aspektima digitalnog sadržaja i digitalne usluge morao bi se postizati pri svakom pojedinom sklapanjutakvih ugovora.⁹⁶ Stoga, kao rezultat usklađivanja sa Direktivom (EU) 2019/770

94 S. Petrić, *op. cit.*, 55.

95 J. Morais Carvalho, *op. cit.*, 12.

96 Ch. Twigg-Flesner, *op. cit.*, 3.

u čl. 7. ZDSU propisuje kako je trgovac potrošaču dužan isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu koji ispunjavaju zahtjeve navedene u čl. 8, 9 i 10 Zakona, ne dovodeći u pitanje čl. 11 koji se odnosi na prava trećih strana.

4.2.1. Subjektivni i objektivni zahtjevi usklađenosti

Polazište Direktive (EU) 2019/770 je da, kako radi postizanja usklađenosti i jamstva prava potrošača, posebice kada su ugovoreni niski standardi zaštite, digitalni sadržaj ili digitalna usluga trebaju biti u skladu „ne samo sa subjektivnim zahtjevima u pogledu usklađenosti, nego i s objektivnim zahtjevima u pogledu usklađenosti“.⁹⁷ Usklađeno sa čl. 7 Direktive (EU) 2019/770, ZDSU u čl. 8 utvrđuje subjektivne zahtjeve usklađenosti koji proizlaze neposredno iz odnosa trgovca i potrošača, a prema kojima digitalni sadržaj ili digitalna usluga moraju: „a) odgovarati opisu, količini i kvaliteti te posjedovati funkcionalnost, kompatibilnost, interoperabilnost i druge značajke kako je utvrđeno ugovorom; b) biti prikladni za bilo koju posebnu namjenu za koju su potrebni potrošaču i s kojom je potrošač upoznao trgovca najkasnije u trenutku sklapanja ugovora te u odnosu na koju je trgovac dao pristanak; c) biti isporučeni sa svom dodatnom opremom, uputama, uključujući upute za instalaciju, i korisničkom podrškom, kako je utvrđeno ugovorom i d) ažurirati se kako je utvrđeno ugovorom.“ Iznova se zahtijeva usklađenost sa pravilima preuzetima iz Direktive 2011/83/EU, pa su ovi zahtjevi posljedično i sastavni dio predugovornih informacija u čl. 60 st. 1 ZZP-a (toč. 14, 15, 20, 21), a o kojima trgovac mora transparentno obavijestiti potrošača prije obvezivanja ponudom ili sklapanja ugovora izvan poslovnih prostorija trgovca ili ugovora na daljinu.

Budući da se subjektivni zahtjevi usklađenosti pored standardnih zahtjeva ispunjavanja ugovorenog opisa, količine i kvalitete odnose na novouvedene i zahtjevne pojmove, kao što su funkcionalnost, kompatibilnost i interoperabilnost, pored samih definicija ovih pojmova, preambula nudi primjere sa objašnjenjima subjektivnih zahtjeva usklađenosti. Tako se primjerice navodi da bi digitalni sadržaj ili digitalna usluga trebali ispunjavati ugovorene uvjete primjerice u pogledu broja glazbenih datoteka kojima se može pristupiti, ali i kvalitete, odnosno u pogledu rezolucije slike, jezika i verzije koji su ugovoreni.⁹⁸ Kao primjer

97 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 45.

98 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 42.

se može navesti ugovaranje Spotify Premium, koji omogućava preuzimanje do 10.000 pjesama na pet različitih uređaja i njihovo preslušavanje offline. Digitalni sadržaj i digitalna usluga također trebaju ispunjavati zahtjeve u pogledu sigurnosti, funkcionalnosti, kompatibilnosti, interoperabilnosti i drugih značajki, kako je utvrđeno ugovorom. Riječ je o pojmovima koji nisu tipično pravni i koji se odnose na tehničko funkcioniranje digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, pa tako funkcionalnost u biti zahtijeva da isti budu u stanju izvršavati funkcije za koje su namijenjeni, kompatibilnost da mogu funkcionirati sa hardverom ili softverom sa kojima se obično koriste a bez njihova konvertiranja, dok se interoperabilnost odnosi na mogućnost funkcioniranja ili razmjene informacija sa hardverom ili softverom drukčijima od onih sa kojima se obično koriste.⁹⁹ Preambula Direktive (EU) 2019/770 pojašnjava da se funkcionalnost odnosi na način na koji se digitalni sadržaj ili digitalna usluga mogu upotrijebiti, pri čemu bi „izostanak ili prisutnost tehničkih ograničenja poput zaštite putem upravljanja digitalnim pravima ili regionalnog kodiranja“ mogli utjecati na mogućnost izvršavanja svih funkcija s obzirom na njihovu svrhu.¹⁰⁰

Važan aspekt digitalnog sadržaja i digitalnih usluga se odnosi na njihovo uredno ažuriranje, a bez kojeg iste nerijetko nisu u mogućnosti uredno funkcionirati. Pritom, ne treba izgubiti iz vida afere uzrokovane uporabom nepoštene poslovne prakse u okviru kojih su ažuriranja bila korištena upravo sa ciljem onemogućavanja djelovanja digitalnih sadržaja i usluga, kao i uređaja sa ugrađenim digitalnim sadržajima u predmetima kao što su Apple i Samsung.¹⁰¹ Iz istog je razloga izuzetno važno što su ažuriranja postala predmetom pravnog uređenja Direktive (EU) 2019/770 i posljedično nacionalnih pravnih poredaka. Tako, prema sugestijama iz preambule, trgovci mogu sa potrošačima ugovoriti i ažuriranja, pri čemu se usklađenost ocjenjuje s obzirom na ažuriranje. U tom slučaju neažuriranje će se smatrati neusklađenošću s ugovorom, jednako kao i neadekvatno odnosno nepotpuno ili neispravno ažuriranje.¹⁰²

99 ZDSDU, čl. 3 sl. k-l.

100 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 43.

101 Alberto De Franceschi, „Planned Obsolescence challenging the Effectiveness of Consumer Law and the Achievement of a Sustainable Economy: The Apple and Samsung Cases“, *Journal of European Consumer and Market Law* 7(6)/2018, 217–221.

102 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 44.

Na subjektivne zahtjeve usklađenosti se nadovezuju objektivni zahtjevi usklađenosti, koji su utemeljeni na razumnim očekivanjima potrošača. Po uzoru na čl. 8. Direktive (EU) 2019/770, čl. 9 ZDSDU-a propisuje objektivne zahtjeve usklađenosti koji moraju biti ispunjeni pored subjektivnih. Objektivni zahtjevi usklađenosti se trebaju ocjenjivati između ostalog s obzirom na svrhu za koju se digitalni sadržaj ili digitalna usluga iste vrste obično upotrebljavaju,¹⁰³ te trebaju posjedovati svojstva i značajke, uključujući one koji se odnose na funkcionalnost, kompatibilnost, dostupnost, kontinuitet i sigurnost, uobičajene za digitalni sadržaj ili digitalne usluge iste vrste, i koje potrošači mogu razumno očekivati s obzirom na njihovu prirodu te uzimajući u obzir sve javne izjave o specifičnim svojstvima digitalnog sadržaja ili digitalne usluge koje su dali trgovac ili druge osobe u prethodnim fazama lanca transakcija, ili koje su dane u njihovo ime.¹⁰⁴ Po uzoru na prijašnju Direktivu 99/44/EZ, iznimku predstavljaju tzv. javne izjave, odnosno situacije u kojima trgovac dokaže da nije znao ili razumno mogao znati za predmetnu javnu izjavu, ako je do trenutka sklapanja ugovora ista ispravljena ili nije mogla utjecati na odluku o kupnji.¹⁰⁵ U skladu sa razumnim očekivanjima potrošača, digitalni sadržaj ili digitalna usluga moraju biti isporučeni zajedno sa svom dodatnom opremom i uputama.¹⁰⁶ Isto tako, moraju biti usklađeni sa pokusnom verzijom ili pretpregledom koji je prije sklapanja ugovora trgovac stavio potrošaču na raspolaganje.¹⁰⁷

Pritom, standard razumnog očekivanja odnosno razumnosti treba objektivno utvrditi „uzimajući u obzir prirodu i svrhu digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, okolnosti slučaja te načine upotrebe i prakse uključenih ugovornih strana“, kao što objektivno treba utvrditi i što se smatra „razumnim rokom za usklađivanje digitalnog sadržaja ili digitalne usluge“, uzimajući u obzir prirodu neusklađenosti.¹⁰⁸ Primjerice, od plaćene pretplate YouTube Premium se očekuje da nakon sklapanja ugovora posjeduje sve oglašavane značaje i prednosti u odnosu na klasični YouTube, kao što su streaming bez oglasa, mogućnost reprodukcije

103 ZDSDU, 9 st. 1, sl. a.

104 ZDSDU, čl. 9, st. 1, sl. b.

105 ZDSDU, čl. 9, st. 1, sl. b.

106 ZDSDU, čl. 9, st. 1, sl. c.

107 ZDSDU, čl. 9, st. 1, sl. d.

108 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 46.

u pozadini, preuzimanje sadržaja za gledanje offline, te pristup ekskluzivnom sadržaju u okviru YouTube Originals. Dotle, digitalni sadržaji i usluge nuđeni korisnicima prije sklapanja ugovora, primjerice tijekom probnog razdoblja korištenja usluga, moraju odgovarati i biti usklađeni nakon sklapanja ugovora (npr. probna razdoblja za korištenje Hulua ili Netflixa).

U ključne objektivne zahtjeve usklađenosti, a za koje potrošači razumno očekuju da budu ispunjeni, ubrajaju se ažuriranja digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, a koja se nadovezuju na *supra* prikazane subjektivne zahtjeve. Tako je u skladu sa Direktivom (EU) 2019/770, prema čl. 9 st. 2 ZDSDU-a trgovac dužan potrošača obavještavati o svim ažuriranjima, i sigurnosnim, a koja su potrebna kako bi digitalni sadržaj ili digitalna usluga ujedno funkcionirali i bili usklađeni, te je dužan zajamčiti da se ažuriranja isporučuju, tijekom razdoblja u kojem se moraju isporučivati u skladu s ugovorom, ako je predviđena kontinuirana isporuka tijekom određenog razdoblja (sl. a) ili tijekom razdoblja unutar kojeg potrošač to razumno očekuje s obzirom na vrstu i svrhu digitalnog sadržaja ili digitalne usluge i uzimajući u obzir okolnosti i prirodu ugovora, ako je ugovorom predviđena jednokratna isporuka ili niz pojedinačnih isporuka (sl. b). Prema preambuli Direktive (EU) 2019/770 ažuriranja trebaju biti isporučena u roku koji potrošač razumno očekuje, pa je kod vremenski ograničenog roka pružanja digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, obveza ažuriranja ograničena na taj rok, dok bi u ostalim slučajevimataj rok mogao odgovarati roku odgovornosti trgovca za neusklađenost ili duže, ovisno što je ugovoreno.¹⁰⁹

Na potrošaču je da odluči hoće li instalirati ažuriranja, ali u tom slučaju mora biti svjestan mogućih posljedica tog propusta, a koje obuhvaćaju i neusklađenost digitalnog sadržaja ili digitalne usluge za koje trgovac više ne odgovara, ukoliko je uredno ispunio prethodne obveze. Stoga, prema čl. 9 st. 3 ZDSDU-a u situacijama kada potrošač u razumnom roku ne instalira ažuriranja koja mu je trgovac isporučio u skladu sa st. 2, trgovac ne odgovara za neusklađenost koja proizlazi isključivo iz propusta instaliranja ažuriranja ako je obavijestio potrošača o raspoloživosti ažuriranja i posljedicama propuštanja instaliranja (sl. a) i za propuštanje instaliranja ili nepravilno instaliranje ažuriranja od strane potrošača, a koje nije posljedica nedostataka u uputama koje je trgovac dostavio (sl. b). Povezano s time, ako drukčije nije ugovoreno

109 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 47.

digitalni sadržaj ili digitalna usluga se isporučuju u najnovijoj dostupnoj verziji u trenutku sklapanja ugovora.¹¹⁰

Budući da se brojne vrste digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga isporučuju kontinuirano tijekom određenog razdoblja, kao što je pristup uslugama u oblaku, isti moraju biti usklađeni tijekom cijelog trajanja ugovora (čl. 9 st. 4).¹¹¹ No, ako postoje prekidi u isporuci koji nisu zanemarivi ili se ponavljaju, takve kratke prekide isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge treba smatrati neusklađenošću.¹¹² Primjerice, ukoliko potrošač ima ugovor sa operatorom u okviru kojeg mu se kontinuirano isporučuje usluga interneta, telefona i određenog paketa TV programa, konstantni kratki prekidi internetske veze koji se opetovano ponavljaju predstavljaju neusklađenost sa ugovorom. No, neusklađenost u smislu objektivnih zahtjeva iz čl. 9 st. 1 i 2 ZDSDU-a ne postoji, ako je u trenutku sklapanja ugovora potrošač bio posebno obaviješten da određena značajka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge odstupa od objektivnih zahtjeva iz st. 1 i 2, te ako je potrošač izričito i zasebno prihvatio to odstupanje pri sklapanju ugovora.¹¹³ Budući da se u preambuli Direktive (EU) 2019/770 navodi da ta dva uvjeta mogu biti ispunjena običnim označivanjem polja, pritiskom na gumb ili aktiviranjem slične funkcije, ova odredba potencijalno otvara brojne probleme u praksi.¹¹⁴ Imajući u vidu sveobuhvatne zahtjeve transparentnosti razvijene u ustaljenoj praksi Suda EU-a koja se odnosi na poštenost sadržaja ugovora i tumačenje primjenjive Direktive 93/13/EEZ, ali i odgovarajućih odredbi o formi iz Direktive 2011/83/EU, opravdano se može postaviti pitanje je li klik na prethodno označenu kućicu odražava poseban stupanj transparentnosti koji se zahtijeva, kao i potrebnu formu, a da bi se moglo govoriti o izričitom i zasebnom prihvatu iste ugovorne odredbe.¹¹⁵

110 ZDSDU,, 9 st. 6.

111 ZDSDU, čl. 9, st. 4.

112 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 51.

113 ZDSDU, čl. 9, st. 5.

114 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 49.

115 Emilia Miščenić, „Učinkovitost i transparentnost online informiranja potrošača“, *Pravna zaštita pojedinaca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije*, (ur. J. Barbić), Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti 2021, 39–63.

4.2.2. Integracija digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga

Zbog specifičnog objekta ugovora potrošači često trebaju poduzeti korake kako bi osigurali dostupnost i uredno funkcioniranje digitalnih usluga i digitalnih sadržaja na svojim uređajima.¹¹⁶ Iako se za te korake obično koriste nazivi instalacija (engl. installation) i preuzimanje (engl. download), Direktiva (EU) 2019/770 i posljedično ZDSDU koristi izraz „integracija“ koji je u čl. 3, sl. d definiran kao „povezivanje i ugradnja digitalnog sadržaja ili digitalne usluge s komponentama digitalnog okruženja potrošača kako bi se digitalni sadržaj ili digitalna usluga mogli upotrebljavati u skladu sa zahtjevima u pogledu usklađenosti predviđenima ovim Zakonom.“

U skladu sa čl. 9 Direktive (EU) 2019/770, ZDSDU u čl. 10 uređuje neusklađenost koja može nastupiti kao posljedica nepravilne integracije digitalnog sadržaja ili digitalne usluge u digitalno okruženje potrošača, pri čemu se potonje odnosi na „hardver, softver i svaki mrežni priključak kojima se potrošač koristi kako bi pristupio digitalnom sadržaju ili digitalnoj usluzi ili se njima služio“.¹¹⁷ Naime, da bi digitalni sadržaj ili digitalna usluga mogli uredno funkcionirati, isti moraju biti ispravno integrirani u računalnu opremu ili programe koje potrošač koristi. Stoga se smatra da svaka neusklađenost koja je posljedica nepravilne integracije jest neusklađenost digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ako je integraciju istih izvršio trgovac ili je to izvršeno pod njegovom odgovornošću ili je to izvršio potrošač prateći upute trgovca, a nepravilna integracija je posljedica nedostatka u uputama za integraciju koje je dostavio trgovac.¹¹⁸ Pritom preambula Direktive (EU) 2019/770 govori o obveznim uputama za integraciju te ukazuje na „nepotpunost ili nedovoljnu jasnoću uputa za integraciju koje prosječan potrošač zbog toga teško može koristiti“.¹¹⁹ Time iznova upućuje na problem netransparentnosti odredbi naspram objektivnog kriterija „prosječnog potrošača“, kojeg ustaljena praksa Suda EU-a definira kao potrošača koji je „uobičajeno obaviješten i postupao s dužnom pažnjom i razboritošću“.

116 Ch. Twigg-Flesner, *op. cit.*, 27.

117 ZDSDU, čl. 3, sl. i.

118 ZDSDU, čl. 10, sl. a i b.

119 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 52.

4.3. Prava trećih strana

Posebnu novinu u odnosu na prethodno uređenje usklađenosti s ugovorom, predstavlja uvođenje odgovornosti za pravne nedostatke, odnosno kada urednom ispunjenju ugovora na putu stoje prava trećih strana. Tako po uzoru na čl. 10 Direktive (EU) 2019/770, čl. 11 ZDSDU-a propisuje da potrošač raspolaže jednakim pravima kao i u slučaju odgovornosti za materijalne nedostatke, ako ograničenje koje je posljedica povrede prava treće strane, osobito pravâ intelektualnog vlasništva, onemogućava ili ograničava korištenje digitalnog sadržaja ili digitalne usluge u skladu sa čl. 8 i 9 Zakona.

Takve povrede mogu proizaći iz ograničenja nametnutih od nositelja prava intelektualnog vlasništva, a koja su posljedica ugovora o licenci za krajnjeg korisnika u skladu sa kojim se digitalni sadržaj ili digitalna usluga isporučuju potrošaču.¹²⁰ Prikupnji digitalnog sadržaja potrošač tako stječe licencu da koristi pravo intelektualnog vlasništva koje pripada trećoj osobi (npr. programeru, proizvođaču i sl.), tek ako bi koristio digitalni sadržaj sklapa ugovor o licenci krajnjeg korisnika odnosno EULA (End User Licence Agreement) ugovor, kojim proizvođač ograničava mogućnost korištenja digitalnog sadržaja od strane krajnjeg korisnika. Riječ je o slučajevima kao što je dodjela licence za računalne programe u predmetu *The Software Incubator*,¹²¹ gdje Sud EU-a zaključuje da tumačenje pojma „prodaja robe“ iz Direktive 86/653 o samozaposlenih trgovačkim zastupnicima „može obuhvatiti isporuku računalnog programa klijentu elektroničkim putem, uz plaćanje cijene, ako je uz tu isporuku dodijeljena trajna licencija za korištenje tog programa.“¹²²

U preambuli direktive se kao primjer navodi zabrana uporabe određenih značajki povezanih sa funkcionalnošću digitalnog sadržaja ili digitalne usluge predviđena ugovorom o licenci, a koje ograničenje može povrijediti iznad navedene objektivne zahtjeve usklađenosti.¹²³ Potrošač bi zbog tih ograničenja mogao biti spriječen ili ograničen u korištenju kupljenog digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, a zbog

120 Matanovac Vučković, R., Kanceljak, I., „Does the Right to Use Digital Content Affect Our Digital Inheritance?“ *EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC)*, 2019/3, 724–746.

121 Presuda od 16. rujna 2021, C-410/19, *The Software Incubator*, EU:C:2021:742.

122 *The Software Incubator*, para. 52.

123 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 53.

toga što trgovac krši prava treće strane. U slučaju neusklađenosti uzrokovane pravnim nedostacima ove vrste, potrošač raspolaže pravima naspram trgovca, osim u slučajevima kada ga je trgovac obavijestio o ograničenju, a na što je potrošač izričito pristao, ili osim kada nacionalno pravo predviđa ništetnost ili raskid ugovora zbog povrede obveza koje proizlaze iz zakonske odgovornosti za pravne nedostatke.¹²⁴

5. PREINAKA DIGITALNOG SADRŽAJA I DIGITALNE USLUGE

Po uzoru na čl. 19 Direktive (EU) 2019/770, čl. 20 ZDSDU uređuje preinaku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge koji se isporučuju potrošaču tijekom određenog razdoblja, a izvan okvira onog što je potrebno, kako bi isti i dalje ispunjavali subjektivne i objektivne zahtjeve usklađenosti iz čl. 8 i 9 ZDSDU-a. Isto će biti moguće, samo ako su ispunjeni propisani uvjeti da je ugovorom takva preinaka dopuštena i da se u njemu navodi valjan razlog za nju (sl. a), da je izvršena bez dodatnih troškova za potrošače (sl. b), da je potrošač o njoj obaviješten na jasan i razumljiv način (sl. c), i u slučaju da je potrošač je u razumnom roku prije preinake na trajnom nosaču podataka obaviješten o značajkama i trenutku preinake, te o pravu na raskid ugovora prema st. 2 i 3 ili o mogućnosti zadržavanja digitalnog sadržaja ili digitalne usluge bez preinake prema st. 5 (sl. d).¹²⁵

Ako bi preinaka negativno utjecala na pristup ili korištenje potrošača digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, potrošač ima pravo na besplatan raskid ugovora u 30 dana od primitka obavijesti ili preinake, ovisno što je nastupilo kasnije, no samo ako negativan utjecaj nije neznan.¹²⁶ U pogledu potonjeg treba objektivno utvrditi u kojoj mjeri preinake negativno utječu na potrošačevu upotrebu digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ili pristup istima, te treba uzeti u obzir „prirodu i svrhu digitalnog sadržaja ili digitalne usluge te kvalitetu, funkcionalnost, kompatibilnost i druge glavne značajke koje su uobičajene za digitalni sadržaj ili digitalne usluge iste vrste“.¹²⁷ No, to se neće primijeniti ako trgovac omogući potrošaču da bez dodatnih troškova zadrži digitalni sadržaj

124 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 54.

125 ZDSDU, čl. 20 st. 1.

126 ZDSDU, čl. 20 st. 2 i 3.

127 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 75.

ili digitalnu uslugu bez preinake, te ako su isti i dalje usklađeni.¹²⁸ No, ukoliko digitalni sadržaj ili digitalna usluga koje potrošač može zadržati više nisu u skladu sa subjektivnim i objektivnih zahtjevima usklađenosti, potrošač ne gubi svoja prava u slučaju neusklađenosti. Isto vrijedi i ako sama preinaka rezultira neusklađenošću.¹²⁹

Iz navedenog proizlazi kako će preinake biti dopuštene zbog ugovorom predviđenih valjanih razloga, kao što su poboljšanje digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ažuriranjem ili nadogradnjom, usklađivanje sa novim zakonskim uređenjem, prilagodba tehničkom okruženju ili zbog drugih važnih operativnih razloga i sl. No, za preinake koje bi odstupale od objektivnih zahtjeva usklađenosti, a koje su predvidive u vrijeme sklapanja ugovora, pri sklapanju ugovora treba zahtijevati izričitu suglasnost potrošača.¹³⁰ Ova pravila se ne trebaju primijeniti na novosklopljene ugovore koji su posljedica distribucije nove verzije digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.¹³¹ U skladu sa zahtjevima iz direktive, ove se odredbe primjenjuju samo na ugovore sklopljene nakon stupanja na snagu nacionalnih propisa kojima se Direktiva (EU) 2019/770 preuzima, pa tako i nakon stupanja na snagu ZDSDU-a.¹³²

6. ODGOVORNOST TRGOVCA I TERET DOKAZIVANJA

Kao što je u Direktivi (EU) 2019/770 naglašeno, njome se ne utječe na nacionalna pravila država članica o odgovornosti trgovaca za ona pitanja koja njome nisu uređena, kao što su primjerice pravila koja nisu specifična za potrošačke ugovore i koja predviđaju prava „za određene vrste nedostataka koji nisu bili očiti u trenutku sklapanja ugovora, to jest nacionalne odredbe kojima se mogu utvrditi specifična pravila za odgovornost trgovca za skrivene nedostatke.“¹³³ Direktivom se ne utječe ni na izvanugovornu odgovornost drugih trgovaca u lancu isporuke u slučaju neusklađenosti digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, a države članice su slobodne uređivati prava potrošača vezano za štetu

128 ZDSDU, čl. 20, st. 5.

129 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 77.

130 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 74.

131 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 75.

132 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 83.

133 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 12.

protiv treće strane koja nije trgovac u svijetlu ove Direktive, kao što je npr. subjekt koji razvija digitalnu uslugu ili digitalni sadržaj.¹³⁴ U tom smislu, čl. 2 ZSDSU-a uređuje mogućnost pravne zaštite trgovca u lancu isporuke protiv odgovorne osobe ili odgovornih osoba u nizu komercijalnih transakcija sukladno općem propisu obveznog prava, odnosno ZOO-u, kada do neusklađenosti dođe činjenjem ili propustom određene osobe u prethodnim fazama lanca transakcija. Države članice su slobodne i u uređenju posljedica neisporuke i neusklađenosti zbog prepreka izvan kontrole trgovca koje isti nije mogao nadvladati ili izbjeći, kao što je viša sila.¹³⁵ No, jednako tako preambula ističe kako je načelo odgovornosti trgovca za štetu bitan element ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga, te ukazuje na mogućnost potrošača zahtijevati naknadu štete nastale zbog neusklađenosti ili neisporuke primjenom općeg propisa obveznog prava.¹³⁶

Po uzoru na čl. 11. Direktive (EU) 2019/770, čl. 12, st. 1 ZSDSU-a propisuje odgovornost trgovca za svaku neisporuku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge u skladu sa *supra* opisanim člankom 6 ZSDSU-a. Potom u st. 2–5 uređuje odgovornost trgovca za svaku neusklađenost u skladu sa *supra* proučenim čl. 8–10 ZSDSU-a o subjektivnim i objektivnim zahtjevima usklađenosti i integraciji digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, pri čemu radi razliku između jednokratnih ili niza pojedinačnih isporuka i kontinuirane isporuke tijekom određenog razdoblja.¹³⁷ U prvom slučaju trgovac odgovara za neusklađenost u razdoblju od dvije godine od trenutka isporuke, dok u drugom odgovara za neusklađenost koja se pojavi ili postane očita tijekom razdoblja u kojem se digitalni sadržaj ili digitalne usluge moraju isporučivati.¹³⁸ Kao primjeri se navode jednokratne isporuke u vidu preuzimanja e-knjige ili niza takvih pojedinačnih isporuka, pri čemu razdoblje u kojem se može koristiti ovakav digitalni sadržaj ili digitalna usluga nije ograničeno, pa i trgovac odgovara samo za neusklađenost koja postoji u trenutku isporuke.¹³⁹ Dotle se kontinuirane isporuke mogu odnositi na stavljanje digitalnih usluga na raspolaganje na određeno ili neodređeno

134 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 12 i 13.

135 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 14.

136 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 73.

137 ZSDSU, čl. 12, st. 2 i 5.

138 ZSDSU, čl. 12, st. 3 i 5.

139 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 56.

vrijeme, npr. dvogodišnji ugovori o pohrani podataka u oblaku ili stalno članstvo na platformi društvenih medija. U tim slučajevima se smatra opravdanim da trgovac odgovara samo za neusklađenost koja se pojavi tijekom tog razdoblja.¹⁴⁰ Kontinuirane isporuke obuhvaćaju i periodična stavljanja na raspolaganje, npr. ugovor o antivirusnom softveru na godinu dana pri čemu se isti ažurira svakog prvog dana u mjesecu ili prilikom potrebe ažuriranja zbog novih značajki.

Iako su zastarni rokovi u rukama država članica, iste moraju paziti da ne naruše *effet utile* direktive i učinkovitost pravne zaštite potrošača na način da se istima potrošače spriječi u ostvarivanju njihovih prava u pogledu neusklađenosti koja se je pojavila tijekom razdoblja u kojem je trgovac odgovoran za neusklađenost.¹⁴¹ U tom smislu, treba voditi računa i o pravilima o teretu dokazivanja, koja u pogledu isporuke i neusklađenosti teret dokazivanja stavljaju na trgovca. Smatra se da trgovac zbog svojih posebnih znanja i vještina u pogledu tehničkih informacija i visokotehnološke pomoći, može bolje od potrošača znati zašto digitalni sadržaj ili digitalna usluga nisu isporučeni ili usklađeni.¹⁴² *Supra* prikazana razlika između jednokratnih i pojedinačnih i kontinuiranih isporuka se primjenjuje, pa je u odnosu na prve teret dokazivanja jesu li digitalni sadržaj ili digitalna usluga bili usklađeni u trenutku isporuke, na trgovcu za onu neusklađenost koja postane očita u roku od godine dana od trenutka isporuke.¹⁴³ U pogledu kontinuiranih isporuka, teret dokazivanja o tome jesu li bili usklađeni tijekom razdoblja u kojem se digitalni sadržaj ili digitalna usluga moraju isporučivati je na trgovcu za onu neusklađenost koja postane očita tijekom tog razdoblja.¹⁴⁴

Ove se odredbe ne primjenjuju ako trgovac dokaže da digitalno okruženje nije kompatibilno sa tehničkim zahtjevima za digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu o kojima je prije sklapanja ugovora potrošača obavijestio na jasan i razumljiv način,¹⁴⁵ primjerice preslaba internetska veza za odgovarajuće instalacije i praćenje TV paketa i programa. Po tom pitanju je potrošač dužan surađivati sa trgovcem u mjeri u kojoj

140 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 57.

141 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 58.

142 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 59.

143 ZDSDU, čl. 13, st. 2.

144 ZDSDU, čl. 13, st. 3.

145 ZDSDU, čl. 13, st. 4.

je to razumno moguće i potrebno u pogledu utvrđenja je li uzrok neusklađenosti u digitalnom okruženju potrošača, pri čemu je suradnja ograničena na tehnički dostupna sredstva koja su najmanje opterećujuća za potrošača.¹⁴⁶ Trgovac može samo u iznimnim slučajevima zahtijevati virtualni pristup digitalnom okruženju potrošača, ako provjera istog nije moguća na nijedan drugi način.¹⁴⁷ Ukoliko pak potrošač ne surađuje, a trgovac je prije sklapanja ugovora obavijestio potrošača o tehničkim zahtjevima za digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu, teret dokazivanja u odnosu na to je li postojala neusklađenost u trenutku propisanom *supra* prikazanim odredbama je na potrošaču.¹⁴⁸

7. PRAVA POTROŠAČA U SLUČAJU NEISPORUKE I NEUSKLAĐENOSTI

Usklađeno sa Direktivom (EU) 2019/770, ZDSDU uređuje prava potrošača u slučajevima neisporuke ili neusklađenosti digitalnog sadržaja i digitalne usluge, te pretpostavke pod kojima ih potrošač ostvaruje. U slučaju neisporuke sukladno *supra* prikazanom čl. 6 ZDSDU-a o isporuci digitalnog sadržaja i digitalne usluge, potrošač ima pravo zatražiti isporuku, a ako trgovac nakon upućenog zahtjeva ne isporuči „bez nepotrebne odgode ili unutar dodatnog roka koji su ugovorne strane izričito dogovorile, potrošač ima pravo raskinuti ugovor“.¹⁴⁹ U preambuli Direktive se ova obveza trgovca tumači na način da je digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu potrebno isporučiti „odmah“, stoga što u većini slučajeva za njihovu isporuku nije potrebno dodatno vrijeme za stavljanje istih na raspolaganje potrošaču.¹⁵⁰ No, u određenim okolnostima i iznimno od ovih odredbi, potrošač ima pravo odmah raskinuti ugovor: ako je trgovac izjavio ili ako je iz okolnosti slučaja očito da neće isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu; ili ako su se sporazumjeli ili je iz okolnosti slučaja očito da je određeno vrijeme isporuke ključno za potrošača, a trgovac ne isporuči digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu do tog trenutka ili u tom trenutku.¹⁵¹ U takvim

146 ZDSDU, čl. 13, st. 5. i 6.

147 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 60.

148 ZDSDU, čl. 13, st. 7.

149 ZDSDU, čl. 14, st. 1 i 2.

150 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 61.

151 ZDSDU, čl. 14, st. 3.

situacijama, potrošač ima pravo odmah raskinuti ugovor, a bez prethodnog upućivanja zahtjeva za isporukom, te se na odgovarajući način primjenjuju niže prikazana pravila o raskidu ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga.

U slučaju *supra* prikazane neusklađenosti digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga, po uzoru na Direktivu (EU) 2019/770, ZDSDU propisuje prava kojima potrošač raspolaže na način da utvrđuje hijerarhijski odnos između prava potrošača sa ciljem održavanja ugovora na snazi odnosno omogućavanja ugovornim stranama uredno ispunjenje ugovora. Tako u prvom redu, potrošač ima pravo na usklađivanje digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, osim ako je to nemoguće ili ako trgovcu time nastaju nerazmjerni troškovi. Pritom treba uzeti u obzir sve okolnosti pojedinog slučaja uključujući i vrijednost koju bi digitalni sadržaj ili digitalna usluga imali da ne postoji neusklađenost, te značaj neusklađenosti.¹⁵² Očito je da odredbe odražavaju uređenje iz bivše Direktive 99/44/EZ, ali i inkorporiraju tumačenja iz ustaljene prakse Suda EU-a iz predmeta o neusklađenosti robe sa materijalnim nedostacima, kao što su spojeni predmeti *Weber i Putz* u pogledu usporedbe vrijednosti,¹⁵³ te *Duarte Hueros* u pogledu značaja nedostatka.¹⁵⁴ Isto vrijedi i za propisane pretpostavke pod kojima se usklađivanje mora odviti.

Tako je trgovac dužan uskladiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu u razumnom roku od trenutka obavijesti o neusklađenosti, besplatno i bez znatnih neugodnosti za potrošača, te uzimajući u obzir prirodu i svrhu za koju su digitalni sadržaj ili digitalna usluga potrebni potrošaču.¹⁵⁵ Pritom, trgovac odabire način usklađivanja, već ovisno o tehničkim svojstvima digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, npr. tako da objavi ažurirane verzije ili stavi na raspolaganje novi primjerak digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.¹⁵⁶ U pogledu određenja pojma razumnog roka, preambula Direktive utvrđuje kako s obzirom na raznolikost digitalnog sadržaja i digitalnih usluga nije primjerenom utvrđivati određeni fiksni rok za ostvarenje prava ili ispunjavanje

152 ZDSDU, čl. 15, st. 1.

153 Presuda od 16. lipnja 2011, spojeni predmeti C-65/09 i C-87/09, *Gebr. Weber and Putz*, EU:C:2011:396.

154 Presuda od 3. listopada 2013, C-32/12, *Duarte Hueros*, EU:C:2013:637.

155 ZDSDU, čl. 15, st. 2.

156 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 63.

obveza, a koji bio mogao biti predug ili prekratak, te naglašava da isto ne sprječava strane da se dogovore o određenom roku koji je potreban za usklađivanje.¹⁵⁷ Jednako, kao i potrošačke direktive o kupoprodaji robe, Direktiva (EU) 2019/770 sadrži pretpostavku besplatnosti, koju je potrebno tumačiti u svjetlu cilja direktive, te tumačenja ovog pojma u ustaljenoj praksi Suda EU-a. Potrošač ne treba snositi nikakve troškove povezane sa usklađivanjem digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, pri čemu se analogijom primjenjuju tumačenja iz predmeta kao što su *Quelle* ili *Weber i Putz*.¹⁵⁸ Sud EU-a u predmetu *Quelle* ističe namjeru europskog zakonodavca učiniti besplatnost pri postizanju sukladnosti sa ugovorom bitnim aspektom zaštite potrošača, a sa ciljem osiguranja visokog stupnja zaštite potrošača. Također pojašnjava da se pojam treba tumačiti na način da prodavatelj ne može postavljati nikakve financijske zahtjeve u svezi sa postizanjem sukladnosti, jer bi time odvratio potrošače od korištenja njihovih prava.¹⁵⁹

Tek u slučaju da usklađivanje pravno ili činjenično nije moguće, ili trgovac odbija uskladiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu zbog nerazmjernih troškova, ili nije uskladio iste u razumnom roku, besplatno i bez znatnih neugodnosti za potrošača, potrošač ima pravo zahtijevati razmjerno sniženje cijene ili raskid ugovora. Prema čl. 15 st. 3 ZSDSU-aako se digitalni sadržaj ili digitalna usluga isporučuje u zamjenu za plaćanje određene cijene, potrošač raspolaže istim pravima u navedenim situacijama, kao i u situacijama kada neusklađenost postoji unatoč pokušaju usklađivanja ili je pak neusklađenost toliko ozbiljna da je opravdano da potrošač zahtijevati trenutačno sniženje cijene ili raskid ugovora. U preambuli se kao primjer navodi pravo izravnog zahtijevanja sniženja cijene ili raskida ugovora u slučaju isporuke antivirusnog softvera koji je i sam zaražen virusom.¹⁶⁰

Sniženje cijene treba biti razmjerno smanjenju vrijednosti digitalnog sadržaja ili digitalne usluge isporučene potrošaču u usporedbi s vrijednošću koju bi isti imali da su usklađeni, aako je ugovoreno da se digitalni sadržaj ili digitalna usluga isporučuju tijekom određenog razdoblja, sniženje cijene se primjenjuje na razdoblje tijekom kojeg digitalni sadržaj ili digitalna usluga nisu bili usklađeni, odnosno pri izračunu

157 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 64.

158 Presuda od 17. travnja 2008, C-404/06, *Quelle*, EU:C:2008:231.

159 *Quelle*, para. 31, 34.

160 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 65.

sniženja cijene treba uzeti u obzir smanjenje vrijednosti zbog neusklađenosti i zbog vremena tijekom kojeg potrošač nije u mogućnosti koristiti ugovoreni usklađeni digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu.¹⁶¹ Kao primjer se može navesti situacije sa pružateljima usluga elektroničkih komunikacija, koji nerijetko zanemaruju zahtjeve korisnika za sniženjem cijene tijekom nepružanja ili neusklađenih ugovorenih usluga interneta, TV-a i sl. Iz prikazanih odredbi, *Josipović i Kanceljak* zaključuju da sniženje cijene nije moguće u slučajevima plaćanja osobnim podacima, stoga što nemaju ekonomsku vrijednost, pa nije moguće primijeniti pravila načela jednake vrijednosti činidaba.¹⁶² Isto potvrđuje i direktiva ističući da je „...zaštita osobnih podataka temeljno pravo i da se stoga osobni podaci ne mogu smatrati robom.“¹⁶³

8. PRAVA I OBAVEZE UGOVORNIH STRANA U SLUČAJU RASKIDA UGOVORA

U slučaju raspolaganja pravom na raskid ugovora, prema čl. 16 st. 1 ZDSDU-a, potrošač ostvaruje svoje pravo izjavom kojom izražava svoju odluku o raskidu. Potrošač pod zakonom propisanim pretpostavkama ima pravo raskinuti ugovor i ako plaća cijenom i osobnim podacima. No, razlika je u tome što ukoliko plaća cijenom, potrošač ima pravo raskinuti ugovor samo ako neusklađenost nije neznatna, a ako plaća osobnim podacima ima pravo raskinuti ugovor i ako je neusklađenost neznatna stoga što mu nije dostupno pravo na sniženje cijene.¹⁶⁴ Pritom je teret dokaza o neznatnosti neusklađenosti na trgovcu, pri čemu se analogijom mogu primijeniti tumačenja Suda EU-a o neznatnosti iz predmeta *Duarte Hueros*.¹⁶⁵ Dotle u slučajevima plaćanja određenom cijenom i pružanja osobnih podataka, potrošač raspolaže svim pravima u slučaju neusklađenosti.

Ako potrošač raskine ugovor, trgovac je dužan nadoknaditi sve iznose koje je potrošač platio na temelju ugovora, osim ako su digitalni

161 ZDSDU, čl. 15 st. 4 i 5; Direktiva (EU) 2019/770, rec. 66.

162 T. Josipović, I. Kanceljak, *op. cit.*, 159.

163 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 24.

164 ZDSDU, čl. 16, st. 2 i 3. Direktiva (EU) 2019/770, rec. 67. U pogledu uporabe osobnih podataka, trgovac se mora pridržavati obveza iz Opće uredbe o zaštiti podataka.

165 ZDSDU, čl. 16, st. 3; *Duarte Hueros*, para. 44.

sadržaj ili digitalna usluga bili usklađeni tijekom određenog razdoblja prije raskida ugovora, u kojem slučaju duguje samo razmjerni dio plaćene cijene za razdoblje u kojem su isti bili neusklađeni, kao i svaki dio cijene plaćene unaprijed za razdoblje koje bi bilo preostalo da ugovor nije bio raskinut.¹⁶⁶ Tako je u predmetu *PE Digital* o isporuci digitalnih sadržaja i digitalnih usluga, tumačeći pravne posljedice prava na jednostrani raskid ugovora sklopljenih na daljinu iz Direktive 2011/83/EU, Sud EU-a zaključio da se za određivanje razmjernog iznosa koji potrošač treba platiti trgovcu u obzir uzima ugovorenu cijenu za sve usluge te dugovani iznos obračunava razmjerno vremenu, dok u slučaju prevelike cijene, u obzir treba uzeti cijenu usluge koju trgovac nudi drugim potrošačima pod istim uvjetima, kao i cijenu istovjetne usluge koju drugi trgovci pružaju na tržištu u vrijeme sklapanja ugovora.¹⁶⁷

Dotle potrošač nije dužan platiti uporabu digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga za razdoblje kada su isti bili neusklađeni, ali je dužan na zahtjev i trošak trgovca bez nepotrebne odgode vratiti materijalni nosač podataka, povrat kojeg trgovac može zahtijevati u roku od 14 dana od kada je obaviješten o odluci potrošača o raskidu ugovora.¹⁶⁸ Nakon raskida, potrošač ne smije koristiti digitalni sadržaj ili digitalne usluge te ih stavljati na raspolaganje trećim osobama.¹⁶⁹ Svaki dugovani iznos zbog raskida ugovora ili sniženja cijene, trgovac je dužan vratiti potrošaču bez odgađanja ili najkasnije u 14 dana od kada je obaviješten o zahtjevu potrošača, te izvršiti povrat istim sredstvom plaćanja koji je koristio potrošač osim ako potrošač izričito ne pristane na drugo sredstvo plaćanja, a koje potrošača ne obvezuje na dodatne troškove vezano uz povrat. Nikakva naknada za povrat plaćenog iznosa se ne smije zaračunati od strane trgovca,¹⁷⁰ a što je česti vid nepoštene prakse trgovaca.

Poseban set pravila posvećen je uporabi sadržaja koji je pružio ili stvorio potrošač pri korištenju digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, a koji ne podrazumijeva osobne podatke, kao što su digitalne slike, video i audio zapisi i sadržaj stvoren s pomoću mobilnih uređaja.¹⁷¹ Takav

166 ZDSDU, čl. 17, st. 1 i 2.

167 Presuda od 8. listopada 2020, C-641/19, *PE Digital*, EU:C:2020:808, para. 47.

168 ZDSDU, čl. 18, st. 2–4.

169 ZDSDU, čl. 18, st. 1.

170 ZDSDU, čl. 19, st. 1–3.

171 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 69.

sadržaj trgovac ne smije koristiti, osim ako je sadržaj neupotrebljiv odnosno beskoristan izvan konteksta digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, ako se sadržaj isključivo odnosi na aktivnost potrošača, ako ga je trgovac objedinio s drugim podacima i ne može ga razdvojiti ili bi to zahtijevalo nerazmjerne napore ili ako su ga zajednički proizveli potrošač i druge osobe te ga drugi potrošači mogu nastaviti upotrebljavati.¹⁷² No, iznimno od prva tri navedena uvjeta, trgovac je na zahtjev potrošača dužan staviti na raspolaganje svaki sadržaj koji ne predstavlja osobne podatke, a koji je potrošač pružio ili stvorio, te ga potrošač ima pravo preuzeti besplatno (osim troškova uzrokovanih digitalnim okruženjem potrošača, koji nisu izravno povezani s povlačenjem sadržaja npr. troškovi priključka na mrežu),¹⁷³ bez ograničenja od strane trgovca, u razumnom roku i strojno čitljivom formatu koji se uobičajeno koristi.¹⁷⁴ Konačno, trgovac može spriječiti potrošača da nastavi sa upotrebom digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga onemogućavanjem pristupa istima primjerice gašenjem korisničkog računa potrošača, pri čemu ta ovlast trgovca ne ograničava pravo potrošača na preuzimanje sadržaja koje je potrošač stvorio ili pružio korištenjem digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga.¹⁷⁵

9. UMJESTO ZAKLJUČKA

Pravno uređenje isporuke digitalnog sadržaja i digitalnih usluga na razini EU-a i nacionalnih poredaka država članica Unije je bilo prijeko potrebno i neupitno je da je isto uređenje dobroano kasnilo za trendovima razvoja na jedinstvenom digitalnom tržištu EU-a. Neovisno o tome, novine koje Direktiva (EU) 2019/770 uvodi u hrvatski pravni okvir zaštite potrošača, kao i druge pravne poretke, predstavljaju poseban izazov za tumačenje i primjenu u praksi. Razlozi su mnogobrojni, no u ključne se ubrajaju posebnosti materije uređenja isporuke digitalnog sadržaja i digitalnih usluga odnosno kompleksnost pojmova povezanih sa digitalizacijom, računalnim programima, definiranjem i funkcioniranjem digitalnih sadržaja i digitalnih usluga i sl. Prosječni potrošač je nerijetko zakinut ne samo za potrebna pravna znanja u

172 ZDSU, čl. 17, st. 4 sl. a-d.

173 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 71.

174 ZDSU, čl. 17, st. 5 i 6.

175 ZDSU, čl. 17, st. 7 i 8.

pogledu isporuke digitalnih sadržaja i digitalnih usluga koji čine dio njegove svakodnevne, već i za tehnička znanja o downloadu, uploadu, ažuriranjima i sl. Isto vrijedi i za pravne stručnjake, koji će ubuduće morati na ispravan način tumačiti i primjenjivati nacionalne odredbe o kompatibilnosti, interoperabilnosti, funkcionalnosti i druge europske autonomne pojmove na način koji je u skladu sa ciljevima Direktive (EU) 2019/770 i tumačenjima u praksi Suda EU-a.

Stoga se može zaključiti kako će učinkovita provedba propisa o zaštiti potrošača i u ovom slučaju ostati *la bête noir* europskog prava zaštite potrošača. U pogledu hrvatske implementacije Direktive (EU) 2019/770 opravdano se može postaviti pitanje, je li se ona mogla provesti drukčije i eventualno učinkovitije?¹⁷⁶ Inicijalni plan zajedničkog preuzimanja tzv. Twin direktiva je odbačen i direktive blizanke su pri preuzimanju u hrvatski pravni poredak razdvojene. Ovaj pristup rezultira daljnjom fragmentarnosti pravnih propisa o zaštiti potrošača u hrvatskom pravnom okviru, čime se dodatno otežava učinkovitost zaštite prava potrošača.¹⁷⁷ Unatoč polukogentnoj naravi prikazanih odredbi propisa, a prema kojoj za potrošače nisu obvezujuće ugovorne odredbe kojima se odstupa od ili mijenja zakonske odredbe na štetu potrošača, predviđenom inspekcijskom nadzoru i prekršajnim odredbama,¹⁷⁸ postoji opravdana bojazan da će provedba u praksi biti otežana. Zaključno, iako Direktiva (EU) 2019/770 u hrvatski pravni poredak uvodi ključna prava potrošača u slučaju neisporuke ili neusklađenosti digitalnog sadržaja i digitalnih usluga sa ugovorom, te detaljno uređuje njihov položaj u odnosu na trgovce kao i posrednike, primjerice internetske platforme i druge pružateljedigitalnih sadržaja i digitalnih usluga, pitanje je, hoće li u praksi ZDSDU biti dovoljno prepoznat i u konačnici ispravno i učinkovito primjenjivan.

176 Ivana Kanceljak, „Direktiva (EU) 2019/770 o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga – mogućnosti implementacije u hrvatski pravni poredak“, *Odabrane teme obligacionog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2020, 175–197.

177 E. Mišćenić, „Croatia: Something from Nothing“, *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe* (eds. H-W. Micklitz, C. Twigg-Flessner), Bloomsbury, London 2023, 223–243.

178 ZDSDU, čl. 22–26.

Prof. dr. sc. Emilia Mišćenić, Dr. iur.

Professor at the University of Rijeka Faculty of Law (Croatia)

Lidija Ileković, mag.iur.

NEW REGULATION OF THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND DIGITAL SERVICES IN CROATIAN CONSUMER LAW

Summary

Directive (EU) 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services was transposed into the Croatian legal order through the entry into force of the Act on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services on January 1, 2022. The subject of this special and new Act is the conformity of digital content or a digital service with the contract and the rights and obligations of contractual parties in cases of non-conformity or failure to supply, as well as in cases of modification of the digital content or digital service. The introduction of legal regulation of these extremely important aspects of today's digital everyday life is still quite a novelty and a challenge in practice in most Member States of the European Union. Despite the daily use of a wide variety of digital content and digital services by consumers, the legal regulation of this matter was lagging behind the actual development of the digital market. The article therefore provides an in-depth analysis of the novelties introduced into the Croatian legal framework and practice through harmonization with Directive (EU) 2019/770. By examining and interpreting the newly introduced autonomous European legal concepts such as interoperability, functionality, compatibility, etc., but also through practical examples of (non-) conformity of digital content and digital services, it points at the rights and obligations of consumers as users and traders as suppliers of digital content and digital services.

Key words: *Digitalization of contractual relationships. – Digital content. – Digital service. – (Non-) conformity of digital content and digital service.*

LITERATURA

- Baretić M., „Prava kupca u slučaju materijalnih i pravnih nedostataka na prodanoj stvari“, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Godišnjak, Organizator, Zagreb 22/2015.
- Basedow J., *EU PrivateLaw. Anatomy of a Growing Legal Order*, Cambridge: Intersentia 2021.
- De Franceschi A., „Planned Obsolescence challenging the Effectiveness of Consumer Law and the Achievement of a Sustainable Economy: The Apple and Samsung Cases“, *Journal of European Consumer and Market Law* 7(6)/2018, 217–221.
- De Franceschi A., *Harmonizing Digital ContractLaw – The Impact of the EU Directives 2019/770 and 2019/771*, (ed. R. Schulze), CH Beck, Hart, Nomos, Munich 2023.
- De Franceschi A., Schulze R., „Digital Revolution – New Challenges for Law: Introduction“, *Digital Revolution – New Challenges for Law*, (eds. A. De Franceschi, R. Schulze), Nomos 2019, 1–15.
- Đurović M., „Adaptation of consumer law to the digital age: EU Directive 2019/2161 on modernization and better enforcement of consumer law“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2020, 62–79.
- Giliker P., „Adopting a smart approach to EU legislation: why it has proven so difficult to introduce a Directive on Contracts for the supply of digital content?“, *EU Internet Law in the Digital Era: Regulation and Enforcement*, (eds. T.-E. Synodinou, P. Jougleux, C. Markou, T. Prastitou), Springer 2020, 299–320.
- Josipović T., Kanceljak I., „Ugovorni odnosi“, *Privatno pravo Europske unije: Posebni dio*, (ed. Josipović T.), Narodne novine, Zagreb 2022.
- Kanceljak I., „Određeni aspekti ugovora o prodaji robe na digitalnom tržištu i preuzimanje u hrvatsko pravo“, *Pravna zaštita pojedinaca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije*, (ur. Barbić J.), Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti 2021, 65–93.
- Kanceljak I., „Direktiva (EU) 2019/770 o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga – mogućnosti implementacije u hrvatski pravni poredak“, *Odabrane*

- teme obligacionog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2020, 175–197.
- Lehmann M., „A European Market for Digital Goods“, *European contract law and the Digital Single Market*, (ed. A. De Franceschi), Intersentia 2016.
- Matanovac Vučković R., Kanceljak, I., „Does the right to use digital content affect our digital inheritance?“, *EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC) 3/2019*, 724–746.
- Mihajlović B., *Promena potrošačkog prava u digitalno doba*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2023.
- Mišćenić E., „Croatia: Something from Nothing“, *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*, (eds. H.-W. Micklitz, Ch. Twigg-Flessner), Bloomsbury, London 2023.
- Mišćenić E., „The Constant Change of EU Consumer Law: The Real Deal or Just an Illusion?“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 70(3)/2022, 699–730.
- Mišćenić E., „Učinkovitost i transparentnost online informiranja potrošača“, *Pravna zaštita pojedinaca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije*, (ed. J. Barbić J.) Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti 2021, 39–63.
- Morais Carvalho J., Farinha M., „Goods with Digital Elements, Digital Content and Digital Services in Directives 2019/770 and 2019/771“, *Revista de direito e tecnologia 2/2020*, 257–270.
- Morais Carvalho J., „Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771“, *Journal of European Consumer and Market Law 2019*, 194–201.
- Nikišić S., „Odgovornost za nedostatke kod ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 70/2022, 505–533.
- Petrić S., „Ugovorna odgovornost prodavatelja“, *Europsko privatno pravo: posebni dio*, (ur. Mišćenić E.), Školska knjiga, Zagreb 2021.
- Sein K., „The Applicability of the Digital Content Directive and Sales of Goods Directive to Goods with Digital Elements“, *Juridica International 30/2021*, 23–31.

- Sein K., Spindler G., „The new Directive on contracts for the supply of digital content and digital services – scope of application and trader’s obligation to supply – part 1“, *European Review of Private Law* 3./2019, 257–279.
- Twigg-Flesner Ch., „Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services“, *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, (eds. E. Arroyo Amayuelas, S. Cámara Lapuente), Barcelona-Madrid, Marcial Pon 2020.
- Vrbljanac D., „Zaštita osobnih podataka“, *Europsko privatno pravo: posebni dio*, (ur. E. Mišćenić), Školska knjiga, Zagreb 2019.
- Weingerl P., „Varstvopetrošnikovin digitalna ekonomija v EU: kdo je potrošnik?“, *Digitalno gospodarstvo: konferenčni zbornik / X. posvet Pravo in ekonomija* 2018.

Article history:

Received: 24. 9. 2024.

Accepted: 20. 11. 2024.

Damir Muminović*

MEĐUNARODNI STANDARDI ZAPOŠLJAVANJA OSOBA SA INVALIDITETOM (UZ POSEBAN OSVRT NA BOSNU I HERCEGOVINU)

Ovaj članak ispituje međunarodne standarde koji regulišu zapošljavanje osoba sa invaliditetom, sa fokusom na njihovu primjenu u Bosni i Hercegovini. Ističe ključne konvencije i smjernice kao što je Konvencija UN-a o pravima osoba sa invaliditetom, naglašavajući važnost inkluzivne prakse zapošljavanja. Studija ocjenjuje napredak Bosne i Hercegovine u usklađivanju nacionalnih politika sa ovim standardima, identifikujući izazove i potencijalna područja za poboljšanje. Ključni nalazi naglašavaju potrebu za sveobuhvatnim zakonodavnim okvirima, dostupnim radnim mjestima i inkluzivnim praksama zapošljavanja kako bi se poboljšale mogućnosti zapošljavanja za osobe sa invaliditetom. Analizom globalnih mjera i lokalnih inicijativa, članak nudi uvid u stvaranje pravednijih uslova za zapošljavanje i podsticanje socijalne uključenosti.

Ključne reči: *Invaliditet. – Zapošljavanje. – Međunarodni standardi. – Bosna i Hercegovina. – Inkluzija.*

1. UVOD

U oblasti zapošljavanja osoba s invaliditetom u Bosni i Hercegovini, postoji složena dinamika vezana za primjenu međunarodnih standarda zapošljavanja. Kontekstualno, Bosna i Hercegovina je potpisnica Konvencije UN o pravima osoba s invaliditetom, čime se obavezuje na implementaciju određenih standarda u ovom području. Međutim, izazovi poput nedostatka finansijskih sredstava ograničavaju napore vlasti u BiH, da osiguraju ravnopravne mogućnosti zapošljavanja. Kako bi se postigla inkluzija na tržištu rada, bitno je prilagoditi

* Autor je viši asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu, 1988, d.muminovic@pfsa.unsa.ba (Bosna i Hercegovina).

zakonodavni okvir, pojačati budžetska izdvajanja za osobe s invaliditetom, te poticati društvenu odgovornost poslodavaca. Važan aspekt pružanja podrške osobama s invaliditetom je uključivanje poslodavaca u proces zapošljavanja kako bi se osigurala efikasna integracija i prevladavanje predrasuda. Poslodavci imaju ključnu ulogu u stvaranju inkluzivnog radnog okruženja te u promoviranju mjera protiv diskriminacije. Usklađivanje nacionalnih propisa s međunarodnim standardima pruža dodatnu zaštitu osobama s invaliditetom u Bosni i Hercegovini, osiguravajući im ravnopravne mogućnosti za zapošljavanje. Saradnja s Međunarodnom organizacijom rada može biti korisna u promicanju društvene odgovornosti poslodavaca i ostvarivanju ciljeva inkluzivnog tržišta rada. Pored toga, radna prava osoba s invaliditetom su tijesno povezana s politikama rada i zapošljavanja koje se primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Kroz saradnju s relevantnim institucijama i udruženjima osoba s invaliditetom, moguće je uspješno implementirati međunarodne standarde zapošljavanja te stvoriti okruženje koje potiče inkluziju i ravnopravnost. Posebno je važno prilagoditi državne i entitetske zakone s ciljem osiguravanja jednakih mogućnosti i zaštite prava osoba s invaliditetom u Bosni i Hercegovini.

Tokom historije, međunarodni standardi zapošljavanja za osobe s invaliditetom evoluirali su u skladu s promjenama u društvu i zakonodavstvu. „Zakon o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine je izmijenjen i dopunjen 2016. godine, tako što je eksplicitno propisano, pored ostalog, da je invaliditet jedno od ličnih svojstava na osnovu kojeg je diskriminacija zabranjena“.¹ Kroz ratifikaciju Konvencije Ujedinjenih naroda o pravima osoba s invaliditetom 2009, naglasak je stavljen na pravo na rad u inkluzivnom okruženju. U evropskim zemljama postoje različite politike zapošljavanja osoba s invaliditetom, s pozitivnim mjerama usmjerenim na poboljšanje inkluzije na tržištu rada. Komparativne studije mogu razjasniti uspješne pristupe i preporuke za poboljšanje situacije osoba s invaliditetom u BiH. U Specijalnome izvještaju o pravima osoba s invaliditetom koji je sačinila Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine u novembru 2010, ističu se izazovi i preporuke vezane uz diskriminaciju, nedostatak jedinstvene definicije invaliditeta te međunarodne sporazume

1 Kosana Beker, „Diskriminacija na osnovu invaliditeta u Bosni i Hercegovini: Izazovi novih zakonskih rješenja“, *Analitika Centar za društvena istraživanja* 2017, 1.

o jednakim mogućnostima.² Unificirani pristup zapošljavanju osoba s invaliditetom u skladu s međunarodnim standardima može pružiti smjernice za bolju provedbu zakona i politika. Iskustva drugih zemalja mogu poslužiti kao primjeri dobre prakse za napredak u osiguranju inkluzivnog tržišta rada za sve građane, uključujući one s invaliditetom. Kako ističe *Gradašević-Sijerčić*, naročito su važni aspekti poput uključivanja poslodavaca u proces zapošljavanja te promicanje mjera protiv diskriminacije.³ Posebno je bitno istaći, da proučavanje međunarodnih standarda zapošljavanja za osobe s invaliditetom u kontekstu Bosne i Hercegovine ne samo da doprinosi razumijevanju trenutne situacije već i pruža smjernice za buduće zakonodavne promjene.

2. MEĐUNARODNI STANDARDI ZAPOŠLJAVANJA OSOBA S INVALIDITETOM

2.1. Izvori prava na univerzalnom nivou

Pitanje zapošljavanja osoba sa invaliditetom je postalo značajno u današnjem svijetu i sada je predmetom mnogih inicijativa, počevši od različitih kompanija, pa sve do međunarodnih organizacija i javnih institucija. Međutim, tržište rada ostaje glavni izvor diskriminacije protiv osoba sa invaliditetom: niska stopa učešća osoba sa invaliditetom u Evropi, Sjedinjenim Državama i mnogim zemljama u razvoju to upravo dokazuje. Osobe sa invaliditetom se suočavaju sa mnogim preprekama u pristupu zaposlenju. Kao glavne prepreke posebno možemo istaći⁴: 1) Pristup obuci za rad; 2) Predrasude o sposobnostima osoba sa invaliditetom; 3) Ograničen pristup plaćenom zaposlenju; 4) Pristupačnost javne infrastrukture, transporta i usluga; 5) Pravna sposobnost.

Učiniti radne sredine inkluzivnijim stoga je pravi izazov u kontekstu transformacija tržišta rada (digitalna revolucija, klimatske promjene, demografski izazovi, globalizacija) i sa ciljem da se osobama sa

2 *Specijalni izvještaj o pravima osoba s invaliditetom*, Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine 2010, 33.

3 Jasminka Gradašević-Sijerčić, Mladen Pandurević, „Zapošljavanje osoba sa invaliditetom kroz poticaje poslodavcima“, *Udruženje poslodavaca FBiH* 2013, 11.

4 Dominic Velche, Audrey Relandeau, „Employment Policies for Persons with Disabilities“, *Wide Angle* 16/2017, 5.

invaliditetom omogući da treniraju, stječu vještine, pristupaju profesionalnim prilikama i razvijaju svoje karijere. Kako bi odgovorili na ovaj izazov, nekoliko aktera može konkretno djelovati⁵: osobe koje traže posao i zaposlene osobe sa invaliditetom; donosioci političkih odluka; pružatelji usluga; te kompanije, sindikati, itd.

Napredak koji je ostvaren u pogledu inkluzije osoba sa invaliditetom na tržištu rada dijelom je posljedica evolucije međunarodnog pravnog okvira. Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom je 13. decembra 2006. godine usvojila Opća skupština UN-a.⁶ Tadašnji generalni sekretar Ujedinjenih naroda Kofi Anan, posebno je naglasio značaj usvajanja Konvencije, budući da je za 650 miliona osoba s invaliditetom to predstavljalo drastičnu prekretnicu u njihovim životima. Pored toga što Konvencija govori o pravima osoba s invaliditetom, ona je usmjerena na društvo kao cjelinu, uz potrebu da se osigura mogućnost da svaka osoba doprinese društvu u skladu sa svojim sposobnostima i mogućnostima. Primarni zadatak ove Konvencije jeste da se osobama sa invaliditetom osigura uživanje ljudskih prava zajedno sa drugim građanima, a prije svega u oblasti obrazovanja, mogućnosti zaposlenja, pristupu zgradama i drugim objektima, sredstvima javnoga prijevoza te konačno pristupu pravdi. Konvencija predstavlja prvi dokument koji je vezan za ljudska prava, a donesen je u 21. stoljeću, kao i najbrže usvojen dokument u historiji međunarodnopravnih regulativa, kao i prvi za koji intenzivno lobiralo *online*. Predsjedavajući *ad hoc* Odbora za donošenje ove Konvencije, Don Mekej, naglasio je kako Konvencija predstavlja jedinstvo i kooperaciju vlada i civilnog društva, te time pokazuje svijetu ispravan način za postizanje važnih promjena za poboljšanje trenutnog, ali i budućeg kvaliteta života svih ljudi bazirajući se na načelu jednakosti.⁷ Osim toga je naglasio, kako ponižavajuća praksa, kao što su prisilna sterilizacija djevojaka i žena zbog njihovog invaliditeta, institucionalizacija i kreiranje odluka u ime osoba sa invaliditetom, mora biti napuštena.⁸ Konvencija putem svojih

5 *Ibid.*, 6.

6 United Nations, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol*, 2007.

7 United Nations, *Ad hoc Committee on Disabilities Convention Elects Don Mckay of New Zealand as Chairman*, <https://press.un.org/en/2005/soc4674.doc.htm>, 23. 10. 2024.

8 *Ibid.*

50 članova unaprijeđuje, štiti i obezbjeđuje potpuno i ravnopravno uživanje ljudskih prava i temeljnih sloboda osoba sa invaliditetom, kao i poštovanje dostojanstva ovih osoba.⁹ Konvencijom su osobe sa invaliditetom određene kao osobe koje imaju nepovratno fizičko, mentalno, intelektualno ili senzorno oštećenje, koje kroz interakciju sa različitim preprekama spriječava njihovu potpunu i efikasnu participaciju u društvu na načelu jednakosti sa drugima.¹⁰ Konvencijom je utemeljen Komitet za prava lica sa invaliditetom¹¹, čija je dužnost da nadgleda primjenu Konvencije. Osim što odlučuje o izvještajima država potpisnica, Komitet je prilično angažovan u smislu definisanja općih komentara odredaba Konvencije. Usvojena su četiri opća komentara ove vrste: Opći komentar br. 1 na član 12 Konvencije – Ravnopravnost pred zakonom (2014)¹²; Opći komentar br. 2 na član 9 Konvencije – Pristupačnost (2014);¹³ Opći komentar br. 3 na član 6 Konvencije – Žene i djevojčice sa invaliditetom (2016);¹⁴ Opći komentar br. 4 na član 24 Konvencije – Pravo na inkluzivno obrazovanje (2016).¹⁵ Potrebno je istaći da se prvi opći komentar referisao na ravnopravnost lica sa invaliditetom pred zakonom, budući da je to elementarni preduslov za njihovu istinsku ravnopravnost u društvenoj zajednici.

Među međunarodnim izvorima relevantnim za zapošljavanje osoba s invaliditetom od posebne važnosti su standardi utvrđeni u konvencijama MOR-a (koje su inače na snazi u BiH). U tom kontekstu posebno su značajne:¹⁶ 1) Konvencija broj 159 o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom, 1983., i odgovarajuća

9 United Nations, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol*, 2007.

10 *Ibid.*

11 *Ibid.*

12 Opći komentar br. 1 Komiteta za prava lica sa invaliditetom, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf>, 23. 10. 2024.

13 Opći komentar br. 2 Komiteta za prava lica sa invaliditetom, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/033/13/PDF/G1403313.pdf>, 23. 10. 2024.

14 Opći komentar br. 3 Komiteta za prava lica sa invaliditetom, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/3&Lang=en, 23. 10. 2024.

15 Opći komentar br. 4 Komiteta za prava lica sa invaliditetom, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/4&Lang=en, 23. 10. 2024.

16 J. Gradašćević-Sijerčić, M. Pandurević, *op. cit.*, 14.

Preporuka broj 168 o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom, 1983; 2) Konvencija broj 142 o profesionalnoj orijentaciji i stručnom osposobljavanju u razvoju ljudskih resursa, 1975; 3) te Konvencija broj 102 o minimalnim standardima socijalne sigurnosti, 1952.

Konvencija MOR-a broj 159 u pogledu politike profesionalne rehabilitacije i politike zapošljavanja osoba s invaliditetom propisuje da svaka članica mora, u skladu s uslovima na nacionalnom nivou, praksom i mogućnostima, utvrditi, provoditi i periodično revidirati politiku o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom.¹⁷ Konvencija MOR-a broj 142 o profesionalnoj orijentaciji i stručnom osposobljavanju u razvoju ljudskih resursa, predviđa da svaka članica kroz određeni vremenski period širi svoje sisteme profesionalne orijentacije, uključujući i konstantno informisanje o mogućnostima zaposlenja, kako bi se osigurala dostupnost informacija i najjasnijih mogućih instrukcija svoj djeci, mladima i odraslima, uključujući i prilagođene programe za sve hendikepirane i invalidne osobe.¹⁸ „Konvencija MOR-a broj 102 o minimalnoj normi socijalnog osiguranja u dijelu IX pod nazivom „Davanje za slučaj invalidnosti“ obavezuje sve države za koju je ovaj dio Konvencije na snazi, da osiguraju zaštićenim osobama davanje za slučaj invalidnosti“.¹⁹

2.2. Praksa Suda pravde EU

Ovdje je također bitno spomenuti praksu Suda pravde EU, odnosno načinu na koji je pitanje zapošljavanja osoba sa invaliditetom regulisano u EU. Usvajanje Direktive Savjeta Evrope 2000/78/EZ o opštem okviru jednakog postupanja u zaposlenju (2000)²⁰ prethodilo je ratifikaciji Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom (2010) od strane EU, te je upravo iz ovih razloga Sud pravde EU imao primarnu ulogu da približi tumačenje prava EU u okviru razumnog prilagođavanja Konvenciji. Posljednjih godina Sud je donio dvije presude sa novim mišljenjima, o čemu će biti govora u nastavku.

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*

20 European Union, Document c10823, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-HR-PT/TXT/?from=HR&uri=LEGISSUM%3Ac10823>, 23. 10. 2024.

Definicija razumne prilagodbe na poslu uvedena je u pravo EU članom 5. Direktive Savjeta Evrope 2000/78/EZ o opštem okviru jednakog postupanja u zaposlenju:²¹ „Poslodavci će preduzeti odgovarajuće mjere, gdje je to potrebno u određenom slučaju, kako bi omogućili osobi sa invaliditetom pristup, učešće ili napredovanje u zapošljavanju, ili prolasku obuke, osim ako bi takve mjere nametnule nesrazmjernan teret poslodavcu.“ Fundamentalna razlika između Direktive Savjeta Evrope 2000/78/EZ o opštem okviru jednakog postupanja u zaposlenju i Konvencije UN-a, jeste u tome što prva ne definiše uskraćivanje razumnog prilagođavanja kao *sui generis* oblik diskriminacije.²² Stoga je na Sudu pravde da pojasni koje odredbe EU će se primijeniti na ovu obavezu.

Uskraćivanje razumnog prilagođavanja nije diskriminacija kada bi to predstavljalo nesrazmjernan teret za poslodavca. Opterećenje nije nesrazmjerno kada je „dovoljno otklonjeno mjerama koje postoje u okviru politike invalidnosti dotične države članice“.²³ Da bi se odredio nesrazmjernan teret, posebno treba uzeti u obzir finansijske i druge troškove koji su nastali, obim i finansijska sredstva preduzeća i mogućnost dobijanja javnih sredstava ili bilo koje druge pomoći.²⁴ Komitet za prava lica sa invaliditetom je također izjavio da je finansijski trošak traženog smještaja relevantan faktor, ali Direktiva Savjeta Evrope 2000/78/EZ o opštem okviru jednakog postupanja u zaposlenju posvećuje veću pažnju faktoru troškova.²⁵

Direktiva Savjeta Evrope 2000/78/EZ o opštem okviru jednakog postupanja u zaposlenju se mora tumačiti u svjetlu Povelje EU o osnovnim pravima i Konvencije UN-a. Povelja EU sadrži nekoliko odredaba u vezi sa invaliditetom posebno član 26 o integraciji osoba sa invaliditetom.²⁶ Konvenciju UN-a EU je ratifikovala 2010. godine, tako

21 Council Directive 2000/78/EC of 27.11.2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation [2000] OJ L 303.

22 Tamás Gyulavári, „Recent CJEU case law on ‘reasonable accommodation’ at work: towards the recognition of a new discrimination form“, *Springer: ERA Forum* 2023, 362.

23 *Ibid.*

24 European Union, Document c10823, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-HR-PT/TXT/?from=HR&uri=LEGISSUM%3Ac10823>, 23. 10. 2024.

25 T. Gyulavári, *op. cit.*, 362.

26 Povelja Europske unije o temeljnim pravima, Službeni list Europske unije, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/>

da je ovaj mješoviti sporazum obavezujući za institucije EU i države članice.²⁷ On je „integralni dio pravnog poretka Evropske unije“ i kao takav je inferioran u odnosu na Ugovore, ali superiorniji od sekundarnog prava EU.²⁸ Međutim, on je dio sistema osnovnih prava EU i mogao bi se čak uspostaviti kao ekvivalent primarnom pravu EU.

Na temelju ranije navedenog Direktiva Savjeta Evrope 2000/78/EZ o opštem okviru jednakog postupanja u zaposlenju se, koliko je to moguće, mora „tumačiti na način koji je u skladu sa Konvencijom UN-a“.²⁹ Ako postoji više od jednog mogućeg tumačenja, prednost treba dati onom koje je u skladu sa Konvencijom, iako Konvencija nema direktan učinak. Sve u svemu, ratifikacija Konvencije UN-a od strane EU uspostavila je jasnu obavezu da se ona uzme u obzir pri tumačenju primarnog i sekundarnog prava EU, a koncept invaliditeta je arhetipski primjer ovog dosljednog tumačenja.³⁰ Dakle, definicija razumnog prilagođavanja mora se primjenjivati zajedno sa drugim antidiskriminacionim odredbama Direktive Savjeta Evrope 2000/78/EZ o opštem okviru jednakog postupanja u zaposlenju, a ove odredbe sekundarnog prava moraju se tumačiti u svjetlu relevantnih članova Povelje EU i Konvencije UN-a. Ovaj pravni okvir je unaprijeđen sudskom praksom Suda pravde EU, naročito u posljednje dvije decenije. U nastavku ćemo analizirati dva relevantna slučaja pred ovim sudom.

U slučaju *Tartu Vangla* (C-795/19)³¹, u Estoniji, zatvor u Tartu-u otpustio je službenika zbog nepoštivanja zahtjeva za oštrinom sluha za zatvorske službenike. Kao rezultat toga, radnik je postao trajno zakonski nesposoban za obavljanje osnovnih funkcija radnog mjesta zbog slušne smetnje (koje postoje od njegovog djetinjstva). U praksi bi bio sposoban da nastavi da obavlja (nakon 15 godina isti) posao da je primijenjena ista zakonska mjera (upotreba slušnog aparata) kao i za oštećenje vida (upotreba kontaktnih sočiva, naočala). Zatvorskim službenicima nije

TXT&from=RO, 23. 10. 2024.

27 European Union, Document 12012E/TXT, Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>, 23. 10. 2024.

28 T. Gyulavári, *op. cit.*, 363.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

31 Info Curia Case-law, Case number = C-795/19, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=244186&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7415579>, 23. 10. 2024.

zabranjeno nošenje slušnih aparata na poslu, ali se njihov sluh mora testirati bez upotrebe takvog uređaja. Prirodni nivo oštine sluha zatvorskog službenika trebao bi biti dovoljan, bez medicinskog uređaja, da osigura sigurnost i komunikaciju. Ovdje je pitanje bilo da li Direktiva, zasnovana na definicijama iz člana 2 (2) i obrazloženju za preopremanje na radnom mjestu u članu 4 (1), isključuje apsolutnu zabranu daljeg zapošljavanja zatvorskog službenika čija oština sluha ne zadovoljava minimalne pravne standarde i gdje procjena ne dozvoljava upotrebu korektivnih sredstava.³² Zanimljivo je da nacionalni sudovi nisu spomenuli razumno prilagođavanje u postupku i pitanju. Na osnovu koncepta odgovarajućih mjera u dosadašnjoj sudskoj praksi, Sud pominje dvije potencijalno odgovarajuće mjere:³³ slušno pomagalo i raspoređivanje na drugo radno mjesto. U cjelini, takav zakon, „gdje je to prikladno nakon donošenja mjera razumnog prilagođavanja“, nadilazi ono što je neophodno za postizanje njegovih legitimnih ciljeva.³⁴ Dakle, uskraćivanje razumnog prilagođavanja bilo je važan faktor kada je Sud proglasio nedostatak neophodnosti u okviru testa proporcionalnosti. Dok je u prethodnoj sudskoj praksi bila u pitanju indirektna diskriminacija, u ovoj presudi direktna diskriminacija je predstavljala klasični okvir za provjeru proporcionalnosti, međutim, pravna logika je bila slična ranijim odlukama koje su uključivale indirektnu diskriminaciju.

Konačni stav koji je Sud zauzeo u ovome predmetu jeste: „Član 2, stav 2, tačku (a), član 4, stav 1 i član 5 Direktive Savjeta Evrope 2000/78/EZ o opštem okviru jednakog postupanja u zaposlenju treba tumačiti na način da im se protivi nacionalni propis koji predviđa apsolutnu nemogućnost zadržavanja na njegovu radnom mjestu zatvorskog službenika čija oština sluha nije u skladu s najnižim pragovima slušne percepcije utvrđenima tim propisom, a ne omogućuje provjeru može li taj službenik ispunjavati navedene dužnosti, po potrebi nakon izvršavanja razumnih prilagodbi u smislu tog člana 5.“³⁵

Drugi slučaj C-485/20 – *HR Rail*³⁶ je belgijski slučaj koji uključuje otpuštanje radnika koji je postao trajno nesposoban da obavlja

32 *Ibid.*

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*

36 Info Curia Case-law, C-485/20 – HR Rail, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=253723&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7439598>, 23. 10. 2024.

osnovne funkcije pošte. Za razliku od *Tartu Vangla* nije bilo upitno da radnik više nije mogao da obavlja posao za koji je prvobitno bio angažovan, kao posledica njegovog srčanog stanja koje je zahtevalo ugradnju pejsmejкера (nesporni invaliditet). Međutim, mogao se zaposliti i na drugim radnim mjestima, i zaista je raspoređen na poziciju skladištara, a obećana mu je i personalizirana podrška kako bi pronašao novi posao u kompaniji. Uprkos tome, konačno je razriješen iz razloga nesposobnosti uz zabranu zapošljavanja na ovu funkciju u trajanju od pet godina.

Pitanje je bilo da li koncept „razumnog prilagođavanja“ prava EU zahtijeva da se radnik, nesposoban za obavljanje bitnih funkcija radnog mjesta, rasporedi na drugo radno mjesto za koje ima potrebnu kompetenciju, sposobnost i raspoloživost. Dakle, ovo je bio prvi slučaj u kojem je nacionalni sud direktno ciljao na tumačenje obaveze razumne prilagodbe, uključujući ocjenu mjere preraspodjele u svjetlu odbrane od nesrazmjernog opterećenja.

Procjena tereta poslodavca ne podrazumijeva primjenu testa proporcionalnosti, već balansiranje interesa poslodavca i zaposlenog, kako u finansijskom, tako i u organizacionom smislu i mjeri, čiji je interes jači.³⁷ U nezavisnom testu razumne prilagodbe ovo je opravdanje, ali u prethodnim odlukama Suda to je bilo „opravdanje opravdanja“.

Procjena neopravdanog tereta u uvodnoj izjavi uglavnom je fokusirana na aspekte troškova, a Sud je prilično šutio o tome šta predstavlja nesrazmjernan teret. *HR Rail* je dodao neke važne aspekte ovoj procjeni. Jedan faktor koji može biti relevantan je da je radnik raspoređen na drugu poziciju nakon nesposobnosti za prvobitno radno mjesto. Osim toga, mogućnost raspoređivanja osobe sa invaliditetom na drugo radno mjesto dostupna je samo ako postoji najmanje jedno radno mjesto koje je radnik sposoban da zauzme.³⁸ Ovdje Sud daje smjernice u vezi ne isključivo finansijskih, već organizacionih mjera. Opterećenje se tumači kao srazmjerno, ako je poslodavac već dobrovoljno uveo tu mjeru i ima praktičnu mogućnost da je nastavi. Takve činjenice mogu ukazivati na to da su interesi poslodavca u ravnoteži sa interesima radnika sa invaliditetom.

37 T. Gyulavári, *op. cit.*, 374.

38 InfoCuria Case-law, C-485/20 – *HR Rail*, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=253723&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7439598>, 23. 10. 2024.

U ovome slučaju konačni stav Suda je: „Član 5 Direktive Savjeta Evrope 2000/78/EZ o opštem okviru jednakog postupanja u zaposlenju treba tumačiti na način da pojam „razumne prilagodbe potrebama osoba s invaliditetom“ u smislu tog člana znači da radnik, uključujući onog koji obavlja pripravništvo nakon zaposlenja, koji zbog svojega invaliditeta bude proglašen nesposobnim za obavljanje osnovnih zadataka radnog mjesta na kojem je zaposlen bude raspoređen na drugo radno mjesto za koje ima potrebnu stručnost, sposobnost i raspoloživost, pod uvjetom da takva mjera za poslodavca ne predstavlja nerazmjerno opterećenje.“³⁹

Direktiva Savjeta Evrope 2000/78/EZ o opštem okviru jednakog postupanja u zaposlenju i Konvencija UN-a o pravima osoba sa invaliditetom donijele su pravnu revoluciju u regulaciji razumnog prilagođavanja umetanjem ove obaveze u zakon protiv diskriminacije. Pošto je Direktiva Savjeta Evrope 2000/78/EZ o opštem okviru jednakog postupanja u zaposlenju prva usvojena, pravo EU se razlikuje od Konvencije UN-a u nekoliko tačaka. Sud je dobio zadatak i priliku da uskladi pravo EU sa Konvencijom UN-a o pravima osoba s invaliditetom o pojmovima kao što su „invalidnost“ i „odgovarajuća razumna mjera prilagođavanja“.

Osnovna neusklađenost između prava EU i Konvencije UN-a je u tome što Direktiva Savjeta Evrope 2000/78/EZ o opštem okviru jednakog postupanja u zaposlenju ne proglašava uskraćivanje razumnog prilagođavanja odvojenim od diskriminacije, iako bi ovo specifično tumačenje imalo mnogo prednosti za promovisanje praktične implementacije. Na osnovu nejasnih pravila u Direktivi, rane presude Suda su uglavnom podržavale tumačenje razumnog prilagođavanja kao klauzule o izuzeću u slučajevima indirektno diskriminacije.

U ovim novim slučajevima govorilo se o značenju nesposobnosti u svjetlu razumnih mjera prilagođavanja (*Tartu Vangla*), te o obavezama poslodavca o smještaju u slučaju nesposobnosti da nastavi rad na istom radnom mjestu (*HR Rail*). Prva odluka je smatrala neopravdani propust da se napravi razumna prilagodba kao element opravdanja direktne diskriminacije. Međutim, *HR Rail* označava promjenu paradigme dajući zakonsku prednost članu 5 u odnosu na odredbe o direktnoj diskriminaciji, što jača obavezu razumnog prilagođavanja kroz nekoliko zakonskih prednosti. Međutim, obrazloženje ostavlja iza sebe

39 *Ibid.*

nekoliko pitanja o primjenjivom testu, jer se tek treba sačekati proglašenje razumnog prilagođavanja kao posebnog oblika (posredne i/ili direktne) diskriminacije.

3. POSEBAN OSVRT NA BOSNU I HERCEGOVINU

Kada je u pitanju Bosna i Hercegovina, specifičnim pitanjima prava osoba sa invaliditetom bave se brojne domaće, ali i međunarodne organizacije. Iako je BiH ratificirala Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom Ujedinjenih naroda, kao i Opcionalni protokol 12. marta 2010. godine, a Konvencija je stupila na snagu 11. aprila 2010. godine, osobe sa invaliditetom čine jednu od najugroženijih grupa koje se nalaze na društvenoj margini. Svakodnevnica ovih osoba sadrži mnoge prepreke i diskriminaciju u gotovo svakoj društvenoj sferi. Prema izjavama ispitanika na popisu stanovništva iz 2013. godine, u Bosni i Hercegovini od ukupno 3.531.159. stanovnika, čak 294.058, odnosno 8,33% ima neki stepen invaliditeta.⁴⁰ Pored svega navedenoga BiH je usvojila EU standarde po kojima uzrok invalidnosti nije uzus za utvrđivanje postojanja prava na zaštitu i naknade, međutim do današnjeg dana ovaj princip nije primjenjen u praksi.

Izveštaji zaštitnika ljudskih prava u Bosni i Hercegovini ističu složenosti i preporuke vezane uz prava osoba s invaliditetom.⁴¹ Diskriminacija, nedostatak usklađene definicije invaliditeta te obaveze iz međunarodnih sporazuma za jednakost prilika su ključni problemi. Prepreke u rješavanju slučajeva, diskriminacija ratnih žrtava te nedostatak koordinacije su istaknuti.⁴² Preporuke uključuju usklađivanje zakonodavstva, obrazovanje zdravstvenih radnika, poboljšanje zakona o socijalnoj zaštiti te prilagodbu javnih zgrada. Svijest, edukacija te saradnja između državnih tijela i organizacija za osobe s invaliditetom su ključni za napredak. Ključna tema zapošljavanja osoba s invaliditetom u Bosni i Hercegovini jeste važnost uključivanja poslodavaca u proces zapošljavanja te promicanje antidiskriminacijskih mjera.⁴³ BiH je ratificirala

40 Popis stanovništva u BiH 2013, <http://www.statistika.ba/>, 23. 10. 2024.

41 Godišnji izvještaji o rezultatima aktivnosti institucije Ombudsmena za ljudska prava BiH period 2008–2023, <https://www.ombudsmen.gov.ba/Dokumenti.aspx?id=27&tip=1&lang=BS>, 23. 10. 2024.

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

Konvenciju UN-a o pravima osoba s invaliditetom 2009. godine, s fokusom na pravo na rad u inkluzivnom okruženju. Različite europske zemlje imaju različite politike zapošljavanja osoba s invaliditetom, s pozitivnim mjerama za poboljšanje uključenosti u tržište rada. Iako postoje specifična pravila i obaveze za zapošljavanje osoba s invaliditetom u Bosni i Hercegovini, nedostatak finansijskih sredstava ograničava učinkovitost vlade u promicanju zapošljavanja osoba s invaliditetom. Inicijative poput promjena u zakonodavnom okviru, jačanja Fonda za osobe s invaliditetom, te promicanja društvene odgovornosti među poslodavcima kroz saradnju s Međunarodnom organizacijom rada su ključne preporuke.⁴⁴ Iako su određeni napori usmjereni ka poticanju punog sudjelovanja i uklanjanja prepreka za osobe s invaliditetom u Bosni i Hercegovini, nedostatak sredstava predstavlja izazov u promicanju zapošljavanja osoba s invaliditetom.

Potvrđivanje međunarodnih konvencija od strane Bosne i Hercegovine predstavlja korak ka usklađivanju nacionalnog zakonodavstva s međunarodnim standardima za zaštitu prava osoba s invaliditetom. Ovim procesom država preuzima obaveze propisane konkretnim konvencijama, poput Konvencije UN-a o pravima osoba s invaliditetom. Kroz ratifikaciju, Bosna i Hercegovina se obavezuje poštivati principe jednakih mogućnosti, pristupačnosti i nediskriminacije. Implementacija ovih međunarodnih standarda može doprinijeti poboljšanju kvalitete života osoba s invaliditetom u Bosni i Hercegovini. Stvaranje mehanizama za redovitu evaluaciju i praćenje napretka u implementaciji međunarodnih konvencija može osigurati dosljednost u provođenju propisanih standarda. Za uspješno provođenje ratifikacije međunarodnih konvencija o pravima osoba s invaliditetom, ključno je osigurati adekvatne resurse i kapacitete potrebne za implementaciju odredbi tih dokumenata. Prema Arturu O' Rajliju, nedostatak finansijskih sredstava može predstavljati prepreku u ostvarivanju prava osoba s invaliditetom, stoga je važno osigurati adekvatno financiranje programa i politika usmjerenih prema inkluziji i zaštiti njihovih prava.⁴⁵ Uz to, edukacija ključnih dionika, poput zdravstvenih djelatnika i poslodavaca, o specifičnim potrebama osoba s invaliditetom može doprinijeti stvaranju osjetljivijeg i inkluzivnijeg društvenog okruženja.⁴⁶

44 *Ibid.*

45 Arthur O'Reilly, *The right to decent work of persons with disabilities*, International Labour Office-Geneva 2007, 33.

46 *Ibid.*

U pogledu smjernica Ujedinjenih naroda, Bosna i Hercegovina je u 2009. godini potpisala Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom, naglašavajući tako važnost osiguranja prava na rad u inkluzivnom okruženju za osobe s invaliditetom. Izazovi s kojima se osobe s invaliditetom suočavaju u regiji istraženi su u detalje, zajedno s preporukama za poboljšanje pristupa pravdi, obrazovanju i zakonima protiv diskriminacije. Naglašava se potreba za strategijama vlade za jačanje prava osoba s invaliditetom, dok se Evropski sud za ljudska prava zalaže za individualne procjene prije uskraćivanja prava osobama s invaliditetom. U skladu sa Smjernicama Ujedinjenih naroda, relevantno je istaknuti da su poboljšane inicijative koje promiču punu participaciju i uklanjanje prepreka za osobe s invaliditetom, kao što je ažuriranje Zakona o borbi protiv diskriminacije u 2016. godini u Bosni i Hercegovini. Kroz analize slučajeva diskriminacije u regiji, ističe se hitnost stvaranja pravnih okvira kako bi se osigurali pristup pravdi, obrazovanju te unaprijedile zakonske odredbe protiv diskriminacije.⁴⁷ Nužno je istaknuti da nedostatak finansijskih sredstava ograničava učinkovitost vlasti u promicanju zapošljavanja osoba s invaliditetom, što zahtijeva reviziju pravnog okvira i poticaje za poslodavce kroz saradnju s Međunarodnom organizacijom rada.⁴⁸

Kada govorimo o obavezama poslodavaca, Zakonom o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom utvrđena je obaveza zapošljavanja osoba sa invaliditetom od strane svih poslodavaca u FBiH koji zapošljavaju 16 i više zaposlenika.⁴⁹ Poslodavac može obavezu zapošljavanja da izvrši na sljedeće načine:⁵⁰ 1) zapošljavanjem, odnosno zasnivanjem radnog odnosa s određenim brojem osoba s invaliditetom; 2) uplatom Fondu za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom novčanog iznosa u visini 25% prosječne plaće u FBiH za odgovarajući broj osoba s invaliditetom srazmjerno ukupnom broju zaposlenika. U FBiH kvotni sistem zapošljavanja ne primjenjuje se samo na javni sektor (državna tijela, tijela pravosuđa, tijela lokalne uprave, javne službe, ustanove, fondovi, javna preduzeća) već i na privatni sektor (privredna društva i druge pravne osobe).⁵¹

47 K. Beker, *op. cit.*, 5.

48 International Labour Office Geneva, *Managing disability in the workplace* 2002, 17.

49 *Ibid.*, 18.

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*, 20.

Zakonskom regulativom predviđena je dužnost zapošljavanja osoba s invaliditetom u srazmjeru sa ukupnim brojem zaposlenih, te od 31.12.2013. godine ta obaveza podrazumijeva zapošljavanje minimalno jedne osobe s invaliditetom na svakih 16 uposlenika. Međutim, ukoliko na tržištu rada nema osoba s invaliditetom koje posjeduju odgovarajuće znanje i kvalifikacije, poslodavci obavezu zapošljavanja ove grupe pojedinaca moraju namiriti kroz uplatu novčanih sredstava.

Rješenja u zakonima obavezno treba uskladiti sa pozitivnim iskustvima drugih država, prije svega onih koje ostvaruju vrhunske rezultate u ovoj oblasti, i primjeniti ih kod nas, uz prilagođavanje nivou razvoja društvenih odnosa i stanja ekonomije, a sve u cilju otkrivanja najboljih rješenja.

Zemlje koje su uspjele da zaposle najveći procenat osoba sa invaliditetom, uglavnom primjenjuju pozitivnu diskriminaciju i stimulanse poslodavcima, koji zapošljavaju osobe sa invaliditetom. Zemlje koje ostvaruju najlošije rezultate u pogledu zapošljavanja osoba sa invaliditetom, uvele su obligatorni kvotni sistem zapošljavanja. Takav sistem postoji u Rumuniji, Bugarskoj i svim nama susjednim državama. Međutim, važno je naglasiti da ni u jednoj državi taj odnos nije ispod 1:20, a ide i do 1:50 invalidnih osoba u odnosu na cjelokupan broj uposlenih.⁵²

Konačno, potrebno je navesti Izvještaj Evropske komisije za BiH od 08.11.2023. godine, gdje se kaže da osobe sa invaliditetom spadaju u najugroženije grupe.⁵³ Nisu preduzeti gotovo nikakvi koraci za rješavanje problema u smislu oduzimanja poslovne sposobnosti, diskriminacije po osnovu statusa i pristupačnosti objektima. Premda postoji pravni i institucionalni okvir za osobe sa invaliditetom, manjak budžetskih sredstava otežava sprovođenje mjera koje bi sigurno poboljšale njihov položaj.⁵⁴ Zakon i dalje dozvoljava da osobe sa invaliditetom budu lišene poslovne sposobnosti u sudskom postupku, što je kršenje međunarodnih konvencija.⁵⁵ Država treba da pređe sa pristupa zasnovanog na statusu (prioritet imaju ratni veterani i civilne žrtve rata) na pristup zasnovan na potrebama, sa jedinstvenom definicijom invaliditeta i

52 *Ibid.*

53 Evropska komisija, Radni dokument osoblja komisije, Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2023, <https://www.eas.europa.eu/sites/default/files/documents/2023/Izvj%C5%A1taj%20o%20Bosni%20i%20Hercegovini%20za%202023.%20-%20BHS%20prijevod%20%28002%29.pdf>, 25. 10. 2024.

54 *Ibid.*

55 *Ibid.*

usklađenim kriterijumima za invaliditet, te pravima i standardima socijalne zaštite širom zemlje.⁵⁶ Osobe sa invaliditetom i dalje se suočavaju sa preprekama u pristupu obrazovanju, zdravstvenoj zaštiti i socijalnoj pomoći.⁵⁷ Djeca sa smetnjama u razvoju i dalje su jedna od najmarginalizovanijih i najisključenijih grupa, suočena sa stigmom i diskriminacijom, te neadekvatnim uslugama, posebno u zdravstvu i obrazovanju.⁵⁸ Mnogi se i dalje nalaze u zavodima, što predstavlja teško kršenje njihovih prava kao i međunarodnih konvencija. Ovo je potrebno riješiti pod hitno. Bosna i Hercegovina treba hitno kreirati i implementirati strategiju deinstitucionalizacije, kako bi krenula ka zbrinjavanju u zajednici. Oba entiteta i Brčko distrikt BiH započeli su izradu vlastitih mapa puta u saradnji sa UNICEF-om.

4. ZAKLJUČAK

Istraživanje na ovu temu ukazuje na hitnu potrebu za usklađivanjem zakonodavnog okvira u Bosni i Hercegovini kako bi se osigurala puna zaštita prava osoba s invaliditetom. Preporuke uključuju usklađivanje nacionalnih propisa s međunarodnim standardima, jačanje edukacije zdravstvenih radnika o potrebama osoba s invaliditetom te poboljšanje pristupačnosti javnih objekata. Važan aspekt zaključaka istraživanja naglašava važnost suradnje između tijela vlasti, organizacija za osobe s invaliditetom i poslodavaca kako bi se osiguralo zapošljavanje osoba s invaliditetom. Potrebno je poticati svijest o potrebi inkluzivnog zapošljavanja te implementirati antidiskriminacijske mjere kako bi se osigurala jednaka radna prava za sve. U zaključku se ističe da je rješavanje izazova vezanih uz zapošljavanje osoba s invaliditetom ključni korak prema ostvarivanju inkluzivnog društva u Bosni i Hercegovini. Preporuke za poboljšanje uključuju reviziju pravnog okvira, osnaživanje Fonda za osobe s invaliditetom te poticanje društvene odgovornosti poslodavaca i saradnju s međunarodnim organizacijama poput Međunarodne organizacije rada.

56 *Ibid.*

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*

Damir Muminović, MA iur.

Senior Teaching Assistant at the University of Sarajevo
Faculty of Law, Bosnia and Herzegovina

INTERNATIONAL STANDARDS
FOR EMPLOYMENT OF PERSONS WITH
DISABILITIES (WITH SPECIAL REFERENCE
TO BOSNIA AND HERZEGOVINA)

Summary

This article examines international standards governing the employment of persons with disabilities, focusing on their implementation in Bosnia and Herzegovina. It highlights key conventions and guidelines such as the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, emphasizing the importance of inclusive employment practices. The study assesses Bosnia and Herzegovina's progress in aligning national policies with these standards, identifying challenges and potential areas for improvement. Key findings underscore the need for comprehensive legislative frameworks, accessible workplaces, and inclusive hiring practices to enhance employment opportunities for individuals with disabilities. By analyzing global benchmarks and local initiatives, the article offers insights into creating more equitable employment conditions and fostering social inclusion.

Key words: *Disability. – Employment. – International standards. – Bosnia and Herzegovina. – Inclusion.*

LITERATURA

- Beker K., „Diskriminacija na osnovu invaliditeta u Bosni i Hercegovini: Izazovi novih zakonskih rješenja“, *Analitika Centar za društvena istraživanja* 2017.
- Gradašćević-Sijerčić J., Pandurević M., „Zapošljavanje osoba sa invaliditetom kroz poticaje poslodavcima“, *Udruženje poslodavaca FBiH* 2013.

Gyulavári T., „Recent CJEU case law on ‘reasonable accommodation’ at work: towards the recognition of a new discrimination form“, *Springer: ERA Forum* 2023.

International Labour Office Geneva, *Managing disability in the workplace*, Geneva 2002.

O’Reilly A., *The right to decent work of persons with disabilities*, International Labour Office, Geneva 2007.

Velche D., Relandeau A., „Employment Policies for Persons with Disabilities“, *Wide Angle* 16/2017.

Article history:

Received: 24. 9. 2024.

Accepted: 20. 11. 2024.

Tunjica Petrašević*

Sanja Mišević**

Veronika Sudar***

PRIMJENA DIREKTIVE O ZAJEDNIČKOM
SUSTAVU POREZA NA DODATNU
VRIJEDNOST 2006/112/EZ U POREZNIM
POSTUPCIMA U REPUBLICI HRVATSKOJ****

Uspješno funkcioniranje jedinstvenog tržišta Europske unije (dalje: EU) u smislu slobodnog kretanja dobara, usluga, kapitala i radnika uvelike ovisi o učinkovitom sustavu oporezivanja unutar EU. Porez na dodatnu vrijednost od iznimne je fiskalne važnosti EU-a i država članica. Tijekom 1993. godine, uslijed ukidanja carinskih kontrola u EU, uočene su učestale prijevare u sustavima poreza na dodanu vrijednost, slijedom čega EU, kao i države članice ulažu znatne napore kako bi ih spriječili.

Republika Hrvatska (dalje: RH) također je suočena sa zlouporabom propisa o porezu na dodanu vrijednost, slijedom čega poduzima represivne mjere. Međutim, postavlja se pitanje granice odgovornosti poduzetnika poslovnih partnera pravnih osoba za koje se smatra da su počinile poreznu prijevare. Konkretno, upitno je kada se može nesporno tvrditi da

* Autor je redoviti profesor na Pravnom fakultetu Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, tpetrase@pravos.hr (Republika Hrvatska).

** Autorica mag.iur, odvjetnica u Odvjetničkom društvu Mišević i Jarić d.o.o., Osijek i polaznica Poslijediplomskog sveučilišnog doktorskog studija Pravo na Pravnom fakultetu Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, odv.sanja.misevic@gmail.com (Republika Hrvatska).

*** Autorica je mag.iur., asistentica na Pravnom fakultetu Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku i polaznica Poslijediplomskog sveučilišnog doktorskog studija Pravo na Pravnom fakultetu, vsudar@pravos.hr (Republika Hrvatska).

**** Ovaj rad je financiran sredstvima internog projekta Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, broj IP-PRAVOS-6: Implementacija europskog prava u hrvatskom pravnom poretku.

je druga ugovorna strana pravne osobe koja nije platila porez „znala ili morala znati“ da porez neće biti plaćen, tj., da se radi o poreznoj prijevari?

Cilj rada je pokušati rasvijetliti pod kojim okolnostima i kada druga ugovorna strana pravne osobe za koju se sumnja da je zlorabila porez na dodatnu vrijednost snosi odgovornost za ove zloporabe.

Ključne reči: *Europska unija. – Jedinstveno tržište. – Porez na dodatnu vrijednost. – Sloboda kretanja.*

1. UVOD

Zakon o porezu na dodanu vrijednost (u daljnjem tekstu: Zakon o PDV-u) kao *lex specialis*, regulira porez na dodanu vrijednost u Republici Hrvatskoj (dalje: RH). U Zakon o PDV-u implementirana je Direktiva Vijeća 2006/112/EZ od 28. studenoga 2006. o zajedničkom sustavu poreza na dodanu vrijednost¹ koja obuhvaća i pravo na odbitak pretporeza. Ova Direktiva obvezuje države članice EU-a da je implementiraju i primjenjuju prilikom naplate PDV-a. Ipak, zloporaba PDV-a prisutna je u svim državama članicama Europske unije (dalje: EU), uključujući i RH. Predmet zloporabe često je upravo odbitak pretporeza, točnije postavlja se pitanje odgovornosti poreznog obveznika s pravnom na odbitak pretporeza, a glede utvrđenja da je znao ili morao znati da porez na dodanu vrijednost iz pravnog posla u kojemu je sudjelovao neće biti plaćen od strane druge ugovorne strane tog pravnog posla. Kada je predmet upravnih i sudskih odluka osporavanje prava na odbitak pretporeza u kontekstu tzv „PDV prijevara“ obrazložena odluka su dvojbena. Upravo je to predmet analize ovoga rada. Autori će konkretno analizirati predmet po ustavnoj tužbi čiji će ishod biti značajan za daljnju znanstvenu analizu, ali i pravnu praksu. Cilj rada je objasniti pod kojim okolnostima i u kojim situacijama druga ugovorna strana pravne osobe za koju se sumnja da je zlorabila porez na dodatnu vrijednost snosi odgovornost za ove zloporabe.

Rad je strukturiran u četiri dijela. Nakon prvog, uvodnog dijela, autori u drugom dijelu rada se osvrću na porez na dodanu vrijednost općenito, a potom na obveze i ovlasti porezne uprave kod suzbijanja

1 SL L 347, 11. 12. 2006.

poreznih prijevarena. U trećem, središnjem dijelu rada se analizira sudska i upravna praksa i pravna teorija u kontekstu odbijanja prava na odbitak pretporeza kod sumnje na tzv. „PDV prijevare“. U četvrtom dijelu rada se iznose zaključna promišljanja autora.

2. O POREZU NA DODANU VRIJEDNOST U RH, TE OBVEZAMA I OVLASTIMA POREZNE UPRAVE KOD SUZBIJANJA POREZNIH PRIJEVARA U RH

Zloporaba poreza na dodanu vrijednost realnost je, kako i drugim državama članicama EU-a tako i u RH. Materija poreza na dodanu vrijednost regulirana je nizom propisa. *Lex specialis* svakako je Zakonom o PDV-u², a čije odredbe su dodatno razrađene Pravilnikom o porezu na dodatnu vrijednost.³ Prema čl. 1. Zakona o PDV-u, on se obračunava i plaća prema odredbama zakona te je prihod državnoga proračuna RH. U hrvatski Zakon o PDV-u implementirana je Direktiva Vijeća 2006/112/EZ od 28. studenoga 2006. o zajedničkom sustavu poreza na dodanu vrijednost što uključuje i pravo na odbitak pretporeza.⁴ Direktiva obvezuje države članice EU-a na implementaciju i primjenu iste pri naplati PDV-a. Tim je instrumentom posebnu ulogu u primjeni hrvatskog prava PDV-a dobio upravo Sud Europske unije (Sud EU).⁵

Odbitak pretporeza je pravo poreznog obveznika da od PDV-a koji je obvezan platiti odbije iznos PDV-a (pretporez) koji je obvezan platiti ili ga je platio u tuzemstvu za isporuku dobara i usluga koje su mu obavili drugi porezni obveznici za potrebe njegovih transakcija koje su oporezive.⁶

2 Zakon o porezu na dodanu vrijednost, *Narodne Novine*, br. 73/13, 99/13, 148/13, 153/13, 143/14, 115/16, 106/18, 121/19, 138/20, 39/22, 113/22, 33/23, 114/23, 35/24.

3 Pravilnik o porezu na dodatnu vrijednost, *Narodne Novine*, br. 79/13, 85/13, 160/13, 35/14, 157/14, 130/15, 115/16, 1/17, 41/17, 128/17, 106/18, 1/19, 1/20, 138/20, 1/21, 73/21, 41/22, 133/22, 43/23, 1/24, 39/24.

4 Direktiva Vijeća 2006/112/EZ od 28. studenoga 2006. o zajedničkom sustavu poreza na dodanu vrijednost, SL L 347 od 11.12.2006. (Direktiva o PDV-u).

5 Stjepan Gadžo, „Položaj javnopravnih tijela u novom hrvatskom sustavu poreza na dodanu vrijednost“, *Hrvatska i komparativna javna uprava* 15(4)/2015, 849.

6 Zakon o porezu na dodanu vrijednost, čl. 58.

Člankom 127 Zakona o PDV-u regulirano je pitanje odgovornosti poreznog obveznika s pravnom na odbitak pretporeza, a glede utvrđenja da je znao ili morao znati da porez na dodanu vrijednost iz pravnog posla u kojemu je sudjelovao neće biti plaćen od strane druge ugovorne strane tog pravnog posla.⁷ Obveze i ovlasti porezne uprave kao tijela državne uprave u čijoj nadležnosti je utvrđivanje i obračunavanje poreza regulirano je čl. 3 Zakona o poreznoj upravi⁸, koji zakon u čl. 13, st. 4 regulira i postupke suzbijanja poreznih prijevара.⁹

7 Zakon o porezu na dodanu vrijednost, čl. 127 uređuje:

„(1) Porezni obveznik koji obavlja u tuzemstvu isporuke dobara i usluga s pravom na odbitak pretporeza smatrat će se odgovornim ako iz objektivnih okolnosti proizlazi da je znao ili morao znati da će zbog prijevernih aktivnosti dio ili cijeli iznos PDV-a vezan za isporuku koja mu je obavljena, ili bilo koju prethodnu ili sljedeću isporuku istih dobara ili usluga, ostati neplaćen.

(2) Ako se sukladno stavku 1 ovoga članka utvrdi odgovornost poreznog obveznika, istome će se osporiti pravo na pretporez.

(3) Ako Porezna uprava sumnja da su isporuke dobara i usluga dio transakcija čija je namjera prijevorno izbjegavanje plaćanja PDV-a, tada će poreznog obveznika koji sudjeluje u takvim transakcijama obavijestiti o njegovoj odgovornosti sukladno stavku 1. ovoga članka. Od dana primitka takve obavijesti Porezna uprava može smatrati da je porezni obveznik znao ili morao znati da s takvim transakcijama sudjeluje u transakcijama kojima je namjera izbjegavanje plaćanja PDV-a.

(4) Podaci iz stavka 3 ovoga članka ne predstavljaju povredu porezne tajne.“

8 Zakon o poreznoj upravi, *Narodne Novine*, br. 115/16, 98/19, 155/23, čl. 3:

„Poslovi porezne uprave su: prikupljanje, evidentiranje, obrada i provjera podataka bitnih za utvrđivanje porezne osnovice i naplate poreza, doprinosa i drugih javnih davanja, uspostava i razvijanje sustava servisa te informiranje i edukacija poreznih obveznika radi lakšeg ostvarivanja prava i ispunjenja obveza, organiziranje, praćenje i kontrola naplate poreza, doprinosa i drugih javnih davanja, nadzor poslovanja poreznih obveznika u primjeni propisa iz nadležnosti Porezne uprave i suzbijanje poreznih prijevара (čl. 3, st. 1).“

9 Zakon o poreznoj upravi, *Narodne Novine*, br. 115/16, 98/19, 155/23., čl. 13, st. 4:

„Službenici koji obavljaju poslove suzbijanja poreznih prijevара te službenici Samostalnog sektora za financijske istrage po službenoj dužnosti su istražitelji u poreznom postupku s ovlastima prikupljanja i korištenja dokaza u poreznom postupku, prikupljenih putem tijela kaznenog progona. U svrhu sprječavanja, otkrivanja i porezne istrage poreznih prijevара, osim ovlasti iz stavaka 1 i 2 ovoga članka, ovlaštani su i: 1. u postupanju na odgovarajući način primjenjivati odredbe Zakona o kaznenom postupku, 2. poduzimati i druge radnje i postupke propisane posebnim zakonima, u cilju prikupljanja podataka i

3. SUDSKA I UPRAVNA PRAKSA I PRAVNA TEORIJA U KONTEKSTU ODBIJANJA PRAVA NA ODBITAK PRETPOREZA KOD SUMNJE NA „PDV PRIJEVARE“

Prijevare u sustavu PDV-a su, kao što navode Edoardo Traversa i Emanuele Ceci stare jednako kao i sam sustav PDV-a, uz ogromne gubitke za proračune kako država članica, tako i EU-a.¹⁰

Članak 273 Direktive o PDV-u temelj je na kojemu države članice mogu provoditi represivne mjere kako bi spriječile ili ograničile porezne prijevare na području PDV-a.¹¹

3.1. Upravna i pravosudna praksa u RH

Analiza sudske prakse nije uvijek jednostavan posao. Još je Guastini ukazivao kako se sudovanje često svodi na puku primjenu pravnih normi na pojedine slučajeve.¹² Međutim za primijetiti je kako su obrazložena sudska odluka u nacionalnog sudovanja, pod utjecajem EU prava postala bolje argumentirana, te češće zasnovana na logici zdravog razuma.

Kada je predmet upravnih i sudska odluka osporavanje prava na odbitak pretporeza u kontekstu tzv „PDV prijevare“ obrazložena odluka su, kao što bi biti izneseno u nastavku, dvojbeni.

Po ustavnoj tužbi predmet koji ćemo analizirati u ovome radu nalazi se na Ustavnom sudu RH, a ishod istog bit će zanimljiv za neke buduće nastavne analize.¹³

dokaza koji mogu poslužiti u svrhu sprječavanja, otkrivanja i porezne istrage porezno kaznenih djela, 3. ostvariti međunarodnu suradnju i suradnju s javnopravnim tijelima u cilju suzbijanja poreznih prijevare.“

10 Edoardo Traversa, Emanuele Ceci, „Delimiting the margin of maneuver of tax administrations in fighting VAT fraud“, *Conference „Court of Justice of the European Union: Recent VAT Case Law“*, Vienna 2023.

11 Direktiva o PDV-u, čl. 273: „Države članice mogu propisati i druge obveze koje smatraju potrebnima da bi osigurale pravilnu naplatu PDV-a, te da bi spriječile utaju, uz poštivanje jednakog postupanja s domaćim transakcijama i transakcijama koje obavljaju porezne obveze između država članica, te pod uvjetom da te obveze u trgovini između država članica ne uzrokuju formalnosti povezane s prelaskom preko granice.“

12 Riccardo Guastini, *Sintaksa prava*, Zagreb 2016.

13 Odluka Ustavnog suda RH, broj: U-III-189/2024

3.1.1. Rasprava o meritumu

Porezna uprava je u prvostupanjskom upravnom postupku provela porezni nadzor nad trgovačkim društvom u odnosu na obveze po osnovi poreza na dodanu vrijednost, te je donijela porezno rješenje kojim je poreznom obvezniku (kasnije tužitelju) utvrđen manje obračunati porez na dodanu vrijednost za razdoblje od 1. 1. 2019. godine do 31. 12. 2019. godine u znatnom iznosu zbog nepravodobno uplaćenog poreza na dodanu vrijednost. Obrazloženo je kako su prilikom provođenja poreznog nadzora utvrđene sljedeće nezakonitosti: trgovačko društvo nad kojim se provodi porezni nadzor poslovalo je s društvima *xy*, a za koja trgovačka društva je utvrđeno da su sudionici lanca transakcija u kojima je došlo do štete za proračun Republike Hrvatske i to prijevornim postupanjem navedenih društava.

Naime, trgovačko društvo nad kojim se provodi porezni nadzor uplatilo je *xy* društvima na ime izdanih računa znatne novčane iznose, dok *xy* društva temeljem ovako naplaćenih računa nisu iskazali opozreive transakcije, a po kojima je društvo nad kojim se vrši porezni nadzor odbilo pretporez.

Tijekom poreznog nadzora za *xy* trgovačka društva utvrđeno je da nemaju poslovne prostore, da nisu predane prijave PDV-a, te da osobe ovlaštene za zastupanje (iz treće zemlje) nisu dostupne za suradnju niti su dostavile Poreznoj upravi na uvid poslovnu dokumentaciju.

Porezna uprava u obrazloženju prvostupanjskog rješenja tvrdi da nije mogla ranije obavijestiti poreznog obveznika nad kojim vrši porezni nadzor o prijevornom postupanju *xy* trgovačkih društava njegovih dobavljača, jer je tek u konkretnom poreznom nadzoru utvrđeno prijevorno postupanje. Također navodi da ukoliko bi utvrđivanje odgovornosti poreznog obveznika ovisilo o primitku obavijesti Porezne uprave o prijevornom postupanju, tada bi to bilo u koliziji s odredbom članka 127 stavka 1 Zakona o porezu na dodanu vrijednost kao i s načelom „znao ili morao znati“ izraženim u presudi suda Europske unije u spojenim predmetima *AxelKittel* (C-439/04) i *RecoltaRecycling SPRL* (C-440/04), a da kasnija sudska praksa ne odstupa od navedenog načela.

U obrazloženju rješenja se navodi kako je porezni obveznik znao ili morao znati da su navedene transakcije koje su počinili izdavatelji računa *xy* trgovačka društva bile dio prijevare jer je poslovao s novoosnovanim društvima bez poslovne ili financijske povijesti čiji su

vlasnici strani državljani, da nije provjeravao podrijetlo robe dobavljača, da nije imao osobnih kontakata s osobama ovlaštenim za zastupanje društava, već je imao samo telefonsku i elektroničku komunikaciju, da ne postoji jasan dokaz o vlasništvu robe stranih državljana niti da postoji formalni pisani ugovor te da je kupovao robu po nižoj cijeni nego koju nude ostali dobavljači, a da su ti dobavljači zapravo prekupci, a ne proizvođači robe.

Konačno, Porezna uprava navodi kako je na službenoj web stranici Porezne uprave pod linkom PDV prijevare dana 22.09.2015. godine javno objavljena obavijest poreznim obveznicima o tome kako uočiti prijevare i kriminalne zloporabe sustava PDV-a te kako se od istih zaštititi pri čemu je naglasak stavljen i na nove poslovne partnere.

Slijedom svega navedenog, Porezna uprava zaključuje kako porezni obveznik nema pravo na odbitak pretporeza, te ga obvezuje na uplatu iznosa PDV-a u državni proračun, unatoč tome što je PDV po primljenom računu dobavljača uredno platio. Žaleći se na ovu odluku prvostupanjskog upravnog tijela, porezni obveznik u žalbi ističe da okolnosti posla nisu ukazivale na prijevaru, da nije propustio poduzeti niti jednu radnju koju je kao dobar gospodarstvenik dužan poduzeti, da je postupao u dobroj vjeri, platio račune dobavljača, nije sudjelovao u prijeveri te nije stekao nikakvu korist. Nadalje je naveo kako ne postoje objektivne okolnosti iz kojih se može zaključiti da je znao za bilo kakvu prijeveru, a da je teret dokaza koje utemeljuju obvezu isključivo na poreznom tijelu i konačno da Porezna uprava nije poštovala izvore prava Europske unije, a što je u obvezi u smislu članka 141. c. Ustava Republike Hrvatske.¹⁴ Također se upire na recentnu praksu Suda EU-a koja ide u prilog poreznom obvezniku.

Ministarstvo financija Republike Hrvatske u drugostupanjskom upravnom rješenju ponavlja činjenična utvrđenja iz prvostupanjskog

14 Ustav Republike Hrvatske (*Narodne novine*, br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14), čl. 141 točka c propisuje: „(1) Ostvarivanje prava koja proizlaze iz pravne stečevine Europske unije, izjednačeno je s ostvarivanjem prava koja su zajamčena hrvatskim pravnim poretkom. (2) Pravni akti i odluke koje je Republika Hrvatska prihvatila u institucijama Europske unije primjenjuju se u Republici Hrvatskoj u skladu s pravnom stečevinom Europske unije. (3) Hrvatski sudovi štite subjektivna prava utemeljena na pravnoj stečevini Europske unije. (4) Državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravne osobe s javnim ovlastima izravno primjenjuju pravo Europske unije.“

postupka, navodeći da je hrvatski Zakon o porezu na dodanu vrijednost usklađen s pravnom stečevinom Europske unije. Nadalje se obrazlaže kako je u proteklim poreznim razdobljima Porezna uprava višekratno upozoravala porezne obveznike na rizik i postojanje prijevornih radnji na svojim stranicama, te da je u tom smislu i davala upute kako prepoznati prijevarne aktivnosti kojima je namjera izbjegavanje plaćanja PDV-a. U obrazloženju drugostupanjskog upravnog rješenja se nadalje navodi kako su predmetne transakcije imale obilježja prijevornih radnji za koje je znao ili trebao znati da su prijevarne da je postupio s potrebnom pažnjom. Ministarstvo financija Republike Hrvatska ponavlja da su dobavljači nadziranog poreznog obveznika osnovani neznatno prije spornog poslovnog odnosa, nemaju poslovnu povijest niti poslovne reference te da su odgovorne osobe strani državljani (državljanjani Republike Srbije), da je riječ o uhodanom obrascu ponašanja gdje se u proljeće tekuće godine ostvaraju nova trgovačka društva od strane državljanjani Republike Srbije te da takva društva nemaju adekvatan poslovni prostor niti skladišne kapacitete, a da je odgovorna osoba u pravilu nedostupna poreznim tijelima. Navodi se kako je odlučan element koji upućuje na sudjelovanje u poreznoj prijevari upravo spornost cijena po kojima su prodavane kulture žalitelju, kako je to obrazložilo prvostupanjsko upravno tijelo.

Povodom negativnog drugostupanjskog poreznog rješenja porezni obveznik podnio je tužbu pred Upravnim sudom u Osijeku radi poništavanja tog drugostupanjskog poreznog rješenja.

Porezni obveznik u tužbi je, kao i u upravnom postupku pred upravnim tijelima, opisao način svog poslovanja, istaknuo činjenicu da kao veliki porezni obveznik posluje s više od 4.000 dobavljača i kooperanata, a da se trgovanje merkantilnim proizvodima vrši temeljem cijena koje se formiraju na Europskoj burzi (MATIF) u kojoj su promjene dnevne, čime se cijena robe formira svakog dana, a otkup vrši po cijenama koje su aktualne u vrijeme otkupa, stoga navodi da je netočno da je robu kupovao po nižoj cijeni, već po cijeni po kojoj se ta roba kupovala u to vrijeme na tom području. Također je naveo i kako je netočno da nije imao sklopljene ugovore s dobavljačima već da je iste imao sklopljene putem sredstava elektroničke komunikacije, da je nejasno što točno znači da pojedino društvo nema financijsku povijest i da Porezna uprava ovakvim načinom postupanja sugerira ne poslovati s novoosnovanim društvima. Porezni obveznik u tužbi je nadalje naveo

kako praksa Suda Europske unije jasno upućuje na zaključak da je prije svega na poreznim tijelima da provedu potrebne inspekcijske nadzore kako bi se otklonile nepravilnosti i prijevare na području PDV-a, a da nije na poreznim obveznicima da snose rizik odricanja prava na odbitak pretporeza.

Upravni sud u Osijeku je povodom opisane tužbe donio presudu kojom je odbio tužbeni zahtjev, obrazlažući kako je porezni obveznik trebao koristiti „povećan oprez“ u dijelu provjere poslovnih partnera, a objektivne okolnosti (da se radi o novoosnovanim društvima bez financijske povijesti koja nemaju poslovne prostorije, čiji su osnivači strani državljani, dobavljači su prekupci, roba je prodana po „dobroj“ cijeni) koje navodi Porezna uprava prihvatio je i upravni sud. Osim toga, Upravni sud u Osijeku je dodatno napomenuo i kako su predmetni dobavljači zapravo „nestajući trgovci“ osnovani isključivo s prijevarnim motivima te da je porezni obveznik zanemario sve duge rizike koji su na to ukazivali (iako ne navodi konkretno koji su to drugi rizici). Upravni sud u Osijeku nadalje navodi da je odluka Ministarstva financija u skladu s načelom *Kittel*, ne osvrćući se na postojanje kasnijih presuda Suda Europske unije.

U žalbi protiv prvostupanjske presude Upravnog suda u Osijeku, porezni obveznik navodi da ne postoji niti jedan dokaz koji bi ukazivao na to da je porezni obveznik znao ili morao znati da njegovi dobavljači sudjeluju u prijevarnim aktivnostima, kao i da će taj PDV ostati neplaćen. Također, prvostupanjski sud je pogrešno primijenjeno materijalno pravo jer u obzir nije uzeo praksu Suda Europske unije na koju se pozivao tijekom upravnog i sudskog postupka.

U fazi žalbenog postupka porezni obveznik priložio je u spis u pravno mišljenje Katedre ustavnog i europskog prava Pravnog fakulteta Osijek. Ukratko, stav iz ovog pravnog mišljenja ide za tim da bi nametanje poreznim obveznicima obveza poput ovih iz analiziranog predmeta bilo tegotno, u smislu da bi porezna tijela svoje zadatke provjere i inspekcije *de facto* prenijele na porezne obveznike, slijedom čega se ne može tvrditi da je porezni obveznik „znao ili mogao znati“ da njegovi dobavljači nisu u proračun uplatiti PDV.¹⁵

15 Pravno mišljenje prof. dr. sc. Tunjica Petrašević, Katedra ustavnog i europskog prava Pravnog fakulteta Osijek, 13. lipnja 2023. Znakovito, u Mišljenju se također navodi kako Republika Hrvatska nije nikada, za razliku od drugih EU država, uspostavila sustav za otkrivanje poreznih prijevara u kojemu poduzetnici mogu provjeriti svoje partnere.

Povodom podnesene žalbe, Visoki upravni sud Republike Hrvatske donio je presudu kojom je odbio žalbu i potvrdio presudu Upravnog suda u Osijeku, obrazlažući da je prvostupanjski sud donio pravilnu i zakonitu presudu, bez posebnog obrazlaganja tih objektivnih okolnosti koje ukazuju na to je porezni obveznik trebao znati da njegovi dobavljači sudjeluju u prijevornim aktivnostima. Time je Visoki upravni sud Republike Hrvatske potvrdio inicijalna utvrđenja Porezne uprave iz svog prvostupanjskog upravnog rješenja koja u konačnici ni pred žalbenim sudom odnosno Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske nisu s uspjehom osporena.

Protiv presude Visokog upravnog suda Republike Hrvatske porezni obveznik podnio je ustavnu tužbu Ustavnom sudu Republike Hrvatske i prijedlog za postavljanjem prethodnog pitanja pred Sudom Europske unije, no o navedenom još nije donesena odluka.

3.1.2. Pravna konstrukcija „Znao ili morao znati“

Zakon o porezu na dodanu ostao je, na žalost, nedorečen kada su u pitanju mjerila prema kojima se utvrđuje je li porezni obveznik znao ili morao znati da zbog prijevornih aktivnosti njegovih poslovnih partnera PDV neće biti plaćen. Usljed ove pravne praznine ta mjerila razvijaju se kroz sudsku praksu. U upravnoj i sudskoj praksi tako se kao mjerila navode okolnosti da je porezni obveznik kupovao robu po značajno nižoj cijeni od ostalih dobavljača¹⁶, da dobavljač ima karakteristike tzv. nestajućeg trgovca (koje karakteristike se često prosuđuju prema datumu osnivanja društva, datumu prestanka društva, postojanja poslovnih prostorija društva, vođenja poslovnih knjiga, plaćanja poreza i drugih davanja itd.),¹⁷ da nije proveo dodatne provjere dobavljača postupajući s pažnjom dobrog gospodarstvenika uvidom u

16 Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske posl.br. U-III/376/2023 od dana 14. rujna 2023. godine

17 Presuda Upravnog suda u Osijeku posl.br. Us I-484/2022-6 od dana 3. svibnja 2023. godine potvrđena presudom Visokog upravnog suda Republike Hrvatske posl.br. Usž-2442/23-2 od dana 9. studenog 2023. godine u kojoj se navodi: „Tijekom poreznog nadzora je utvrđeno da su navedena trgovačka društva osnovana 2019, a te iste godine izvršene su i predmetne porezne prijave, a zatim su društva prestala poslovati (tzv. nestajući trgovci). Ta društva nemaju poslovne prostorije, niti su ikada vodila poslovne knjige i nisu plaćala poreze i druga javna davanja“.

internetske stranice Porezne uprave (registar obveznika poreza na dodanu vrijednost)¹⁸ i dr.

Prema stavu upravnih (poreznih) i sudskih tijela upravo navedene okolnosti dovode to utvrđenja da je porezni obveznik mogao znati da sudjeluje u prijevarnim radnjama.

Međutim, u praksi je vrlo dvojbena mogućnost poreznih obveznika da se pouzdano posluže ovim mjerilima. U svakom slučaju, nužno je svaku pojedinu situaciju analizirati zasebno i odluku donositi od slučaja do slučaja. Tako će sama činjenica da se radi o novoosnovanom subjektu kao potencijalnom pokazatelju da bi se moglo raditi o poreznoj prijeviri biti ograničavajući faktor za sve sudionike u pravnom prometu, dok datum prestanka postojanja takvog, potencijalno prijevarnog pravnog subjekta nije moguće predvidjeti. Također, kupnja određene robe po nižoj cijeni od prosječne može se poreznom obvezniku učiniti kao dobra poslovna prilika koja istovremeno ne mora nužno značiti da se radi o prijevornoj aktivnosti. Velikim poduzetnicima koji imaju velik broj dobavljača previše je otegotno stavljati na teret stvarnu, pa i terensku provjeru postojanja poslovnih prostorija svakog pojedinog dobavljača koji se možda nalaze i na velikoj udaljenosti od poreznog obveznika koji se koristi pravom na odbitak pretporeza. Konačno, kao jedno od mjerila uzima se i to je li porezni obveznik izvršio dodatne provjere dobavljača postupajući s pažnjom dobrog gospodarstvenika uvidom u internetske stranice Porezne uprave (registar obveznika poreza na dodanu vrijednost). Ovdje valja istaknuti kako porezni obveznik na raspolaganju ima tek internetski pretraživač subjekata obveznika PDV-a koji daje informaciju samo o tome je li pojedini subjekt obveznik PDV-a. Iz navedenog se ne može utvrditi sudjeluje li pojedini dobavljač u prijevornim aktivnostima. Dakle, poreznim obveznicima nisu stavljeni na raspolaganje alati alate kojima bi provjerili plaćaju li njihovi dobavljači PDV.

Razvidno je da većina ustaljenih mjerila kojima se utvrđuje da li je porezni obveznik znao ili mogao znati da se radi o poreznoj prijeviri postaju razvidne *post festum*. Stoga je nužno preispitati ova mjerila, a sve kako se poreznim obveznicima ne bi na teret stavljale obveze koje objektivno nije u mogućnosti izvršiti.

18 Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske posl.br. Usz-2499/22-2 od dana 13. srpnja 2022. godine.

Stav o mogućnostima poreznih obveznika da vrše provjere svojih poslovnih partnera u smislu detektiranja sumnji na potencijale porezne prijevare istaknuo je i Sud EU-a. Naime, u svojoj odluci...odgovarajući, između ostalog, na pitanje „treba li Direktivu 2006/112, u vezi s načelom proporcionalnosti, tumačiti na način da joj se u slučaju postojanja indicija na temelju kojih je moguće posumnjati u postojanje nepravilnosti ili utaje protivi to da se od poreznog obveznika zahtijeva da dokaže postupanje s povećanom pažnjom kako bi se uvjerio da ga transakcija koju provodi ne dovodi do sudjelovanja u utaji i da provede složene i detaljne provjere poput onih koje može provesti porezna uprava“, Sud EU-a je istaknuo kako porezna tijela ne mogu poreznim obveznicima nametati složene i detaljne provjere dobavljača poput onih koje može provesti porezna uprava, na način da poslovi porezne uprave budu preneseni na porezne obveznike.¹⁹

3.1.3. Povreda ustavnih prava?

Pravna sigurnost je jedna od najvažnijih sastavnica društva utemeljenog na vladavini prava. O postojanju pravne sigurnosti se zasigurno ne može ni govoriti ako je sudska praksa neujednačena i ako sudovi vrlo jasne i nedvojbene zakonske odredbe tumače na način koji je protivan njihovoj svrsi i koji dovodi do neravnoteže u pravima i obvezama građana, a posebice ako postupanje državnih tijela evidentno ide nasuprot legitimnim očekivanjima koje pojedinac (fizička i/ili pravna osoba) može imati s obzirom na zakonsku regulativu i postojeću sudsku praksu.

U konkretnom predmetu, porezni obveznik se pouzdao u vrlo jasnu i nedvosmislenu odredbu čl. 127, st. 3 Zakona o PDV-u koja glasi: „Ako Porezna uprava sumnja da su isporuke dobara i usluga dio transakcija čija je namjera prijevarno izbjegavanje plaćanja PDV-a, tada će poreznog obveznika koji sudjeluje u takvim transakcijama obavijestiti o njegovoj odgovornosti sukladno stavku 1 ovoga članka. Od dana primitka takve obavijesti Porezna uprava može smatrati da je porezni obveznik znao ili morao znati da s takvim transakcijama sudjeluje u transakcijama kojima je namjera izbjegavanje plaćanja PDV-a.“, te prema njoj ima

19 Presuda Suda EU-a, C-512/21, *Aquila Part Prod Com SA protiv Nemzeti Adó-és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága*, od 17. kolovoza 2021; Presuda Suda EU-a, C-512/21, *Aquila Part Prod Com SA protiv Nemzeti Adó-és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága*, od 17. kolovoza 2021, par. 50.

legitimna očekivanja da će se od trenutka obavijesti Porezne uprave smatrati kako je mogao znati da neki njegov dobavljač ne plaća PDV i naravno, nakon toga više neće poslovati s njim.

Nadalje, „objektivne okolnosti“ na koje upućuje porezna uprava, smatrajući da je podnositelj „morao znati“ da neki njegov dobavljač neće platiti PDV ne izviru ni iz jednog važećeg propisa (ili propisa koji je ikada bio na snazi), a potencijalno su u suprotnosti s osnovnim načelima poslovanja.

Također je bitno istaknuti, a na što je ukazano ovim radom, da je u većem broju predmeta Sud EU već istaknuo da se pojam „morao znati“ mora koristiti vrlo restriktivno, budući da zahtijevanjem od poduzetnika da provode stroge kontrole svojih partnera, „porezne vlasti na poduzetnike prebacuju svoje zadatke– što je u suprotnosti sa smislom Direktive.“²⁰

Također, Sud EU jasno ukazuje da se svaku poslovnu transakciju mora se promatrati sa saznanjima koja su postojala tada, u vrijeme njezina poduzimanja, a ne sa saznanjima do kojih se došlo naknadno.²¹

Nadalje, ulazeći u poslovni odnos sa svojim dobavljačima, podnositelj je imao legitimna očekivanja da će PDV koji je redovno platio po izdanim računima moći kasnije koristiti kao pretporez.

Slijedom navedenog, opravdano se može postaviti pitanje da li je došlo do povrede ustavnog načela Vladavine prava iz čl. 3 Ustava RH.

Pravo na pravično suđenje u sebi sadrži zabranu arbitrarnog odlučivanja sudova²² kao izražavanja samovolje i proizvoljnosti u primjeni materijalnog prava, obvezu neodstupanja od ustaljene prakse bez opravdanih razloga²³ i obvezu da obrazloženje sudskih odluka sadrži ozbiljne, relevantne i dostatne razloge za ocjenu odluke koja je dana.²⁴

20 Presuda u spojenim predmetima Mahagébenkft (C-80/11) i Péter Dávid (C-142/11); Presuda u predmetu A. T. S. 2003 Vagyongvédelmiés Szolgálató Zrt., „f.a.“ (C-289/22) od 9. siječnja 2023. godine.

21 Presuda u spojenim predmetima Optigen Ltd (C-354/03), Fulcrum Electronics Ltd (C-355/03) i presuda u predmetu Bond House (C-484/03).

22 „...U svom materijalnom pravnom smislu ovo pravo će biti povrijeđeno između ostalog, ako doneseni pravni akt u cjelini ili djelomično niti s jednog mogućeg gledišta nije pravno prihvatljiv, a posebice će to biti slučaj kada nije uzet u obzir očigledno mjerodavan propis ili je propis na grub način pogrešno shvaćen...“ – Ustavni sud RH – U-III-491/2000, od 6. 6. 2000. godine.

23 Ustavni sud RH, U-III-635/2010 od 25. travnja 2013. godine.

24 Ustavni sud RH, U-III-38107/2009 NN 122/13.

Ostaje otvoreno pitanje da li su upravna tijela, a napose sudovi u konkretnom slučaju postupali arbitrarno. Naime, nije do kraja jasno iz predmetnog slučaja da bi porezni obveznik znao ili morao znati da rugi poslovni subjekt neće platiti porez.

Također, ako su se sudovi vodili time da postoje indicije koje su mogle ukazivati na rizičnost poslovanja, bili su dužni ocijeniti ukazuju li te indicije da je podnositelj postupao s pažnjom dobrog gospodarstvenika i što takva pažnja uključuje. Je li realno od gospodarstvenika očekivati da provode kontrole koje bi trebala provesti Porezna uprava (da odrađuju posao državnih institucija)? Je li realno očekivati da gospodarstvenici poslovnim partnerima pristupaju diskriminatorno, pa ne posluju s pravnim osobama koje osnivaju državljani? Je li realno očekivati da ne posluje s društvima koja su nova, koja su počela poslovati unazad jedne godine? Je li realno očekivati da uprava jednog velikog društva s više tisuća dobavljača ide upoznavati svakog dobavljača? Jesu li to uopće objektivni kriteriji koji se mogu očekivati od ikoga? Sva ova otvorena pitanja upućuju na moguću povredu ustavnih prava poreznog obveznika.

Kod svega navedenog treba imati na umu, a na što podsjećaju i Edoardo Traversa i Emanuele Ceci, države članice mogu postupati po slobodnoj prosudbi kod odabira mjera za sprječavanje poreznih prijevара, ali Sud EU-a je u više navrata ukazivao da svoje ovlasti moraju vršiti u skladu sa općim načelima EU prava, a napose u skladu sa načelom proporcionalnosti.²⁵

Sukladno ovom načelu, mjere za sprječavanje poreznih prijevара koje poduzimaju porezne uprave ne smiju ići preko onog što je potrebno za postizanje cilja-borbe protiv porezne prijevара.

3.2. Analiza primjenjive prakse Suda EU-a

Kao što ističu Edoardo Traversa i Emanuele Ceci, u pravu EU-a postupovne odredbe glede PDV-a nisu usklađene²⁶, a autonomiju država članica na ovom polju potvrdio je i Sud EU-a.²⁷

Međutim, Sud EU-a je razvio praksu koja poreznim upravama ograničava proizvoljnost i samovolju.²⁸

25 E. Traversa, E. Ceci, *op. cit.*, fn. 16.

26 *Ibid.*

27 Sud EU-a, C-188/09, Profaktor, EU:C:2010:454, st. 29.

28 E. Traversa, E. Ceci, *op. cit.*, fn. 16.

Uloga Suda EU-a je tumačiti Direktivu o PDV-u, te je u skladu s tim ovaj sud ustanovio smjernice kod postupanja, vodeći računa o načelima razmjernosti i pravne sigurnosti.

U *Spojenim predmetima Mahagébenkft i Péter Dávid*²⁹ sud EU-a podsjeća kako je temeljno načelo zajedničkog sustava PDV-a pravo poreznih obveznika na odbitak PDV-a koji je već plaćen u cijeni kupljene robe i usluge, stoga se poreznom obvezniku može se uskratiti pravo na odbitak samo na temelju kriterija utvrđenih sudskom praksom. Konkretno, pravo kazniti poreznog obveznika uskratoma prava na odbitak pretporeza može se samo onog poreznog obveznika koji je znao ili je morao znati da je ta transakcija povezana s prijevarom koju je prethodno počinio dobavljač ili drugi trgovac u ranijoj fazi transakcije.³⁰ Naglašava također da je nespojivo s odredbama Direktive i PDV-u odbiti to pravo poreznom obvezniku koji nije znao ni morao znati, da je predmetna transakcija povezana s prijevarom koju je počinio dobavljač ili da je druga transakcija koja je bila dio lanca opskrbe prije ili nakon te transakcije koju je izvršila porezna osoba bila povezana prijevarom s PDV-om.³¹

Sud apostrofira da je prvenstveno na poreznim tijelima provedba nadzora radi otkrivanja nepravilnosti i prijevara u području PDV-a, jer bi nametanjem poreznim obveznicima prevelikih obveza, pod prijetnjom rizika odricanja prava na odbitak pretporeza, porezne vlasti zapravoprenije svoje vlastite zadatke provjere i inspekcije na porezne obveznike, što je suprotno cilju Direktive.³²

U *Spojenim predmetima Optigen Ltd, Fulcrum Electronics Ltd*³³ i u *predmetu Bond House*.³⁴ Sud je u navedenim presudama opetovano izrazio stav da se PDV primjenjuje na svaku transakciju u lancu pojedinačno i da svaku transakciju treba promatrati prema njezinim bitnim elementima i okolnostima i ona ne može biti „izmijenjena“ naknadno na temelju okolnosti koje su postale poznate naknadno. Svaki pokušaj da se legitimnom i legalnom poslovanju (poslovnom subjektu) onemo-

29 Spojeni predmeti Mahagébenkft (C-80/11) i Péter Dávid (C-142/11).

30 Spojeni predmeti Mahagébenkft (C-80/11) i Péter Dávid (C-142/11), par 45.

31 Spojeni predmeti Mahagébenkft (C-80/11) i Péter Dávid (C-142/11), par 47.

32 Spojeni predmeti Mahagébenkft (C-80/11) i Péter Dávid (C-142/11), par. 62, par. 65.

33 Spojeni predmeti OptigenLtd, C-354/03, Fulcrum Electronics Ltd, C-355/03.

34 Predmet Bond House, C-484/03.

gući ostvarivanje prava na odbitak pretporeza, zbog porezne prijevare s kojom on nije povezan i nije za nju morao znati, nema temelja u europskom pravu.

U *Predmetu A. T. S. 2003 VagyonvédelmiésSzolgáltatóZrt., „f.a.“*³⁵. Sud EU-a je tumačio relevantne odredbe Direktive 2006/112/EZ u kontekstu prava na odbitak pretporeza. Tako zaključuje da porezno tijelo ne može poreznom obvezniku naložiti obvezu provođenja složenih i detaljnih provjera u pogledu njegova dobavljača pri čemu *de facto* prenosi na njega nadzor koji treba provesti to tijelo.³⁶ Sud EU-a navodi da pažnja koja se zahtijeva od poreznog obveznika i mjere koje se od njega razumno mogu zahtijevati kako bi se uvjerio da on svojim stjecanjem ne sudjeluje u transakciji koja je dio utaje koju je počinio uzlazni subjekt ovise o činjeničnim okolnostima i osobito o tome postoje li indicije na temelju kojih je porezni obveznik mogao u trenutku stjecanja koje provodi posumnjati u postojanje nepravilnosti ili utaje. Stoga se od poreznog obveznika može očekivati povećana pažnja u slučaju indicija o utaji. Međutim, od njega se ne može zahtijevati da provede složene i detaljne provjere poput onih za koje porezno tijelo ima sredstva za provođenje.³⁷

Nacionalni sudovi država članica trebaju voditi računa kada odlučuju o pravu poreznih obveznika o svim utvrđenjima Suda EU-a, pažljivo cijeneći svaku pojedinu situaciju.

4. ZAKLJUČAK

Porezne prijevare po osnovi PDV-a nisu rijetke. RH uhvatila se u koštac sa ovim izazovima putom represivnih mjera poreznih tijela. Kako ne postoji poseban pravni okvir na nivou EU-a glede postupaka za suzbijanje poreznih prijevara, na nacionalnim je tijelima da ustanove pravila. Međutim praksa Suda EU-a dala je smjernice slijedom kojih treba spriječiti porezne prijevare, ili barem njihove posljedice svesti na najmanju moguću mjeru.

35 Predmet A. T. S. 2003 VagyonvédelmiésSzolgáltatóZrt., „f.a.“; C-289/22.

36 Predmet A. T. S. 2003 VagyonvédelmiésSzolgáltatóZrt., „f.a.“; C-289/22, par 68.

37 Predmet A. T. S. 2003 VagyonvédelmiésSzolgáltatóZrt., „f.a.“; C-289/22, par 70.

Kod poduzimanja akcija od strane poreznih tijela važno je poštovati načelo proporcionalnosti kao jedno od temeljnih načela EU prava, što bi u konkretnom slučaju značilo da se poreznom obvezniku ne smiju nametati pravila radi sprječavanja njegovih poslovnih partnera u pokušajima poreznih prijevara, koja bi bila nemoguća ili barem iznimno otegotna. Naime, iz analiziranog postupka koji se vodio pred poreznim tijelima, a kasnije u sudovima u RH može se dovesti u sumnju načelo proporcionalnosti, odnosno, s pravom se može postaviti pitanje nisu li porezna tijela posao iz svoje nadležnosti u smislu sprječavanja i otkrivanja poreznih prijevara prevalila na porezne obveznike, i to na način koji je iznimno otegotan za iste?

U tom smislu, valjalo bi razmisliti *de lege ferenda* o iznalaženju boljih zakonodavnih rješenja, u smislu propisivanja jasnijih (i realnijih) smjernica u svrhu sprječavanja i otkrivanja poreznih prijevara. Do tada, nadati se da će praksa nacionalnih upravnih i sudbenih tijela u RH izbjegavati arbitrarnost u sudovanju, te više uvažavati praksu Suda EU-a.

Tunjica Petrašević

Full Professor, University J.J. Strossmayer Faculty of Law, Croatia

Sanja Mišević

Lawyer, Law office Mišević and Jarić Osijek, Croatia

Veronika Sudar

*Teaching Assistant, University J.J. Strossmayer Faculty of Law,
Croatia*

APPLICATION OF THE COUNCIL DIRECTIVE 2006/112/
EC OF 28 NOVEMBER 2006 ON THE COMMON SYSTEM
OF VALUE ADDED TAX IN TAX PROCEDURES IN
THE REPUBLIC OF CROATIA

Summary

The successful functioning of the European Union's single market, particularly regarding the unrestricted movement of goods, services, capital, and workers, largely depends on a well-functioning tax system within the EU. Value Added Tax (VAT) holds significant fiscal importance for both the EU and its member states.

In 1993, the removal of customs controls within the EU led to an increase in VAT-related fraud, prompting both the EU and its member states to take substantial measures to combat these issues.

The Republic of Croatia is also faced with the misuse of value added tax regulations and is implementing strict measures to address these problems. A critical question arises concerning the liability of entrepreneurs and business partners of legal entities involved in tax fraud. Specifically, when can it be conclusively determined that the other party in a transaction with a legal entity that failed to pay tax „knew or should have known“ about the non-payment, indicating tax fraud?

This paper aims to clarify the conditions under which the other contracting party of a legal entity suspected of VAT abuse may be held accountable for such violations.

Key words: *European Union. – Single market. – Value added tax. – Freedom of movement*

LITERATURA

- Gadžo, S., „Položaj javnopravnih tijela u novom hrvatskom sustavu poreza na dodanu vrijednost“, *Hrvatska i komparativna javna uprava* 15(4)/2015, 847– 874.
- Guastini, R., *Sintaksa prava*, Zagreb 2016.
- Traversa, E., Ceci, E. „Delimiting the margin of maneuver of tax administrations in fighting VAT fraud“, Conference „Court of Justice of the European Union: Recent VAT Case Law „, Vienna 2023.
- Pravno mišljenje u predmetu Visokog upravnog suda RH, Usž-2442/2023, prof. dr. sc. Tunjica Petrašević, Katedra ustavnog i europskog prava Pravnog fakulteta Osijek od 13. lipnja 2023.

Article history:

Received: 24. 9. 2024.

Accepted: 20. 11. 2024.

*Besfort Ramadani**

ZASTARELOST POTRAŽIVANJA IZ IZVRŠNE ISPRAVE

Zastarelost potraživanja je materijalno pravni institut iz Zakona o obligacionim odnosima i spada u red složenijih pravnih pitanja, jer je potrebno prethodno odgovoriti na niz pravnih pitanja kao što je pravna priroda spornog potraživanja, kada počinje da teče rok zastarelosti potraživanja i kada se završava itd., pri čemu navedeni zakon daje samo načelne odgovore na ova i druga pitanja. Vrhovni sud, kao najviši sud, je prilikom zauzimanja opštih pravnih shvatanja i stavova dao niz odgovora u vezi sa zastarelosti potraživanja, ali navedeno se odnosi samo na odlučivanje o zastarelosti potraživanja pred sudom u parničnom postupku. U senci je ostalo pravno pitanje zastarelost potraživanja iz izvršne isprave koje se ispituje u izvršnom postupku. Glavni problem su odredbe Zakona o obligacionim odnosima koje su anahrone u odnosu na trenutno izvršno zakonodavstvo, jer je Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine dok se izvršno zakonodavstvo od tog trenutka više puta menjalo. U jezičkom i suštinskom smislu postoji nesaglasje između Zakona o obligacionim odnosima i Zakona o izvršenju i obezbeđenju, po pitanju zastarelosti potraživanja.

Ključne reči: *Zastarelost potraživanja. – Izvršna isprava. – Krivica izvršnog poverioca. – Obustava izvršnog postupka. – Prekid zastarelosti potraživanja.*

1. UVODNE REČI: O ZASTARELOSTI POTRAŽIVANJA

Poverilac je lice u pravnom odnosu koji ima pravo da od dužnika zahteva izmirenje određene obaveze. Držanje poverioca je pasivno ako on može da vrši svoje pravo, pa to ipak ne čini.¹ Ako poverilac

* Autor je master prava i savetnik Ustavnog suda Republike Srbije, *besfort.ramadani@ustavni.sud.rs* (Republika Srbija).

1 Ole Lando, *Principles of European Contract Law*, III, The Hague 2003, 184.

ne vrši svoje pravo zbog nemarnosti, on rizikuje da njegovo pravo, po proteku zakonom određenog roka, bude zastarelo. Zastarelost predstavlja protok zakonom određenog vremena u kome je poverilac mogao vršiti svoje pravo ali to nije učinio, usled čega prestaje mogućnost da se ostvari pravo prinudnim putem.² Evropski sud za ljudska prava u Strazburu (u daljem tekstu ESLjP) se izjasnio da zastarelost predstavlja jedno od legitimnih ograničenja prava na sud i služi radi zaštite pravne sigurnosti u odlučivanju i sprečavanju nepravde koja bi mogla nastati ako bi sudovi morali da odlučuju o događajima koji su se odigrali u dalekoj prošlosti na osnovu dokaza koji bi mogli postati nepouzdana i nepotpuni zbog protoka vremena.³ Zastarelost (lat. *praescriptio*) je u našem pravu propisana odredbama Zakona o obligacionim odnosima⁴ (u daljem tekstu ZOO) koji predstavlja osnovni normativni izvor o zastarelosti. Odredbe o zastarelosti nalaze se u četvrtoj glavi ZOO i to u delu o prestanku obaveza. Navedeni zakon sadrži opšta pravila o zastarelosti koja se primenjuju kada o pojedinim pitanjima poseban zakon nema odredaba. Ukoliko poseban zakon sadrži odredbe o zastarelosti, one imaju prednost u primeni (primenjuje se princip *lex specialis derogat legi generalis*).⁵ Dužnikova obaveza se nakon zastarelosti svodi na moralnu dužnost i ona se po sili zakona pretvara u tzv. prirodnu obligaciju (lat. *obligatio naturalis*). Zbog dejstva zastarelosti ne propada pravo u celini, već samo zahtev, odnosno pravo na zaštitu i pravo da se zahteva prinudno izvršenje obaveze. Međutim, sud ne može uzeti zastarelost u obzir ako se dužnik na nju ne pozove (čl. 360, st. 3 ZOO).

2 Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Uvod u građansko pravo*, Niš 2008, 367.

3 Presuda u predmetu *Sanofi Pasteur v. France*, 25137/16, od 13. 2. 2020, st. 50, <https://hudoc.echr.coe.int/>, 19. 7. 2024.

4 Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/03 – Ustavna povelja.

5 Tako je, na primer, na sednici građanskog odeljenja Vrhovnog suda od 10. 11. 2015 zauzet pravni stav da se u pogledu zastarelosti potraživanja javnog preduzeća radi naknade za odvodnjavanje primenjuju pravila posebnog zakona (Zakon o vodama), a ne Zakon o obligacionim odnosima, <https://www.vrh.sud.rs/sites/default/files/attachments/>, 19. 7. 2024.

2. IZVRŠNE ISPRAVE I ZASTARELOST POTRAŽIVANJA

Prema opštem pravnom stavu ESLJP pravo na izvršenje pravno-snažne sudske odluke predstavlja integralni deo prava na pravično suđenje.⁶ Znači, generalno gledano, zaštita subjektivnih građanskih prava odvija se u dva stupnja: u parničnom i u izvršnom postupku.⁷ Dakle, u izvršnom postupku primenjuju se pravila građanskog prava, tako da se u toj vrsti postupka odlučuje i o materijalnopravnim pitanjima, a ne samo o procesnopravnim.⁸ Materijalnopravno pitanje koje se ceni u izvršnom postupku jeste i zastarelost potraživanja iz izvršne isprave. Sva potraživanja koja su utvrđena pravnosnažnom sudskom odlukom ili odlukom drugog nadležnog organa, ili poravnanjem pred sudom ili drugim nadležnim organom, zastarevaju za deset godina, pa i ona za koja zakon inače predviđa kraći rok zastarelosti (čl. 379, st. 1 ZOO).⁹ Na nivo izvršnog postupka, navedena odredba ZOO, se primenjuje isključivo na određenu grupu izvršnih isprava iz Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. godine¹⁰ (u daljem tekstu ZIO) i to na: izvršnu sudsku odluku, sudsko poravnanje, izvršnu odluku donetu u prekršajnom ili upravnom postupku i upravno poravnanje i plan reorganizacije donet u stečajnom postupku čije je usvajanje rešenjem potvrdio sud (čl. 41, st. 1, tač. 1, 2 i 5 ZIO). U ovu kategoriju izvršnih isprava, kao *sui generis* izvršna isprava, može se podvesti i odluka Ustavnog suda kojom je usvojen zahtev podnosioca ustavne žalbe za naknadu materijalne, odnosno nematerijalne štete (čl. 41, st. 1, tač. 7a ZIO).¹¹ Naravno da

6 Presuda u predmetu *Hornsbyv. Greece*, broj predstave 18357/91, od 19. 3. 1997, st. 40, <https://hudoc.echr.coe.int/>, 19. 7. 2024.

7 Walter H. Rechberger, Paul Oberhammer, *Exekutionsrecht*, Wien 2009, 2.

8 Nikola Bodiroga, *Teorija izvršnog postupka*, Beograd 2012, 25.

9 Ova zakonska odredba se, pretežno, podudara sa definicijom pojedinačnog akta Venecijanske komisije prema kojoj se pod pojedinačnim aktom smatraju upravni akti kojima upravni organ rešava u individualnim slučajevima, ali i (konačne) sudske odluke, *Venice Commission, Study on Individual Access to Constitutional Justice*, [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDLAD\(2010\)039rev-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDLAD(2010)039rev-e), 19. 7. 2024.

10 Zakona o izvršenju i obezbeđenju – ZIO, *Službeni glasnik RS*, br. 106/15, 106/16 (Autentično tumačenje), 113/17 (Autentično tumačenje), 54/19, 9/20 (Autentično tumačenje) i 10/23.

11 Odlukom kojom se usvaja ustavna žalba Ustavni sud će odlučiti i o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za naknadu materijalne, odnosno nematerijalne

je najznačajnija i najčešća izvršna isprava, sudska odluka iz parničnog postupka. U suštini, ZOO propisuje rok zastarelosti potraživanja za one izvršne isprave koje su kao takve smatraju u smislu klasične definicije izvršnih isprava, a to su one isprave koje su nastale kao rezultat vođenja sudskog ili drugog postupka pred nadležnim (državnim) organom, što je danas prevaziđeno u postojećem izvršnom zakonodavstvu. Po samoj definiciji iz ZOO zastarelost potraživanja iz odredbe čl. 379, st. 1 ZOO se ne primenjuje na izvršne isprave koje nisu nastale kao rezultat vođenja sudskog ili drugog postupka pred nadležnim (državnim) organom. Te izvršne isprave su izvod iz Registra zaloge, izvod iz Registra finansijskog lizinga i ugovor o hipoteci i založna izjava (čl. 41, st. 1, tač. 3 i 4 ZIO). Takođe, zastarelost potraživanja iz odredbe člana 379, stav 1. ZOO ne primenjuje se na javnobeležničke isprave koje imaju snagu izvršne isprave, jer javno beležništvo nije ustavna kategorija, to nije državni organ koji je utvrđen Ustavom Republike Srbije.¹² Prema Zakon o javnom beležništvu¹³ javno beležništvo je služba od javnog poverenja. Da bi se javnobeležničke isprave mogle smatrati sudskom odlukom u širem smislu, potrebno je da isprave javnog beležnika podležu nekoj vrsti sudske kontrole u postupku po pravnim sredstvima, jer sud jeste Ustavom utvrđen državni organ koji bi dao pravnu snagu ispravi javnog beležnika, ali to po postojećim zakonskim rešenjima nije slučaj.¹⁴ U svim navedenim situacijama u kojima se izvršni postupak

štete, kada je takav zahtev postavljen. Postupak za prinudno izvršenje naknade materijalne, odnosno nematerijalne štete može početi tek ako naknada materijalne, odnosno nematerijalne štete ne bude dobrovoljno plaćena u roku od četiri meseca od dana dostavljanja odluke organ koji je obavezan da isplati naknadu materijalne ili nematerijalne štete (čl. 89 st. 3 Zakona o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, br. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – Odluka US, 40/2015, 103/2015, 10/2023 i 92/2023). Zakonsko uređenje Odluke Ustavnog suda kao izvršne isprave predstavlja implementaciju pravnog stava zauzetog na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održanoj 31. 5. 2016. prema kome Odluka Ustavnog suda kojom je utvrđeno pravo podnosioca ustavne žalbe na naknadu štete predstavlja izvršnu ispravu.

- 12 Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, broj 98/06.
- 13 Zakon o javnom beležništvu, *Službeni glasnik RS*, br. 31/11–13, 85/12–3, 19/13–3, 55/14–55 (dr. zakon), 93/14–3 (dr. zakon), 121/14–3, 6/15–3, 106/15–56.
- 14 Suprotno, pojam sud u praksi ESLJP ima autonomno značenje i nužno ne zahteva da lica i tela koja vode postupak formalno pripadaju sudskoj vlasti, već da ispunjavaju garancije propisane čl. 6, st. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, presuda *Benthamv. Netherlands*, od 23. 10. 1985, st. 43, <https://hudoc.echr.coe.int/>, 19. 7. 2024.

pokreće na osnovu izvršnih isprava kod kojih se ne može primeniti odredba čl. 379, st. 1 ZOO, zastarelost potraživanja se ceni prema okolnostima svakog konkretnog slučaja.

3. ODNOS ZOO I ZIO PO PITANJU ZASTARELOSTI POTRAŽIVANJA

U izvršnom postupku, koji je pokrenut na osnovu izvršne isprave, primenjuje se desetogodišnji rok zastarelosti potraživanja koji počinje da teče, načelno, od trenutka kada je izvršna isprava postala izvršna.¹⁵ Sa nastupanjem svojstva izvršnosti potraživanje iz izvršne isprave postaje podobno za prinudno izvršenje. Zastarevanje se prekida podizanjem tužbe i svakom drugom poveriočevom radnjom preduzetom protiv dužnika pred sudom ili drugim nadležnim organom, u cilju utvrđivanja, obezbeđenja ili ostvarenja potraživanja (čl. 388 ZOO). U izvršnom postupku, izvršni poverilac prekida zastarelost potraživanja podnošenjem predloga za izvršenje koji predstavlja poveriočevu radnju preduzetu protiv izvršnog dužnika pred sudom ili javnim izvršiteljem (*drugi nadležni organ*)¹⁶ u cilju ostvarenja potraživanja. Izvršni dužnik koji smatra da izvršni poverilac nije prekinuo rok zastarelosti potraživanja, odnosno da je nastupila zastarelost potraživanja pre podnošenja predloga za izvršenje, dužan je da istakne prigovor zastarelosti potraživanja u žalbi protiv rešenja o izvršenju, a u slučaju da izvršni sud po službenoj dužnosti ispituje ovaj prigovor, to predstavlja ustavnopravno

- 15 Sudska odluka koja glasi na davanje ili činjenje postaje izvršna ako je postala pravnosnažna i ako je protekao rok za dobrovoljno ispunjenje obaveze. Rok za dobrovoljno ispunjenje obaveze teče od kada je izvršni dužnik primio sudsku odluku, ako zakonom nije drukčije određeno. Sudska odluka u kojoj je određen uslov za ispunjenje obaveze postaje izvršna kad uslov nastupi. Sudska odluka koja glasi na nečinjenje ili trpljenje postaje izvršna kada postane pravnosnažna, ako u njoj nije drukčije određeno. Izvršnost upravne odluke ceni se prema pravilima upravnog postupka, a izvršnost javnobeležničke isprave koja ima snagu izvršne isprave – prema zakonu kojim se uređuje javno beležništvo, čl. 43, st. 1, 2 i 3 ZIO.
- 16 U izvršnom postupku, po pravilu, postoji isključiva nadležnost suda u odlučivanju o predlogu za izvršenje, alio predlogu za izvršenje radi namirenja novčanog potraživanja nastalog iz komunalnih usluga i o predlogu za izvršenje radi namirenja novčanog potraživanja prema izvršnom dužniku iz čl. 300, st. 2–4 ZIO, odlučuje javni izvršitelj, čl. 3 ZIO.

neprihvatljivo postupanje suda.¹⁷ Dakle, u smislu ZIO nastupanje zastarelosti potraživanja iz izvršne isprave predstavlja jedan od zakonskih razloga za pobijanje rešenja o izvršenju (čl. 74, st. 1, tač. 10).¹⁸ Po samom ZIO, izvršni dužnik je dužan da u žalbi navede i dokaze kojima potkrepljuje razloge za pobijanje rešenja o izvršenju i da priloži sve pismene dokaze na koje se poziva u žalbi (čl. 75, st. 1). Međutim, kod ovog žalbenog razloga, često će biti jedino moguće da izvršni dužnik samo obrazloži prigovor zastarelosti, navodeći kada je počeo da teče rok i kada je taj rok istekao u odnosu na datum podnošenja predloga za izvršenje. Osnovanost žalbenog razloga zastarelosti potraživanja trajno sprečava prinudno namirenje potraživanja protiv izvršnog dužnika, ne samo u konkretnom izvršnom postupku, već i u eventualnim budućim izvršnim postupcima. Institut zastarelosti potraživanja je po svojoj pravnoj prirodi u koliziji sa načelom formalnog legaliteta iz izvršnog postupka (čl. 5 ZIO), jer su organi izvršnog postupka vezani izvršnom ispravom i dužni su da odrede izvršenje na osnovu takve izvršne isprave, jer navedene isprave i dalje postoje u pravnom poretku i mogu da steknu svojstvo pravnosnažnosti i izvršnosti. Međutim, potraživanje iz izvršne isprave je, po samom zakonu, zastarelo, a pravna posledica toga jeste da se zastarela potraživanja ne mogu prinudno izvršavati.

Izvršni sud u postupku po žalbi se izjašnjava o daljem postojanju potraživanja nakon donošenja izvršne isprave, prilikom ocene prigovora zastarelosti potraživanja. U postupku po žalbi, izvršni sud ceni da li je zakonski rok zastarelosti protekao do dana pokretanja izvršnog postupka i zato je relevantno da li je u momentu kada je izvršni povetilac podneo predlog za izvršenje nastupila zastarelost (a ne u trenutku sprovođenja izvršenja).¹⁹ Neizjašnjavaње izvršnog suda o prigovoru

17 Odluka Ustavnog suda Už-7640/2019 od 16.03.2023, <https://ustavni.sud.rs/sudska-praksa/baza-sudske-prakse>, 19. 7. 2024.

18 Inače, prigovor zastarelosti potraživanja nije bio propisan kao poseban žalbeni razlog osnovni tekstom ZIO i taj žalbeni razlog je propisan tek Zakonom o izmenama i dopunama ZIO iz 2019. godine (*Službeni glasnik RS*, broj 54/19). Međutim, osnovnim tekstom ZIO bilo je propisano da drugostepeni sud ispituje prvostepeno rešenje u granicama razloga navedenih u žalbi, pazeći po službenoj dužnosti i na pravilnu primenu materijalnog prava (čl. 78 st. 3), a prigovor zastarelosti potraživanja je pitanje koje se nesporno odnosi na pravilnu primenu materijalnog prava, tako da nisu postojale zakonske smetnje da žalbeni sud ispituje ovaj prigovor.

19 Bilten Privrednog apelacionog suda 3/17, 98, <https://pa.sud.rs/tekst/394/bilteni-sudske-prakse.php>, 19. 7. 2024.

zastarelosti potraživanja odnosno o pravnim pitanjima koja su vezana sa materijalnopravni prigovor zastarelosti potraživanja – od kada zastarelost potraživanja iz izvršnih isprava počinje da teče, odnosno da li je došlo do prekida zastarelosti potraživanja kod podnošenja prvog predloga za izvršenje, čini odluku izvršnog suda neobrazloženom sa aspekta standarda pravičnog suđenja.²⁰

U slučaju obustave izvršnog postupka, izvršni poverilac je zakonom ovlašćen da ponovo podnese novi predlog za izvršenje. Donošenje rešenja kojim je postupak izvršenja obustavljen nije od uticaja na mogućnost podnošenja novog predloga za izvršenje na osnovu iste izvršne isprave u odnosu na potraživanje za koje nije sprovedeno izvršenje. U navedenoj situaciji pokreće se pravno pitanje da li se u novom izvršnom postupku koji je pokrenut nakon ranije obustavljenog izvršnog postupka ponovo primenjuje desetogodišnji rok zastarelosti potraživanja. Odgovor na navedeno pravno pitanje zavisi od toga da li se smatra da je prvim podnetim predlogom za izvršenje prekinut rok zastarelosti potraživanja ili ne? Prekid ima takvo dejstvo da poništava proteklo vreme zastarelosti, tako da rok zastarelosti počinje da teče iznova (čl. 392 ZOO). Nažalost, u navedenoj pravnoj situaciji se vidi koliko su odredbe ZOO anahrone u odnosu na trenutno izvršno zakonodavstvo, jer je ZOO iz 1978. godine dok se izvršno zakonodavstvo od tog trenutka više puta menjalo, te postoji jezičko i suštinsko nesaglasje između ZOO i ZIO. Jezičke formulacije merodavnih odredbi ZOO o zastarelosti ne odgovaraju formulacijama instituta trenutnog izvršnog zakonodavstva, niti se instituti izvršnog zakonodavstva mogu podvesti pod merodavnim odredbama ZOO. To ima za posledicu da organi izvršnog postupka nemaju jasnu i preciznu materijalnopravnu normu po ovom pitanju, što u konačnici dovodi do neujednačane sudske prakse. Stoga je u ovoj materiji potrebno tumačenje odredaba ZOO koje odgovara osobenostima trenutnog izvršnog zakonodavstva.

Ako se smatra da je prvim predlogom podnetim u izvršnom postupku koji je bio obustavljen prekinut rok zastarelosti, nakon čega je podnet novi predlog na osnovu iste izvršne isprave, onda se u takvoj situaciji primenjuju odredbe čl. 392, st. 4 i 5 ZOO, kojima je propisano kad je prekid zastarevanja nastao prijavom potraživanja u stečajnom

20 Odluke Ustavnog suda UŽ-2040/2019 od 24.11.2022, UŽ-12972/2020 od 06.04.2023, UŽ-9887/2018 od 16.05. 2024, <https://ustavni.sud.rs/sudska-praksa/baza-sudske-prakse>, 19. 7. 2024.

postupku, zastarevanje počinje teći iznova od dana okončanja ovog postupka i da isto važi i kad je prekid zastarevanja nastao zahtevom prinudnog izvršenja. Sadržina tih odredbi pokazuje koliko su ove odredbe nejasne sa aspekta izvršnog zakonodavstva. Međutim, „prevedeno na jezik izvršnog postupka“ ovde odredbe znače da zastarevanje počinje teći iznova kada je (raniji) izvršni postupak okončan, odnosno zastarevanje počinje teći iznova od dana obustave izvršnog postupka. Naime, izvršenje se okončava obustavom i zaključenjem (čl. 128, st. 1 ZIO). U kontekstu zastarelosti potraživanja od pravnog značaja je samo obustava izvršnog postupka, jer nakon obustave ne postoji mogućnost nastavka postupka, već postoji mogućnost ponovnog podnošenja predloga za izvršenja na osnovu iste izvršne isprave. Suprotno, kod zaključenja izvršnog postupka do kog dolazi nakon namirenja potraživanja iz izvršne isprave, izvršni poverilac može da predloži nastavak izvršnog postupka ako smatra da nije namiren (čl. 130, st. 2 ZIO), ali ne i da podnose novi predlog za izvršenje i da time započne novi postupak.

Dalje, smatra se da prekid zastarevanja izvršen poveriočevom radnjom preduzetom protiv dužnika pred sudom u cilju ostvarenja potraživanja, nije nastupio ako poverilac odustane od tužbe ili radnje koju je preduzeo (čl. 389, st. 1 ZOO). U kontekstu „odustanka od tužbe ili radnje koju je preduzeo“ može se, u smislu jasne i precizne norme izvršnog zakona, podvesti radnja povlačenja predloga za izvršenje. Izvršni poverilac može u toku celog izvršnog postupka da povuče predlog za izvršenje i u tom slučaju izvršni postupak se obustavlja (čl. 65 ZIO). Dakle, u toj situaciji smatra se da nije bilo prekida zastarevanja potraživanja podnošenjem prvog predloga za izvršenja koji je povučen i u slučaju podnošenja novog predloga za izvršenje, na osnovu iste izvršne isprave, izvršni poverilac ne može da računa na desetogodišnji rok zastarelosti potraživanja. U određenim situacijama može doći do obustave izvršnog postupka zbog neaktivnosti odnosno krivice izvršnog poverioca, na primer, zbog nepolaganja predujama u roku koji je odredio sud, odnosno javni izvršitelj (čl. 33, st. 4 ZIO) ili ako ne predloži ponovni popis pokretnih stvari (čl. 232, st. 1 ZIO) itd. Postoji pravni razlozi u teoriji da se ovakvo postupanje izvršnog poverioca upodobi sa povlačenjem predloga za izvršenja (smatra se da je povučen predlog za izvršenje, odnosno „fikcija povlačenja predloga za izvršenja“), jer postoji krivica poverioca za obustavu izvršenja. Međutim, ZIO ne propisuje situaciju u kojoj se smatra da je povučen predlog za

izvršenje, već isključivo dispozitivnu radnju poverioca kojom povlači predlog za izvršenje, i to je razlika u odnosu na Zakon o parničnom postupku iz 2011. godine²¹ (u daljem tekstu ZPP) koji propisuje povlačenje tužbe od strane tužioca (čl. 202, st. 1) i situaciju u kojoj se smatra da je tužba povučena (ako sa ročišta za glavnu raspravu neopravdano izostanu i tužilac i tuženi ili odbiju da raspravljaju, tužba se smatra povučenom, čl. 311, st. 2.). U postupku izvršenja se primenjuju odredbe ZPP (čl. 39 ZIO), ali je njihova primena shodna i supsidijarna. Shodna primena podrazumeva da primena parničnih normi mora da odgovora osobenostima i ciljevima izvršnog postupka, a supsidijarna primena podrazumeva da određena pitanja nisu regulisana izvršnim zakonom. Pitanje povlačenja predloga za izvršenja je izričito propisano ZIO, tako da ne postoji mogućnost shodne primene pravila ZPP u izvršnom postupku o „fikciji povlačenja tužbe“ i takvo pravilo parničnog postupka ne odgovara osobenostima izvršnog postupka. Zatim, postoji još jedna situacija propisana ZIO kada se smatra se da nije bilo prekida, a to je ako izdejtstvovana ili preduzeta mera izvršenja bude poništena (čl. 389, st. 2.). U izvršnom postupku rešenje o obustavi izvršnog postupka nema za posledicu odbacivanje predloga za izvršenje, već se samo ukidaju sprovedene izvršne radnje (dok se u parničnom postupku tužba odbacuje). U nekim situacijama, rešenje o obustavi izvršnog postupka nema za posledicu ni ukidanje sprovedenih izvršnih radnji, pa tako uslučaju da izvršni poverilac ne položi predujam u roku koji je odredio javni izvršitelj izvršni postupak se obustavlja, ali se ne ukidaju sprovedene izvršne radnje (čl. 33, st. 4 ZIO). Dakle, procesne posledice obustave izvršnog postupka su takve da se po samoj definiciji ne mogu podvesti pod odredbom čl. 389, st. 2 ZIO.

Pored navedenih formalnopravnih razloga zašto se podnošenje predloga za izvršenje u izvršnom postupku koji je obustavljen uvek mora smatrati prekidom roka zastarelosti potraživanja, postoji neki životni i objektivni razlozi u prilog navedenoj tezi. U situaciji kada izvršni poverilac izdejtstvuje izvršnu ispravu i sud donose rešenje o izvršenju, što znači da je izvršni poverilac na konačan i autoritativan način stekao određeno potraživanje podobno za prinudno namirenje, onda se kreće u fazu sprovođenja izvršenja što suštinski predstavlja samo skup tehničkih i faktičkih radnji koji se preduzimaju na imovini izvršnog dužnika

21 Zakon o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – Odluka US i 74/13 – Odluka US, 55/14 i 87/18.

u cilju prinudnog namirenja potraživanja poverioca. U našem izvršnom postupku faza sprovođenja izvršenja je, po pravilu, u isključivoj nadležnosti javnog izvršitelja (čl. 4, st. 3 ZIO) koji je prvenstveno organ sprovođenja izvršnih radnji, a ne organ odlučivanja. U određenim pravnim sistemima kada izvršni poverilac ima izvršnu ispravu i ne može da se naplati zbog toga što izvršni dužnik nema imovinu njemu se daje pravo da sačeka sa izvršenjem do trenutka kada izvršni dužnik ne dođe do određene imovine podobne za namirenje. Tako, na primer, u švajcarskom pravu za nenamireni deo potraživanja, načelno, rok zastarelosti se produžava za 20 godina.²² Dakle, izvršnom poveriocu se omogućava da vodi izvršni postupak sve dok ne namiri svoje potraživanje i to nije u suprotnosti sa principom pravne sigurnosti, jer je izvršni dužnik dužan da izmiri potraživanje koje je na konačan i autoritativan način utvrđeno od strane nadležnog državnog organa, a osnovni cilj izvršnog postupka jeste upravo namirenje izvršnog poverioca. Vrlo često u praksi se dešava da izvršni dužnici kriju svoju imovinu, odugovlače izvršne postupke bez mogućnosti da izvršni poverioci naplate svoje potraživanje, što dovodi do toga da se enormno povećaju troškovi za poverioce koji su po samom zakonu obavezni da prethodno snose troškove izvršenja (čl. 33, st. 1 ZIO), zbog čega izvršni poverioci u jednom trenutku i odustaju od sprovođenja izvršenja iz finansijskih razloga. To u konačnici dovodi i do zastarelosti njihovih potraživanja. Sa druge strane, ako potraživanje koje je na autoritativan način utvrđeno u izvršnoj ispravi daje pravo izvršnom poveriocu na prinudno izvršenje bez vremenskog ograničenja to onda znači da se izvršni dužnik doživotno „drži u dužničkom ropstvu“, jer se izvršnom poveriocu daje pravo da na svakih deset godina od prethodne obustave postupka izvršenja podnosi predlog za izvršenje. Načelno gledano to je u suprotnosti sa svrhom zastarelosti potraživanja koje postoji upravo radi zaštite pravne sigurnosti i izvesnosti u dužničko-poverilačkim odnosima.

4. ZASTARELOST POTRAŽIVANJA U PRAKSI USTAVNOG SUDA

Balansirajući između za i protiv razloga da li je prvim podnetim predlogom za izvršenje prekinut rok zastarelosti potraživanja, Ustavni

22 Savezni zakon o naplati dugova i stečaju iz 1889. godine (nem. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs – SchKG*), čl. 149a st. 1.

sud je pošao od, za njega ustavnopravnog kriterijuma, a to je šta je predstavljao razlog za obustavu ranijeg pokrenutog izvršnog postupka. Tako ako je do obustave ranijeg izvršnog postupka došlo zbog toga što izvršni dužnik nije imao imovine (nemaština izvršnog dužnika),²³ smatra se da je prvim podnetim predlogom za izvršenje podnetom u ranije obustavljenom izvršnom postupku prekinuto zastarevanje, jer nije bilo krivice na strani izvršnog poverioca prilikom obustave izvršenja. Stoga, zastarevanje u toj situaciji počinje teći iznova od dana okončanja ovog postupka odnosno od dana donošenja rešenja o obustavi izvršnog postupka.²⁴ U suprotnom, ako je do obustave ranije pokrenutog izvršnog postupka došlo zbog krivice izvršnog poverioca, tada se smatra da prvim predlogom za izvršenje nije prekinut rok zastarelosti potraživanja. Tako je, na primer, odredbama čl. 547 ZIO propisano da su izvršni poverioci u čiju korist je pre početka rada izvršitelja u Republici Srbiji doneto rešenje o izvršenju i koji na dan 1. maja 2016. godine još vode izvršni postupak dužni da se u roku od 1. maja do 1. jula 2016. godine izjasne o tome da li su voljni da izvršenje sprovede sud ili javni izvršitelj (st. 1) i da se izvršni postupak obustavlja ako se izvršni poverioci ne izjasne u roku (st. 2). Povodom primene navedene zakonske odredbe, Ustavni sud je zauzeo pravni stav: „da je do obustave izvršnog postupka došlo, jer se izvršni poverilac nije u zakonskom roku izjasnio o tome da li je voljan da izvršenje sprovede sud ili javni izvršitelj i da je nepostupanje, odnosno neizjašnjenje izvršnog poverioca o daljem toku postupka u zakonom propisanom roku direktno uslovalo obavezu izvršnog suda da obustavi izvršni postupak po sili zakona i navedena procesna situacija se može upodobiti odredbama čl. 389 ZOO, kojima je propisano da se smatra da prekid zastarevanja izvršen podizanjem tužbe ili kojom drugom poveriočevom radnjom preduzetom protiv dužnika pred sudom ili drugim nadležnim organom u cilju utvrđivanja, obezbeđenja ili ostvarenja potraživanja, nije nastupio ako poverilac odustane od tužbe ili radnje koju je preduzeo i da se smatra da nije bilo prekida ako poveriočeva tužba ili zahtev bude odbačen ili odbijen, ili ako izdejstvovana ili preduzeta mera izvršenja ili obezbeđenja bude poništena“.²⁵

23 čl. 129, st. 1, tač. 6 ZIO.

24 Odluka Ustavnog suda UŽ-15060/2018 od 3. 2. 2022, <https://ustavni.sud.rs/sudska-praksa/baza-sudske-prakse>, 19. 7. 2024.

25 Odluke Ustavnog suda UŽ -3072/2019 od 23. 2. 2023 i UŽ-7781/2018 od 7. 6. 2023. godine, <https://ustavni.sud.rs/sudska-praksa/baza-sudske-prakse>, 19. 7. 2024, kao i rešenje UŽ-11246/2020 od 6. 4. 2023.

Dakle, kao ustavnopravni momenat koji se uzima u obzir jeste da li postoji krivica izvršnog poverioca za obustavu izvršenja. Međutim, kada je reč o obustavi izvršnog postupka, a u kontekstu zastarelosti po traživanja, smatramo da razlog obustave izvršnog postupka mora da bude jasan, precizan i da kod izvršnih poverilaca ne sme da postoji nedoumica u pogledu toga da li treba postupiti u skladu sa određenom zakonskom obavezom i da je pravna posledica nepostupanja obustava izvršnog postupka. U suprotnom, ne može se govoriti o krivici poverioca, što predstavlja srž zastarelosti, već o propustu zakonodavca. Upravo kod obustave izvršnog postupka iz razloga neizjašnjavanja izvršnih poverilaca da li su voljni da izvršenje sprovede sud ili javni izvršitelj, u smislu čl. 547 ZIO, smatramo da primena tog člana zakona nije bila jasna i predvidljiva, te da nije postojala krivica poverilaca za obustavu izvršnog postupka. Naime, najpre sam zakonodavac je dao objašnjenje u vezi primene čl. 547 ZIO koje glasi: „da je ovde reč o postupcima izvršenja koji su počeli pre nego što su izvršitelji uopšte počeli da rade, pa je izvršenje sprovodio samo onaj koji je i mogao, a to je sud, te da je potrebno da svaki sud pojedinačno utvrditi početak rada izvršitelja za to područje, do kog datuma se i izjašnjavaju poverioci za to područje“.²⁶ Načelno zakoni uopšte ni ne moraju biti obrazloženi, a ako postoji obrazloženje onda se definiše bilo eksplicitno, bilo implicitno, njihov *ratio legis*. U konkretnom slučaju, nije definisan *ratio legis* čl. 547 ZIO već način njegove primene, što samo pokazuje da je sadržina tog člana zakona u startu bila nejasna. Nakon toga je Vrhovni sud zauzeo sasvim drugačiji pravni stav da su svi izvršni poverioci morali da postupe po čl. 547 ZIO, ako je izvršni postupak u toku, bez obzira da li je izvršitelj imenovan ili nije za područje određenog izvršnog suda.²⁷ Na kraju, Privredni apelacioni sud, kao najviši sud u izvršnoj materiji, je zauzeo svoj pravni stav da se ne može 1. jun 2012. godine smatrati danom početka rada izvršitelja za teritoriju svih privrednih sudova u Republici Srbiji, već je potrebno za svaki sud pojedinačno utvrditi početak rada izvršitelja za to područje i u skladu sa tim dalje primeniti odredbu čl. 547, st. 1 ZIO.²⁸ Sve navedeno ukazuje da

26 Objašnjenje dostupno na sajtu Narodne skupštine, <http://www.parlament.gov.rs/sazivu-od-16-aprila-2014>, 19. 7. 2024.

27 Pravni stav usvojen na sednici Građanskog odeljenja održanoj 2. 11. 2018. godine, <https://www.vrh.sud.rs/sites/default/files/attachments/>, 19. 7. 2024.

28 Bilten Privrednog apelacionog suda 4/16, 133, <https://pa.sud.rs/tekst/394/bilteni-sudske-prakse.php>, 19. 7. 2024.

primena čl. 547 ZIO nije bila predvidljiva i da su izvršni poverioci bili u nedoumici da li oni spadaju u kategoriju izvršnih poverilaca koja treba da se izjasne u smislu navedenog člana zakona kako bi izbegli obustavu izvršnog postupka, odnosno na njihovoj strani nije bilo krivice, već je to bio propust zakonodavca.

5. UMEMSTO ZAKLJUČKA

Za pravilno i pravično odlučivanje o zastarelosti potraživanja iz izvršne isprave neophodno je propisati odredbe o zastarelosti koje bi odgovarale osobenostima izvršnog postupka, jer odredbe ZOO ne predstavljaju jasan i precizan normativni okvir za odlučivanje o zastari u izvršnom postupku, odnosno radi se o jednom anahronom normativnom okviru. Krivica ili propust izvršnog poverioca ne može da predstavlja glavni pravni momenat prilikom odlučivanja o zastarelosti potraživanja iz izvršne isprave. Naime, jedno od glavnih načela izvršnog postupka jeste načelo oficijelnosti, a ovo načelo je doživelo puh zamah sa uvođenjem javnih izvršitelja. Veliki broj radnji koje su bile u dispoziciji izvršnih poverilaca sada te radnje, po službenoj dužnosti, obavljaju javni izvršitelji (oni predlažu novo javno nadmetanje za prodaju nepokretnosti, oni traže podatke o imovini izvršnog dužnika, oni komuniciraju sa državnim organima itd). Znatno je sužen broj radnji u dispoziciji izvršnih poverilaca, a samim tim je sužena mogućnost obustave izvršnog postupka zbog krivice izvršnih poverilaca. Čak i u onim situacijama u kojima su izvršni poverioci mogli da preuzmu određene radnje, a to nisu uradili što je dovelo do obustave izvršenja, mora se voditi računa o tome da li su te radnje po službenoj dužnosti mogli da preuzmu i javni izvršitelji (bez predloga poverilaca). Navedeno, takođe, po mom mišljenju, isključuje krivicu izvršnih poverilaca. Najbolji primer za to jeste ZIO iz 2011. godine²⁹ kojim je bilo propisano da je izvršni poverilac mogao posle bezuspešnog popisa pokretnih stvari predložiti da se ponovo sprovede popis, ali da je izvršitelj mogao da ponavlja popis i bez predloga izvršnog poverioca (čl. 91, st. 4). Zbog uvođenja javnih izvršitelja kao novu pravosudnu profesiju u naš pravni sistem, ni uporednopravna rešenja ne mogu biti od prevelike pomoći prilikom razmatranja pitanja ocene zastarelosti potraživanja u

29 Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 31/11, 99/11 – dr. zakon, 109/13 – US, 55/14 i 139/14.

izvršnom postupku, jer mnogi sistemi nisu uveli javne izvršitelje kao organ izvršnog postupka. Smatramo, takođe, da potraživanja osetljive grupe izvršnih poverilaca odnosno potraživanja koje su od izuzetnog egzistencijalnog značaja ne bi trebalo da podležu zastarelosti potraživanja u izvršnom postupku. Na primer, to su potraživanja naknade štete zbog narušenja zdravlja, novčane rente zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad i novčane rente za izdržavanje koje je izgubljeno usled smrti dužnika izdržavanja. U ovoj situaciji se može primeniti i sledeći pravni argument da potraživanje iz izvršne isprave, odnosno potraživanje koje je na konačan i autorativan način utvrđeno od strane državnog organa nema samo kvalitet običnog potraživanja već predstavlja i stavku koja ulazi u sastav imovine izvršnog poverioca (prema praksi ESLJP „imovina“ može biti postojeća imovina ili potraživanja koja su dovoljno utvrđena da mogu da se smatraju imovinom).

Besfort Ramadani, LL.M.

STATUTE OF LIMITATIONS ON CLAIMS ARISING FROM ENFORCEABLE INSTRUMENTS

Summary

The statute of limitations on claims represents a substantive legal institute governed by the Law of Obligations. It falls within the category of more complex legal issues, as it necessitates addressing a series of preliminary legal questions, such as the legal nature of the disputed claim, the commencement of the limitation period, its expiration, and other related matters. The aforementioned law, however, provides only general answers to these and similar questions.

The Supreme Court, as the highest judicial authority, has adopted a series of general legal positions and interpretations concerning the statute of limitations on claims. Nevertheless, these interpretations pertain solely to decisions on the statute of limitations within the framework of litigation proceedings. In contrast, the legal issue of the statute of limitations on claims arising from enforceable instruments, examined in enforcement proceedings, has remained largely overlooked.

The primary challenge lies in the provisions of the Law of Obligations, which are anachronistic when compared to the current

enforcement legislation. Specifically, the Law of Obligations dates back to 1978, whereas enforcement legislation has undergone multiple amendments since then. Consequently, there exists a linguistic and substantive inconsistency between the Law of Obligations and the Law on Enforcement and Security Interest with regard to the statute of limitations on claims.

Key words: *Statute of limitations on claims. – Executive document. – Executive creditor’s guilt. – Public executors. – Performing official duties.*

LITERATURA

- Bodiroga N., *Teorija izvršnog postupka*, Beograd, Beograd 2012.
Lando O., *Principles of European Contract Law*, III, The Hague 2003.
Kovačević Kuštrimović R., Lazić M., *Uvod u građansko pravo*, Niš 2008.
Rechberger H. W., Oberhammer P., *Exekutionsrecht*, Wien 2009.

Article history:

Received: 24. 9. 2024.

Accepted: 20. 11. 2024.

Martina Tičić*

OSOBE S INVALIDITETOM U PRAVNIČKOJ STRUCI: PERSPEKTIVA REPUBLIKE HRVATSKE

Jedan od najčešćih problema osoba s invaliditetom predstavlja zapošljavanje, budući da predrasude, ograničene sposobnosti i praktični razlozi bitno utječu na odabir na radno mjesto. Unatoč prepoznatljivosti ovog problema, kao i činjenici da su doneseni mnogi pravni akti koji se dotiču ovog pitanja, učinak zakonskih odredbi te mnogobrojnih donesenih strategija i dalje je upitan. U ovom se radu stoga istražuje položaj osoba s invaliditetom u Republici Hrvatskoj, fokusirajući se prvenstveno na zastupljenost i mogućnost napretka takvih osoba u pravničkoj struci, koja se općenito može smatrati nedovoljno inkluzivnom. U radu se prvo analizira relevantni pravni okvir, uvažavajući pritom nacionalne i međunarodne izvore, a potom se utvrđuje realna slika mogućnosti i poteškoća s kojima se susreću osobe s invaliditetom u pravničkoj struci. Na temelju provedene analize, zaključuje se kako je općenito pitanje zapošljavanja i uključivanja osoba s invaliditetom dostatno pravno uređena; međutim, prostorne, psihološke i socijalne prepreke i dalje dovode do nezadovoljavajućeg rezultata.

Ključne reči: *Invaliditet. – Osobe s invaliditetom. – Mogućnost zaposlenja. – Pravnička struka. – Republika Hrvatska.*

1. UVOD

Prema riječima predsjednice Komisije Europske unije (EU) Ursule von der Leyen: „Osobe s invaliditetom imaju pravo na dobre uvjete na radnom mjestu, na neovisno življenje, na jednake mogućnosti i na puno sudjelovanje u životu svoje zajednice. Svi imaju pravo na život bez prepreka, a naša je obveza da im kao zajednica osiguramo

* Autorica je asistentica na Katedri za građansko postupovno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, mticic@uniri.hr, ORCID:0000-0002-5055-607X (Republika Hrvatska).

potpuno sudjelovanje u društvu na ravnopravnoj osnovi s drugima“.¹ Vidljivo je stoga da je nužnost prihvaćanja i uključivanja osoba s invaliditetom u socijalni život, kao i na tržište rada, prepoznata i na nadnacionalnoj razini. Međutim, unatoč prepoznatljivosti ovog problema, invaliditet je i dalje jedna od najčešćih osnova za diskriminaciju. Osim fizičkih i/ili mentalnih poteškoća te raznih prostornih i/ili psiholoških prepreka u svakodnevnom životu, osobe s invaliditetom se stoga nerijetko moraju suočavati i s raznim vrstama predrasuda od strane velikog dijela društva. Takve predrasude, ali i same poteškoće i realne prepreke koje invaliditet nosi sa sobom, rezultiraju i nižom mogućnošću pronalaska posla i daljnjeg rada, koji predstavlja značajan dio života prosječne osobe. Štoviše, neki autori ističu da je upravo sudjelovanje na tržištu rada jedna od najbitnijih stavki o kojima ovisi socijalna integracija osoba s invaliditetom.² Unatoč tome, zapošljavanje osoba s invaliditetom predstavlja jedan od najčešćih problema s kojima se takve osobe susreću u svakodnevnom životu. Budući da, prema procjenama, osobe s invaliditetom sačinjavaju oko deset posto svjetske populacije, zbog čega se nazivaju i „najbrojnijom svjetskom manjinom“,³ rješavanje pitanja njihovog zapošljavanja i daljnjeg rada je od izuzetne važnosti.

Unatoč mnogobrojnim zakonskim aktima donesenih konkretno o pitanju zapošljavanja i rada osoba s invaliditetom, kako na međunarodnoj, tako i na nacionalnoj razini, i dalje ostaje pitanje doprinose li pravni propisi koji su trenutačno na snazi poboljšanju položaja osoba s invaliditetom pri zapošljavanju na radno mjesto, kao i pri daljnjem radu. Ovaj će članak stoga analizirati pravne propise koji uređuju zapošljavanje i rad osoba s invaliditetom, te usporediti takve zakonske odredbe sa stvarnosti, a sve kako bi se došlo do odgovora na temeljno pitanje: kakav je trenutačni položaj osoba s invaliditetom kad je u pitanju mogućnost njihovog zapošljavanja, rada i daljnjeg napredovanja?

- 1 Predsjednica Europske komisije Ursula von der Leyen, dostupno na: *EC AV PORTAL (europa.eu)*, 1. 9. 2024. Vid. i Europska komisija, Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija. Unija ravnopravnosti: Strategija o pravima osoba s invaliditetom za razdoblje 2021–2030, COM(2021) 101 final, 1.
- 2 Lelia Kiš-Glavaš, „Aktivnosti i prepreke u zasnivanju radnog odnosa za osobe s invaliditetom“, *Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja* 45/2009, 63; Zdenko Babić, Zdravka Leutar, „Položaj osoba s invaliditetom na tržištu rada Republike Hrvatske“, *Socijalna Ekologija Zagreb* 19/2010, 205.
- 3 Vid. Gojko Zovko, „Invalidi i društvo“, *Revija za socijalnu politiku* 6/1999.

Odgovor na navedeno pokušat će se pronaći fokusirajući se konkretno na status osoba s invaliditetom u Republici Hrvatskoj, s naglaskom na mogućnost uključivanja takvih osoba u pravničko obrazovanje i profesiju. Navedena struka odabrana je iz razloga što je upravo pravnička profesija nerijetko opisivana kao nedovoljno inkluzivna,⁴ kao i otporna na promjene.⁵

Rad je strukturiran na način da se, nakon uvoda, u drugom poglavlju pruža analiza pravnog okvira uređenja zapošljavanja osoba s invaliditetom, kako međunarodnog, tako i nacionalnog, tj. propisa Republike Hrvatske. Nadalje, u trećem poglavlju analizira se stvaran položaj osoba s invaliditetom u Republici Hrvatskoj, s naglaskom na pravničku struku. Na temelju provedene analize potom se donosi zaključak o stvarnom položaju osoba s invaliditetom u pravničkoj struci u Republici Hrvatskoj, kao i o utjecaju zakonodavnog uređenja na konkretne probleme i eventualna poboljšanja.

2. PRAVNI OKVIR

2.1. Nadnacionalni izvori

2.1.1. Europska konvencija o ljudskim pravima

Europska konvencija o ljudskim pravima (dalje u tekstu: EKLJP) predstavlja osnovni i najznačajniji međunarodni ugovor o ljudskim pravima. Stoga, iako izvorni tekst EKLJP-a ne sadrži specifične odredbe usmjerene na zaštitu osoba s invaliditetom, i dalje pruža pravnu osnovu za zaštitu određenih ljudskih prava od povreda prouzrokovanih upravo na temelju invaliditeta.⁶ Ovdje je posebno važno istaknuti povrede članaka 3, 8 i 14. Konvencije, što je dovelo i do razvoja bogate

4 Brenda D. Gibson, „Affirmative Reaction: The Blueprint for Diversity and Inclusion in the Legal Profession After SFFA“, *Boston University Law Review* 104/2024, 129.

5 Hanna-Mari Manninen, „Between Disruption and Regulation – How Do Lawyers Face Digitalisation?“, *Law and Digitalisation: Rethinking Legal Services* (eds. RiikkaKoulu, Jenni Hakkarainen), University of Helsinki Legal Tech Lab publications, Helsinki 2018, 87. Vid. i Toni Hilton, Stephen Migdal, „Why clients need, rather than want, lawyers“, *International Journal of the Legal Profession* 12/2005, 145.

6 Sanja Grbić, „Pravni transplant i razvoj prava: Zaštita prava osoba s invaliditetom i Europska konvencija o ljudskim pravima“, *Harmonius* 1/2019, 149.

sudske prakse Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP). Iako u počecima ESLJP nije omogućivao strankama pozivati se da je do povrede EKLJP-a došlo zbog njihovog specifičnog položaja, tj. invaliditeta, već je sud utvrđivao povrede isključivo na istim osnovama kao i za sve ostale stranke kojima su povrijeđena ljudska prava, daljnjim razvojem sudske prakse ipak je došlo do promjene u tom smjeru.⁷ Razlog tome prvenstveno leži u činjenici da se prava osoba s invaliditetom svrstavaju pod socijalna prava, dok EKLJP jamči prvenstveno građanska i politička prava. Međutim, samo razumijevanje, definiranje i svrstavanje prava osoba s invaliditetom s vremenom se također promijenilo, te se danas sve više kreće u smjeru svrstavanja prava osoba s invaliditetom pod građanska i politička prava koja su, kako je već navedeno, zajamčena upravo EKLJP-om.⁸ Nadalje, značajan utjecaj na razvoj prakse ESLJP-a imalo je i donošenje Konvencije o pravima osoba s invaliditetom (dalje u tekstu: KPOI).⁹

2.1.2. Konvencija o pravima osoba s invaliditetom

KPOI je usvojena 2006. godine u New Yorku, a Republika Hrvatska popisala ju je i ratificirala 2007. godine, kao tek treća zemlja u svijetu.¹⁰ Ona predstavlja prvi međunarodni ugovor o ljudskim pravima koji je konkretno usmjeren na zaštitu i eliminaciju diskriminacije osoba s invaliditetom.¹¹ Na samom početku, KPOI definira osobe s invaliditetom kao „osobe sa dugotrajnim fizičkim, mentalnim, intelektualnim ili osjetilnim oštećenjima, koje u interakciji s različitim barijerama mogu ometati njihovo puno i djelotvorno sudjelovanje u društvu

7 Vid. primjerice *Glor protiv Švicarske*, presuda, 30. travnja 2009, br. 13444/04; *Cam protiv Turske*, presuda, 22. ožujka 2016, br. 23682/13; *Guberina protiv Hrvatske*, presuda, 22. ožujka 2016, br. 23682/13; *Price protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 10. srpnja 2001, br. 33394/96; *Dorđević protiv Hrvatske*, presuda, 24. srpnja 2012, br. 41526/10; *Botta protiv Italije*, presuda, 24. veljače 1998, br. 21439/93; *Ivinović protiv Hrvatske*, presuda, 18. rujna 2014, br. 13006/13, itd.

8 S. Grbić, *op. cit.*, 149–150.

9 Konvencija o pravima osoba s invaliditetom, Ujedinjeni narodi, 2007 (KPOI).

10 Mirta Brkić-Gvierieri, „Prava i povlastice osoba s invaliditetom – tjelesnim oštećenjem“, *IUS-INFO*, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/prava-i-povlastice-osoba-s-invaliditetom-tjelesnim-ostecenjem-57336>, 1. 9. 2024.

11 Vesna Mihanović, „Invaliditet u kontekstu socijalnog modela“, *Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja* 47/2011, 81.; S. Grbić, *op. cit.*, 147.

ravnopravno s ostalim članovima tog društva“.¹² Također su ponuđene definicije osnovnih pojmova kao što su „diskriminacija na osnovu invaliditeta“ te „razumna prilagodba“.¹³ Posebno je bitno istaknuti pojam „razumne prilagodbe“ koji označava „potrebne i odgovarajuće izmjene i prilagodbe koje ne nameću nerazmjeran ili neprimjeren teret, potrebne u konkretnom slučaju, kako bi se osiguralo da osobe s invaliditetom ravnopravno s drugim osobama uživaju i koriste sva ljudska prava i osnovne slobode“. Upravo će razumna prilagodba biti temelj za uključivanje osoba s invaliditetom na tržište rada, ne samo u smislu zapošljavanja, već posebice u njihovom daljnjem radu i adekvatnom funkcioniranju na radnom mjestu.

S ciljem „unaprjeđenja, zaštite i osiguravanja punog i ravnopravnog uživanja svih ljudskih prava i osnovnih sloboda osoba s invaliditetom“, KPOI propisuje niz općih obveza koje su države potpisnice dužne osigurati, uključujući prihvaćanje zakonodavnih i drugih mjera za provođenje prava priznatih samom konvencijom; poduzimanje odgovarajućih mjera za izmjenu ili ukidanje zakona i drugih propisa koji predstavljaju diskriminaciju osoba s invaliditetom, promoviranje ljudskih prava osoba s invaliditetom u svim politikama i programima, itd.¹⁴ Čitava Konvencija zasnovana je na osnovnim načelima kao što su poštivanje dostojanstva, nediskriminacija, jednakost mogućnosti, pristupačnost, i slično.¹⁵ Za potrebe analize ovog rada, bitno je naglasiti kako čl. 27 propisuje kako su države članice dužne priznavati pravo na rad osoba s invaliditetom na ravnopravnoj osnovi s drugima, te u skladu s time poduzimati odgovarajuće korake za promoviranje i ostvarivanje prava na rad.¹⁶ Osim toga, bitno je spomenuti da KPOI stavlja naglasak i na pravo na obrazovanje, posebice na razumno prilagođavanje i podršku osobama s invaliditetom,¹⁷ što se u praksi prvenstveno očituje kroz prilagodbu nastavnog sadržaja te kroz korištenje posebnog pristupa i nastavnih metoda.¹⁸ Takav „uključiv“ pristup obrazovanju bi sva-

12 KPOI, čl. 1, st. 2.

13 KPOI, čl. 2.

14 KPOI, čl. 4.

15 KPOI, čl. 3.

16 KPOI, čl. 27.

17 KPOI, čl. 24.

18 Ujedinjeni narodi, Odbor za prava osoba s invaliditetom, *Konvencija o pravima osoba s invaliditetom. Opći komentari*, Zajednica saveza osoba s invalidite-

kako trebao imati utjecaj i na mogućnost daljnjeg zapošljavanja i rada osoba s invaliditetom, posebice kada govorimo o pravničkoj struci koja zahtijeva ne samo visok stupanj obrazovanja, već i neprestano daljnje usavršavanje.

Kao što je gore navedeno, KPOI je imala i važan utjecaj na razvoj prakse ESLJP-a. Po tom pitanju važno je istaknuti presudu *Glor protiv Švicarske* iz 2009. godine, u kojoj je ESLJP po prvi puta utvrdio da je do diskriminacije osobe s invaliditetom došlo upravo zbog invaliditeta.¹⁹ Može se reći da je ovom presudom izmijenjen opseg prava EKLJP-a na način da se osobe s invaliditetom mogu pozivati na povrede isključivo zbog svojeg statusa osobe s invaliditetom, tj. upravo zbog svojeg invaliditeta.²⁰ Osim toga, omogućena je i primjena odredaba KPOI-a u praksi ESLJP-a. Nadalje, kako je i EU potpisnica KPOI-a, i Sud EU-a ima obvezu tumačiti pravnu stečevinu u skladu s KPOI-om.²¹ Sud je tako već imao prilike odlučivati o pravima osoba s invaliditetom, primjerice u predmetu *HK Danmark*, u kojem je imao prilike protumačiti pojam „razumne prilagodbe“ u konkretnom slučaju, te je naposljetku utvrdio da skraćivanje radnog vremena radnicima s invaliditetom predstavlja oblik razumne prilagodbe.²² Vidljivo je dakle da KPOI predstavlja osnovni međunarodni ugovor za zaštitu prava osoba s invaliditetom, a kao takav ima i značajan utjecaj na praksu međunarodnih i nadnacionalnih sudova kao što su ESLJP i Sud EU-a. Navedeno je stoga izuzetno značajno budući da razvoj sudske prakse koja stavlja naglasak na zaštitu osoba s invaliditetom pomaže u daljnjem jačanju njihova položaja u društvu.

2.1.3. Izvori EU-a

Na razini EU-a, nužno je prvenstveno istaknuti Direktivu o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja.²³ Cilj ove Direktiva iz 2000. godine jest odrediti opći

tom Hrvatske – SOIH, Zagreb 2022, 61.

19 *Glor protiv Švicarske*, presuda, 30. travnja 2009, br. 13444/04.

20 S. Grbić, *op. cit.*, 163.

21 Ivana Grgurev, „Dosezi razumne prilagodbe (u domaćem, anglosaksonskom i pravu Europske unije)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 70/2020, 295.

22 *HK Danmark*, C-335/11 i C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222.

23 Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja, *Službeni list Europskih zajednica*, L 303/16 (2000) (Direktiva 2000/78/EZ).

okvir za sprječavanje diskriminacije u vezi sa zapošljavanjem i radom, uključujući i diskriminaciju na temelju invaliditeta.²⁴ Osim definiranja osnovnih pojmova kao što su „načelo jednakog postupanja“,²⁵ „izravna diskriminacija“²⁶ te „neizravna diskriminacija“.²⁷ Direktiva potiče donošenje pozitivnih mjera za provođenje načela jednakog postupanja u praksi te osigurava dostupnost pravne zaštite osobama koje smatraju da im je učinjena nepravda, odnosno da je došlo do diskriminacije kod zapošljavanja i/ili rada. Konkretno u vezi osoba s invaliditetom, Direktiva propisuje obvezu razumne prilagodbe potrebama takvih osoba, što znači da će se, prema potrebi, poduzeti odgovarajuće mjere za pristup zapošljavanju, sudjelovanje u radu i slično.²⁸

Osim prethodno spomenute Direktive, na razini EU-a donesen je i niz drugih propisa iz različitih područja, a kojima je, između ostalog, cilj učiniti EU pristupačnom za osobe s invaliditetom. To uključuje, primjerice, Direktivu o pristupačnosti interneta, čiji je cilj učiniti internetske stranice pristupačnijima korisnicima, a posebice osobama s invaliditetom.²⁹ Također, Direktiva o Europskom zakoniku elektroničkih komunikacija navodi kako je jedan od osnovnih ciljeva osiguravanje kvalitetnih usluga na području EU-a te poboljšanje prava krajnjih korisnika, a posebice korisnika s invaliditetom kojima je potrebno pružiti jednak pristup uslugama kao i ostalima.³⁰ Sve navedeno doprinosi ostvarenju jednog od važnih ciljeva EU-a, a to je uključivost EU-a za osobe s invaliditetom, što potvrđuje i donesena Strategija o pravima osoba s invaliditetom.³¹ Iz svega navedenog vidljivo je da je osobama s

24 Direktiva 2000/78/EZ, čl. 1.

25 Direktiva 2000/78/EZ, čl. 2 (1).

26 Direktiva 2000/78/EZ, čl. 2 (2) (a).

27 Direktiva 2000/78/EZ, čl. 2 (2) (b).

28 Direktiva 2000/78/EZ, čl. 5.

29 Direktiva (EU) 2016/2102 Europskog parlamenta i Vijeća od 26. listopada 2016. o pristupačnosti internetskih stranica i mobilnih aplikacija tijela javnog sektora, *Službeni list Europske unije*, L 327/1 (2016), čl. 1, st. 1.

30 Direktiva (EU) 2018/1972 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2018. o Europskom zakoniku elektroničkih komunikacija (preinaka), *Službeni list Europske unije*, L 321/36 (2018), čl. 1, st. 2 t. b).

31 Europska komisija, Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija. Unija ravnopravnosti: Strategija o pravima osoba s invaliditetom za razdoblje 2021–2030, COM(2021) 101 final (2021).

invaliditetom na nadnacionalnoj razini, posebice na razini EU-a, pružena vrlo opsežna i sveobuhvatna zaštita na različitim područjima.

2.2. Nacionalni izvori

2.2.1. Ustav Republike Hrvatske

Na nacionalnoj razini, već sam Ustav Republike Hrvatske, kao hijerarhijski najviši pravni akt u državi,³² propisuje zabranu diskriminacije. To je vidljivo iz niza odredbi, prvenstveno iz članka 14, čiji stavak 1. navodi da „Svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama“.³³ Stavak 2. nadalje navodi kako su „svi pred zakonom jednaki“.³⁴ Iako se invaliditet ne spominje izričito kao osnova diskriminacije, očigledno je da isto proizlazi iz gore navedenog članka, prvenstveno se očitujući kroz formulaciju „ili drugim osobinama“. Budući da sam Ustav propisuje zabranu diskriminacije (na svim osnovama), jasno je da i svi zakoni, kao i podzakonski akti, ne smiju propisivati odredbe kroz koje će se afirmirati bilo kakav oblik diskriminacije.³⁵

Nadalje, Ustav također izričito propisuje kako „posebnu skrb država posvećuje zaštiti osoba s invaliditetom i njihovu uključivanju u društveni život“.³⁶ Pri tom se unutar te skupine dodatan naglasak stavlja i na ratne vojne invalide.³⁷ Konkretno po pitanju zapošljavanja i rada, Ustav propisuje i da osobe s invaliditetom imaju pravo na osobitu zaštitu na radu.³⁸ Stoga je već na samom početku analize pravnog okvira Republike Hrvatske vidljivo da je bilo kakva vrsta diskriminacije na osnovi invaliditeta izričito zabranjena, kao i da se osobama s invaliditetom

32 Vidi Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14, čl. 4; Sanja Grbić, Dejan Bodul, Vanja Smokvina, „Diskriminacija osoba s invaliditetom i njihova uključenost u društvo s naglaskom na pravo pristupa sudu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 33/1991, 687.

33 Ustav Republike Hrvatske, čl. 14, st. 1.

34 Ustav Republike Hrvatske, čl. 14, st. 2.

35 S. Grbić, D. Bodul, V. Smokvina, *op. cit.*, 688.

36 Ustav Republike Hrvatske, čl. 58, st. 2.

37 Ustav Republike Hrvatske, čl. 58, st. 3.

38 Ustav Republike Hrvatske, čl. 65, st. 3.

mora posvećivati posebna pažnja, posebice na radnom mjestu, što čini dobru početnu točku za daljnje korake potrebne za uključivanje osoba s invaliditetom na radna mjesta.

2.2.2. Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom

Osnovni pravni akt koji propisuje prava vezana za zapošljavanje i rad osoba s invaliditetom u Republici Hrvatskoj je Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom (dalje u tekstu: ZPR).³⁹ Ovim se Zakonom u hrvatski pravni poredak također prenosi gore spomenuta Direktiva EU-a.

Na samom početku, Zakon definira osobu s invaliditetom kao „osobu koja ima dugotrajna tjelesna, mentalna, intelektualna ili osjetilna oštećenja koja u međudjelovanju s različitim preprekama mogu sprječavati njezino puno i učinkovito sudjelovanje u društvu na ravnopravnoj osnovi s drugima“.⁴⁰ Vidljivo je da je sama definicija preuzeta iz KPOI-ja. Od osobe s invaliditetom razlikuje se „osoba s invaliditetom s preostalom radnom sposobnosti“ koja je definirana kao „osoba čiji invaliditet u odnosu na sposobnosti osobe bez invaliditeta jednake ili slične životne dobi, jednake ili slične naobrazbe, u jednakim ili sličnim uvjetima rada, na jednakim ili sličnim poslovima ima za posljedicu smanjenu mogućnost radno se osposobiti i zaposliti“⁴¹ a iznimno i kao „osoba s invaliditetom čiji je radni učinak u granicama očekivanog, ali se na temelju smanjenih stvarnih i procijenjenih općih sposobnosti takve osobe ocijeni da je to u interesu očuvanja njezinih tjelesnih, osjetilnih i mentalnih sposobnosti“.⁴²

Odredbe Zakona prvenstveno se mogu podijeliti na tri vrste: odredbe o profesionalnoj rehabilitaciji Centru za profesionalnu rehabilitaciju, Integrativnoj radionici i Zaštitnoj radioni; odredbe o zapošljavanju i radu osoba s invaliditetom; te odredbe o Zavodu za vještačenje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom.

Vezano za odredbe o profesionalnoj rehabilitaciji, ZPR prvenstveno propisuje usluge koje takva rehabilitacija obuhvaća, uključujući

39 Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom, *Narodne novine*, br. 157/2013, 152/2014, 39/2018, 32/2020. (ZPR).

40 ZPR, čl. 3 (1).

41 ZPR, čl. 3 (2).

42 ZPR, čl. 3 (3).

primjerice sudjelovanje u utvrđivanju preostalih radnih i općih sposobnosti, profesionalno informiranje i savjetovanje, analizu tržišta rada, radno osposobljavanje, informiranje, itd. Pravo na takvu rehabilitaciju može ostvariti osoba koja ima utvrđen status osobe s invaliditetom i ispunjava uvjete za upis u očevidnik zaposlenih osoba s invaliditetom. Pravo na profesionalnu rehabilitaciju uključuje i korištenje usluga Centra za profesionalnu rehabilitaciju, koji se osniva u svrhu organiziranja i izvođenja profesionalne rehabilitacije osoba s invaliditetom. Takav Centar potom može osnovati i integrativnu radionicu i zaštitnu radionicu, koje se obje osnivaju prvenstveno s ciljem zapošljavanja osoba s invaliditetom koje se ne mogu zaposliti na otvorenom tržištu rada.

U odnosu na drugu vrstu odredbi ZPR-a o samom zapošljavanju i radu osoba s invaliditetom, Zakon propisuje otvorenu mogućnost zapošljavanja osoba s invaliditetom uz obvezu osiguranja „razumne prilagodbe“ od strane poslodavca. Razumna prilagodba pritom je opisana kao „potrebna i odgovarajuća prilagodba i podešavanja, koja ne predstavljaju nerazmjerno ili neprimjereno opterećenje, da bi se u pojedinačnom slučaju, tamo gdje je to potrebno, osobama s invaliditetom osiguralo zapošljavanje i rad na ravnopravnoj osnovi s drugima“.⁴³ Iako korisna, ovakva odredba zasigurno nije dovoljan poticaj poslodavcima na zapošljavanje osoba s invaliditetom. Stoga, ZPR također propisuje i ponešto „odlučnije“, tj. konkretnije odredbe – prvenstveno se ovdje radi o odredbi o obvezi kvotnog zapošljavanja osoba s invaliditetom, što je ujedno i jedna od češćih politika zapošljavanja koja se može naći u većini država članica EU-a.⁴⁴ U Republici Hrvatskoj, kvotno zapošljavanje odnosi se na poslodavce koji zapošljavaju najmanje dvadeset radnika. Takvi su poslodavci dužni zaposliti određen broj osoba s invaliditetom, ovisno o ukupnom broju zaposlenih, kao i o vrsti djelatnosti koju obavljaju.⁴⁵ Ukoliko navedena obveza nije ispoštovana, poslodavci su obvezni platiti određenu novčanu naknadu,⁴⁶ a sva sredstva

43 ZPR, čl. 7 (2).

44 Zdravka Leutar, Marko Buljevac, „Zaposlenost osoba s invaliditetom u Hrvatskoj i zemljama Europske unije“, *Društvena istraživanja: časopis za opća društvena pitanja* 21/2012, 80.

45 Obveza kvotnog zapošljavanja pritom se ne odnosi na određene skupine, uključujući predstavništva stranih osoba, strana diplomatska i konzularna predstavništva, integrativne radionice i zaštitne radionice, poslodavce u sektoru proizvodnje tekstila, odjeće, kože, drva i namještaja te novoosnovane poslodavce. Vidi ZPR, čl. 8 (2).

46 ZPR, čl. 10 (1).

uplaćena na ovoj osnovi koristit će se za daljnji razvoj i poticaje sustavima i projektima koji se odnose na zapošljavanje osoba s invaliditetom.⁴⁷ Dodatan poticaj za zapošljavanje osoba s invaliditetom pruža i činjenica da poslodavci koji nemaju obvezu kvotnog zapošljavanja, a imaju takve zaposlenike, kao i poslodavci koji zapošljavaju više osoba s invaliditetom od propisane kvote, mogu ostvariti i određenu novčanu naknadu.⁴⁸ Nadalje, sva državna i javna tijela dužna su prilikom zapošljavanja dati prednost osobama s invaliditetom pod jednakim uvjetima.⁴⁹ Kako bi se takva prednost ostvarila, osobe s invaliditetom u samoj prijavi moraju se pozvati na svoje pravo te priložiti i dokaz o invaliditetu.⁵⁰

Posljednja vrsta odredbi koje propisuje ZPR odnosi se na funkcioniranje Zavoda za vještačenje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom. Prvenstveno, takav Zavod obavlja poslove vještačenje radi utvrđivanja invaliditeta, izdaje uvjerenja o utvrđenom invaliditetu, financira programe i projekte za poticanje zapošljavanja osoba s invaliditetom, te vodi evidencije o poslodavcima koji su obveznici kvotnog zapošljavanja. Također, Zavod osigurava i određene poticaje za poslodavce koji zapošljavaju osobe s invaliditetom, što dakako dodatno doprinosi zapošljavanju osoba s invaliditetom.

2.2.3. Ostali zakoni i podzakonski akti

Osim gore navedenih pravnih propisa, pojedine odredbe vezane za problematiku zapošljavanja osoba s invaliditetom mogu se pronaći i u nekoliko drugih zakona i podzakonskih akata. Primjerice, može se istaknuti Zakon o Registru osoba s invaliditetom,⁵¹ koji uređuje način na koji se prikupljaju, obrađuju i štite podaci o osobama s invaliditetom. Sam Registar važan je za pravilno provođenje odredaba drugih, već prethodno spomenutih zakona, prvenstveno ZPR-a. Nadalje, može se istaknuti i Zakon o pravobranitelju za osobe s invaliditetom koji, kako i sam naziv upućuje, uređuje djelokrug, način rada te imenovanje pravobranitelja za osobe s invaliditetom.⁵² Temeljem ovog zakona

47 ZPR, čl. 10 (6).

48 ZPR, čl. 8 (8).

49 ZPR, čl. 9 (1).

50 ZPR, čl. 9 (2).

51 Zakon o Registru osoba s invaliditetom, *Narodne novine*, br. 63/22 (2022).

52 Zakon o pravobranitelju za osobe s invaliditetom, *Narodne novine*, br. 107/07 (2007), čl. 1.

osnovan je i Ured pravobranitelja za osobe s invaliditetom koji prvenstveno razmatra pritužbe o mogućem kršenju nacionalnih zakona i međunarodnih konvencija te razmatra i sprječava slučajeve u kojima dolazi do diskriminacije.⁵³ Kao posebna vrsta osoba s invaliditetom u zakonodavstvu Republike Hrvatske ističu se i vojni i civilni invalidi rata, čiji je položaj i zaštita uređena Zakonom o zaštiti vojnih i civilnih invalida rata.⁵⁴ Mnoge odredbe koje se dotiču osoba s invaliditetom i njihovog položaja mogu se pronaći i u drugim zakonima, primjerice u Zakonu o zaštiti osoba s duševnim smetnjama,⁵⁵ Zakonu o socijalnoj skrbi,⁵⁶ Zakonu o radu,⁵⁷ Zakonu o mirovinskom osiguranju,⁵⁸ Zakonu o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju,⁵⁹ Zakonu o sigurnosti prometa na cestama,⁶⁰ Zakonu o povlasticama u prometu⁶¹ itd.

Osim zakona, donesen je i niz podzakonskih akata kojima se uređuju pitanja vezana za položaj osoba s invaliditetom, uključujući, primjerice, Pravilnik o osiguranju pristupačnosti građevina osobama s invaliditetom i smanjene pokretljivosti,⁶² Pravilnik o utvrđivanju kvote za zapošljavanje osoba s invaliditetom,⁶³ Pravilnik o sadržaju i načinu

-
- 53 Darijo Jurišić, „Osobe s invaliditetom i ravnopravan život u zajednici“, *Epoha zdravlja: glasilo Hrvatske mreže zdravih gradova* 14/2021, 20.
- 54 Zakon o zaštiti vojnih i civilnih invalida rata, *Narodne novine*, br. 33/92, 57/92, 77/92, 27/93, 58/93, 02/94, 76/94, 108/95, 108/96, 82/01, 103/03, 148/13, 98/19 (2019).
- 55 Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, *Narodne novine*, br. 76/14 (2014).
- 56 Zakon o socijalnoj skrbi, *Narodne novine*, br. 18/22, 46/22, 119/22, 71/23, 156/23 (2023).
- 57 Zakon o radu, *Narodne novine*, br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 46/23, 64/23 (2023).
- 58 Zakon o mirovinskom osiguranju, *Narodne novine*, br. 157/13, 151/14, 33/15, 93/15, 120/16, 18/18, 62/18, 115/18, 102/19, 84/21, 119/22 (2022).
- 59 Zakon o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju, *Narodne novine*, br. 85/06, 150/08, 71/10, 53/20, 120/21, 23/23 (2023).
- 60 Zakon o sigurnosti prometa na cestama, *Narodne novine*, br. 67/08, 48/10, 74/11, 80/13, 158/13, 92/14, 64/15, 108/17, 70/19, 42/20, 85/22, 114/22, 133/23 (2023).
- 61 Zakon o povlasticama u prometu, *Narodne novine*, br. 133/23 (2023).
- 62 Pravilnik o osiguranju pristupačnosti građevina osobama s invaliditetom i smanjene pokretljivosti, *Narodne novine*, br. 78/2013–1615 (2013).
- 63 Pravilnik o utvrđivanju kvote za zapošljavanje osoba s invaliditetom, *Narodne novine*, br. 75/18, 120/18, 37/20, 145/20 (2020).

vođenja očevidnika zaposlenih osoba s invaliditetom,⁶⁴ Pravilnik o uporabi parkirališne karte za osobe s invaliditetom⁶⁵ itd.

3. REALNA SLIKA

Nakon analize zakonodavnog uređenja problematike zapošljavanja i uključivanja osoba s invaliditetom u tržište rada, nužno je također analizirati i realnu sliku budući da se pravni okvir nerijetko može značajno razlikovati od stvarne slike konkretnog problema. Iako je iz prethodne analize pravnog okvira zaštite osoba s invaliditetom u pogledu zapošljavanja i rada vidljivo da je donesen velik broj pravnih akata s ciljem boljeg uređenja predmetne problematike, te da navedeni akti značajno doprinose boljem položaju osoba s invaliditetom, u nastavku rada bit će, kroz prikaz statističkih podataka i utvrđivanje stvarnih problema s kojima se osobe s invaliditetom suočavaju pri radu i traženju posla u Republici Hrvatskoj, prikazano stvarno stanje problema u pitanju. Na temelju takve analize naposljetku će se moći ispitati u kojoj mjeri odgovarajući zakonski preduvjeti utječu na stvaran položaj osoba s invaliditetom po pitanju rada i zapošljavanja, s posebnim osvrtom na pravničku struku.

3.1. Zapošljavanje osoba s invaliditetom u Republici Hrvatskoj

Prema dostupnim podacima za 2023. godinu,⁶⁶ u Hrvatskoj živi 657.791 osoba s invaliditetom, što čini 17 posto ukupnog stanovništva Republike Hrvatske. Od tog broja, značajan udio zauzimaju osobe s invaliditetom starije od 65 godina, konkretno 47,5 posto, dok 11 posto zauzimaju djeca i mladi do 19 godina. Ostatak, konkretno 41,2 posto, tj. 271.334 osobe su osobe s invaliditetom u radno-aktivnoj dobi te su stoga i primarni subjekti relevantni za potrebe analize ovog rada. U ovoj dobnoj skupini, najčešće vrste oštećenja čine višestruka oštećenja, oštećenja lokomotornog sustava, oštećenja drugih organa i organskih

64 Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja očevidnika zaposlenih osoba s invaliditetom, *Narodne novine*, br. 75/18 (2018).

65 Pravilnik o uporabi parkirališne karte za osobe s invaliditetom, *Narodne novine*, br. 139/21, 146/22, 34/23 (2023).

66 *Izješće o osobama s invaliditetom u Republici Hrvatskoj*, Hrvatski zavod za javno zdravstvo, Zagreb 2023, 5.

sustava, kromosomopatije, prirodene anomalije i rijetke bolesti, te mentalna oštećenja.⁶⁷

Od gore navedenog broja radno-aktivnog stanovništva, Očevidnik zaposlenih osoba s invaliditetom bilježi 21.616 zaposlenu osobu u 2023. godini. Iako najveći dio (16.944 osobe) zadovoljavaju kriterije Pravilnika o sadržaju i načinu vođenja očevidnika zaposlenih osoba s invaliditetom, te ih sukladno tome poslodavac može računati u kvoti, nije zanemariv ni udio onih koji ne zadovoljavaju spomenute kriterije (4.672).⁶⁸ Zanimljivo je pratiti i na koje se vrste poslova osobe s invaliditetom najčešće zapošljavaju. Prema podacima za razdoblje od 1. siječnja do 30. lipnja 2024. godine, prevladava zapošljavanje u djelatnosti pružanja smještaja, pripreme i usluživanja hrane, zatim slijedi prerađivačka industrija te javna uprava i obrana te obvezno socijalno osiguranje.⁶⁹ Žene s invaliditetom najčešće se zapošljavaju kao čistačice i ispomoć u kući, dok se muškarci s invaliditetom najčešće zapošljavaju kao radnici u održavanju i vrtlarski radnici.⁷⁰

S druge strane, prema dostupnim podacima Hrvatskog zavoda za zapošljavanje,⁷¹ vidljivo je da je u 2024. godini trenutačno kao nezaposleno registrirano 11.120 osoba s invaliditetom. Navedeno zauzima 11 posto od ukupnog broja nezaposlenih (100.719 osoba). Zabrinjavajuća je i činjenica da, uspoređujući podatke od 2004. pa do 2024. godine, može se uočiti da je nezaposlenost osoba s invaliditetom posljednjih godina u porastu, sa značajnim skokom posebice u 2023. i 2024. godini. Navedeno, međutim, odražava općeniti rast broja osoba s invaliditetom.⁷² Kao razlozi otežanog zapošljavanja osoba s invaliditetom navode se suficitarnost stečenih zvanja; niža formalna razina obrazovanja; nedostatak radnog iskustva; te dugotrajna nezaposlenost.⁷³

67 *Ibid.*, 7.

68 *Ibid.*, 6.

69 Izvješće o aktivnostima Hrvatskog zavoda za zapošljavanje u području zapošljavanja osoba s invaliditetom za razdoblje od 1. siječnja do 30. lipnja 2024. godine, Zagreb 2024, 7.

70 *Ibid.*

71 Vid. Statistika, Hrvatski zavod za zapošljavanje, dostupno na: <https://statistika.hzz.hr/Statistika.aspx?tipIzvjestaja=1>, 1. 9. 2024.

72 Uspor. primjerice Izvješće o osobama s invaliditetom u Republici Hrvatskoj, Hrvatski zavod za javno zdravstvo, Zagreb 2023 s Izvješće o osobama s invaliditetom u Republici Hrvatskoj, Hrvatski zavod za javno zdravstvo, Zagreb 2019.

73 Z. Babić, Z. Leutar, *op. cit.*, 201.

Promatrajući razinu obrazovanja, u 2024. godini registrirano je 309 nezaposlenih osoba s invaliditetom koje su završile fakultet, te je također vidljiv izvjestan porast u 2023. i 2024. godini u odnosu na prethodne.⁷⁴ Sličan porast vidi se i promatrajući nezaposlene osobe s invaliditetom sa završenim prvim stupnjem fakulteta, stručnim studijem ili višom školom – ukupno 279 takvih osoba registrirano je pri Hrvatskom zavodu za zapošljavanje, što je najveći broj u odnosu na posljednjih dvadeset godina.⁷⁵

Što se tiče obveze kvotnog zapošljavanja poslodavaca, poražavajuća je i činjenica da mnogi hrvatski poslodavci odabiru plaćanje kazne umjesto zapošljavanja osoba s invaliditetom.⁷⁶ Vidljivo je stoga da je, unatoč izvjesnom napretku u podizanju svijesti, (pod)svjesni animozitet i odbojnost prema zapošljavanju osoba s invaliditetom i dalje itekako prisutan u hrvatskom društvu. Primjećuje se i određeni raskorak između pravnog okvira i praktične primjene, tj. stvarne realizacije postojećih zakona. Stoga, unatoč adekvatnom pravnom okviru, problem zapošljavanja osoba s invaliditetom treba pokušati riješiti i s praktične strane, kroz daljnje podizanje svijesti o teškoćama, ali i važnosti uključivanja osoba s invaliditetom u svakodnevni život i rad. Naravno, ostaje i mogućnost podizanja vrijednosti novčane kazne za nepoštivanje obveza kvotnog zapošljavanja – međutim, i tada se postavlja pitanje koji bi novčani iznos bio dovoljan da bi se poslodavci ipak odlučivali na ispunjavanje svoje obveze.

Prethodna istraživanja također ukazuju na općenito nezadovoljstvo osoba s invaliditetom odnosom države i vlastitim statusom u društvu.⁷⁷ Daljnjim širenjem svijesti i poticanjem uključivanja osoba s invaliditetom, kao i ostalih ranjivih skupina, u društvo, trenutačna situacija će se vrlo vjerojatno razvijati prema boljem; međutim, takav proces je spor i dugotrajan te uvijek ima mjesta za napredak. Isto vrijedi i za pravni okvir, budući da istraživanja ukazuju i na činjenicu da velika većina osoba s invaliditetom nije zadovoljna provedbom postojećih

74 *Ibid.*

75 *Ibid.*

76 Godišnje izvješće o radu Zavoda za vještačenje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom za 2019. godinu, Zagreb 2020, 10.

77 Marko Marinić, „Jesu li osobe s invaliditetom „Invalidi“? Pitanje konceptualne naravi, ali i potreba izjednačavanja mogućnosti“, *Društvena istraživanja Zagreb* 17/2008, 212.

zakona.⁷⁸ Sukladno tome, država bi veći naglasak trebala staviti na adekvatno provođenje postojećih zakona prije nego li se potencijalno krene u implementaciju novih odredaba.

3.2. Posebnost zapošljavanja i rada osoba s invaliditetom u pravnoj struci

Bitno je odmah na početku naglasiti kako je udio osoba s invaliditetom u pravničkoj struci izuzetno mali, što je vidljivo iz prethodnih istraživanja koja jasno utvrđuju da je veća vjerojatnost da će osobe s invaliditetom biti zaposlene u nekoj vrsti ranjivih oblika zapošljavanja kao što su zaposlenje u neformalnom sektoru, samozaposlenost ili rad na pola radnog vremena, kao i to da osobe s invaliditetom u pravilu zarađuju niže plaće u odnosu na ostale osobe.⁷⁹ Razlozi tome su već dobro znani – prostorne prepreke za osobe s tjelesnim oštećenjima; diskriminacija i predrasude okoline; neprilagođenost uvjeta rada, itd. Svi ovi razlozi vrijede za općenito teže zapošljavanje osoba s invaliditetom, bez obzira na vrstu posla. Bitno je stoga utvrditi razloge iz kojih zapošljavanje i rad u pravnoj struci mogu predstavljati dodatan problem u odnosu na zapošljavanje i rad na nekim drugim vrstama poslova.

Kao prvi razlog može se navesti pravničko obrazovanje. Nesporno je da studenti prava imaju velike količine literature i zakonskih propisa koje moraju naučiti i savladati tijekom svojeg obrazovanja, što od početka može odbijati velik broj ljudi. Posebnu teškoću ova činjenica može stvarati osobama s invaliditetom, osobito kada su u pitanju osobe s oštećenjima vida ili osobe s intelektualnim poteškoćama. Stoga, iako Republika Hrvatska ulaže značajne napore u smislu modernizacije sustava obrazovanja, što se može vidjeti primjerice iz done-sene Strategije obrazovanja, znanosti i tehnologije,⁸⁰ te se može uočiti

78 *Ibid.*, 213.

79 Disability and Development Report 2024. Accelerating the realization of the Sustainable Development Goals by, for and with persons with disabilities (Executive Summary), United Nations, New York 2024; Disability and Development Report. Realizing the Sustainable Development Goals by, for and with persons with disabilities 2018, United Nations, New York 2019, 155–158.; Ujedinjeni narodi, Odbor za prava osoba s invaliditetom, *Konvencija o pravima osoba s invaliditetom. Opći komentari*, Zajednica saveza osoba s invaliditetom Hrvatske – SOIH, Zagreb 2022, 157.

80 Strategija obrazovanja, znanosti i tehnologije, *Narodne novine*, br. 124/2014.

određeni trend prema napuštanju „učenja napamet“ koji je bio prisutan u prošlosti, činjenica jest da se pravno obrazovanje ne može „olakšati“ na način da se studente oslobodi velike količine teksta koji se mora na neki način savladati. Što se tiče osoba s tjelesnim oštećenjima, samo obrazovanje ne mora predstavljati toliki teret, te su po pitanju potrebne infrastrukture na pravnim fakultetima već ostvarena značajna poboljšanja u ovom smislu.⁸¹

Kao drugi razlog može se navesti da neke od karakteristika pravničke struke uključuju kontinuirano usavršavanje, dinamičnost i brzina u radu, potreba snalaženja u teškim situacijama, rad sa strankama i slično. Sve navedeno također može predstavljati dodatne poteškoće za osobe s invaliditetom. Vidljivo je da se sve prepreke koje su prethodno navedene vezano uz obrazovanje nastavljaju i tijekom čitavog radnog vijeka pravnika. Upravo zbog toga da se zaključiti i da će se manji broj osoba s invaliditetom odlučiti na ulazak u pravnu profesiju, budući da ona prvenstveno zahtijeva dugogodišnje obrazovanje i daljnju edukaciju i razvoj u okružju koje često nije otvoreno za značajne promjene i prilagodbu. Nadalje, nerijetko se javljaju i prostorne prepreke za osobe s tjelesnim oštećenjima, što je vidljivo i iz sudske prakse, primjerice iz predmeta iz 2017. godine u kojem je sud naložio da se ispred zgrade Upravnog suda u Rijeci uklone barijere koje osobama s invaliditetom onemogućuju ulazak.⁸² Potrebno je, međutim, naglasiti da je Republika Hrvatska po ovom pitanju već započela s konkretnim mjerama te se može uočiti stanoviti napredak.⁸³ Neovisno o tome, takve i slične prepreke koje i dalje nisu riješene mogu biti i odlučujući razlog za odluku protiv odabira pravničkog zanimanja, posebice ako se radi o odvjetničkoj profesiji koja nerijetko zahtijeva i fizičku aktivnost u smislu odlazanja na ročišta, nalaženje sa strankama i slično. Upravo nužnost rada sa strankama može biti i dodatan razlog protiv odabira pravničkog zanimanja – čak i kada zanemarimo moguće poteškoće vezane za sam

81 Primjerice, na Pravnom fakultetu u Rijeci su u posljednjih nekoliko godina instalirane rampe za studente u invalidskim kolicima kako bi im se olakšao pristup svim dijelovima fakulteta.

82 Županijski sud u Puli, Gž-67/17-2, 27. 3. 2017.

83 Vid. Nacionalni plan izjednačavanja mogućnosti za osobe s invaliditetom za razdoblje od 2021. do 2027. godine (2021) i Izvješće o provedbi Nacionalnog plana izjednačavanja mogućnosti za osobe s invaliditetom za razdoblje od 2021. do 2027. godine, za 2022. godinu, 2023.

invaliditet, može postojati i dodatan strah od diskriminacije stranaka prema pravniku s invaliditetom.

To dovodi do trećeg razloga koji je prvenstveno psihološke naravi. Nesumnjivo je da psihološke prepreke i strah od moguće diskriminacije i neprihvatanja drugih osoba može priječiti ulazak osobe s invaliditetom u bilo koju profesiju. Međutim, takva psihološka barijera zasigurno će biti veća kada se radi o zanimanjima koja su u prošlosti gledana kao „prestižna“⁸⁴ ili „teška“. Iako je trenutačno stanje uvelike različito od prošlosti, i dalje je moguće da ostaje podsvjesna ideja da bi se osobe s invaliditetom trebale zadovoljiti s „lakšim“ poslovima, što odražavaju i gore navedeni statistički podaci o najčešćim vrstama poslova koje obavljaju osobe s invaliditetom. Osim toga, ne pomaže ni činjenica da se u svijetu na pravnike često gleda s nepovjerenjem,⁸⁵ da ih se često smatra arogantnima,⁸⁶ a na samu profesiju kao takvu u kojoj je prisutna velika razina diskriminacije.⁸⁷ Iako se stvarnost može razlikovati, ovakva podsvjesna ideja zasigurno negativno utječe na privlačnost same profesije za osobe s invaliditetom.

Ipak, treba istaknuti već navedenu pozitivnu statistiku o broju zaposlenih u javnoj upravi. Navedeno ukazuje na stanovitu privlačnost, tj. dostupnost barem jedne vrste pravne struke. Kroz daljnju modernizaciju sustava obrazovanja i potrebne infrastrukture na fakultetima, zasigurno će i rad na pravnim fakultetima postati dostupniji i privlačniji za osobe s invaliditetom. Možda najviše ‘nedostupan’ je u ovom smislu rad u odvjetništvu ili sudstvu, budući da su sve gore navedene prepreke teže rješive kada govorimo o tim zanimanjima.

Iz svega navedenog je vidljivo da osobe s invaliditetom morati svladati znatne prepreke za uspjeh u pravnoj profesiji. Međutim, uko-

84 Vid. Primjerice László Heka, Ildikó Szondi Hekáné, Zsófia Patyi, „Stavovi mađarskih i hrvatskih studenata o pravnoj profesiji i motivi upisa na studij prava“, *Pravni vjesnik* 38/2022, 80.

85 Peter Robson *et al.*, „Perception of lawyers – a transnational study of student views on the image of law and lawyers“, *International Journal of Legal Profession* 12/2005, 412.

86 L. Heka, I. Szondi Hekáné, Z. Patyi, *op. cit.*, 78.

87 Vid. primjerice Sybil Dunlop, Jenny Gassman-Pines, „Why the legal profession is the nation’s least diverse (and how to fix it)“, *Mitchell Hamline Law Review* 47/2020; Donald Nicolson, „Demography, discrimination and diversity: a new dawn for the British legal profession?“, *International Journal of the Legal Profession* 12/2005.

liko se nastavi dizati svijest o nužnosti inkluzije osoba s invaliditetom te ukoliko država nastavi provoditi potrebne mjere po pitanju sprječavanja praktičnih prepreka za rad, možemo se zapitati je li uspješna pravna karijera i dalje toliko nedostižna za osobe s invaliditetom?

Mnogobrojna istraživanja ukazuju na prednosti politike inkluzije i postizanja različitosti na radnom mjestu, što naravno uključuje i osobe s invaliditetom. Neke od prednosti čine veća inovativnost, veća razina kreativnosti, poboljšanje performansi, bolje donošenje odluka, poboljšanje sposobnosti rješavanja problema te veći profit.⁸⁸ Sve od navedenog može doprinijeti i u pravničkoj profesiji. Sama činjenica da određena osoba s invaliditetom dostigne određeni položaj ili postigne potrebni uspjeh u svojoj pravničkoj karijeri, primjerice položi pravosudni ispit, trebala bi se dodatno cijeniti upravo iz razloga što će se takva osoba na svom putu nesumnjivo susresti s mnogo više prepreka nego prosječna osoba bez invaliditeta.⁸⁹ Nadalje, jedna od pozitivnih osobina koju će zasigurno razviti velik broj osoba s invaliditetom je empatija, upravo zbog svojeg oslabljenog položaja u odnosu na druge. I prepreke koje se možda čine nepremostivim za uspjeh kao pravnik/ica, kao što je primjerice disleksija ili autizam, mogu rezultirati razvitkom različitog načina razmišljanja i funkcioniranja, koji ne mora nužno biti nespojiv s uspješnom karijerom.⁹⁰ Sukladno tome, na osobe s invaliditetom kao radnike ne bi se trebalo gledati isključivo kao teret, već bi se trebalo usredotočiti na sve mogućnosti i prednosti koje njihovo zapošljavanje može donijeti.

4. ZAKLJUČAK

Važnost prihvaćanja i inkluzije osoba s invaliditetom u sferi rada i zapošljavanja je neupitna, stoga ne čudi da je ovo pitanje uređeno u mnogim pravnim aktima, kako na međunarodnoj i europskoj, tako i na nacionalnoj razini. Brojnost takvih pravnih akata upućuje na činjenicu

88 Donald J. Polden, Leah Jackson Teague, „More diversity requires more inclusive leaders leading by example in law organization“, *Hofstra Law Review* 48/2020, 686.

89 Deborah Foster, Natasha Hirst, *Legally Disabled? The career experiences of disabled people working in the legal profession, Full report of findings and recommendations*, Cardiff 2020, 57.

90 *Ibid.*, 58.

da svijest o važnosti adekvatne pravne regulative postoji. Međutim, unatoč potrebnim naporima na zakonodavnoj razini, kada se sagleda realna slika zaposlenosti osoba s invaliditetom u Republici Hrvatskoj, vidimo da i dalje postoje mnogobrojni problemi – nezaposlenost je u posljednjih nekoliko godina u porastu, osobe s invaliditetom koje su zaposlene i dalje su najčešće zastupljene u slabije plaćenim zanimanjima, poslodavci ponekad radije plaćaju kazne umjesto zapošljavanja osoba s invaliditetom, a diskriminacija je i dalje prisutna u društvu.

Gledajući posebno mogućnosti osoba s invaliditetom u pravničkoj struci, čini se da su one prilično ograničene. Dugotrajno školovanje, neprivaćni uvjeti rada, prostorna neprilagođenost, kao i neinkluzivnost same profesije dovode do stvarnosti da će osobi s invaliditetom biti teško ostvariti profesionalni uspjeh u ovom području i u većoj mjeri negoli u drugim područjima rada. Vjerojatno se upravo zbog prethodne svijesti o ovakvoj realnosti mali broj osoba uopće odlučuje za pravnu profesiju. Ipak, mora se istaknuti i gore navedena pozitivna statistika o zaposlenim osobama s invaliditetom u javnoj upravi. S druge strane, unatoč nedostupnosti takvih podataka, dalo bi se pretpostaviti da je udio, primjerice, odvjetnika s invaliditetom puno manji.

Iz svega navedenog proizlazi da, unatoč dobro postavljenim pravnim temeljima za poticanje uključivanja i jednakosti pri zapošljavanju i radu osoba s invaliditetom, rezultat u stvarnosti i dalje ostaje nezadovoljavajući – posebice kada se radi o pravničkoj struci. Rješavanju ovog problema stoga bi se trebalo pristupiti iz nekoliko različitih perspektiva, od kojih je potrebno poseban naglasak staviti na praktična rješenja. Osim toga, potrebno je osigurati pravilno provođenje aktualnih zakona prije nego li se krene na potencijalne izmjene. Nadalje, iako će se možda manji broj osoba s invaliditetom odlučiti na bavljenje pravom, bitno je da im je ta mogućnost uvijek otvorena, a sam rad maksimalno olakšan, pri čemu bi se prvenstveno trebalo voditi pozitivnim stranama zapošljavanja osoba s invaliditetom koje, unatoč preprekama, ne izostaju.

Martina Tičić, LL.M.

Teaching Assistant at the University of Rijeka, Faculty of Law

PERSONS WITH DISABILITIES IN THE LEGAL
PROFESSION: PERSPECTIVE OF THE
REPUBLIC OF CROATIA

Summary

One of the most common problems for people with disabilities is employment, since prejudice, limited abilities and practical reasons significantly influence their employability. Despite the recognition of this problem, as well as the fact that many legal acts have been adopted that regulate this issue, the effect of legal provisions and numerous adopted strategies remains questionable. This paper thus investigates the position of persons with disabilities in the Republic of Croatia, focusing primarily on the representation and the possibility of advancement of such persons in the legal profession, which in general can be described as insufficiently inclusive. The paper first analyses the relevant legal framework, taking into account both national and international sources. Afterwards it illustrates the reality of the possibilities and difficulties faced by persons with disabilities in the legal profession. Based on the conducted analysis, it is concluded that the general issue of employment and inclusion of persons with disabilities is sufficiently regulated by law; however, spatial, psychological and social barriers can still lead to unsatisfactory results.

Key words: *Disability. – Persons with disabilities. – Possibility of employment. – Legal profession. – Republic of Croatia.*

LITERATURA

Babić, Z., Leutar, Z., „Položaj osoba s invaliditetom na tržištu rada Republike Hrvatske“, *Socijalna Ekologija Zagreb* 19/2010.

Dunlop, S., Gassman-Pines, J., „Why the legal profession is the nation's least diverse (and how to fix it)“, *Mitchell Hamline Law Review* 47/2020.

- Foster, D., Hirst, N., *Legally Disabled? The career experiences of disabled people working in the legal profession, Full report of findings and recommendations*, Cardiff 2020.
- Gibson, B., „Affirmative Reaction: The Blue print for Diversity and Inclusion in the Legal Profession After SFFA“, *Boston University Law Review* 104/2024.
- Grbić, S., „Pravni transplant i razvoj prava: Zaštita prava osoba s invaliditetom i Europska konvencija o ljudskim pravima“, *Harmonius* 2019.
- Grbić, S., Bodul, D., Smokvina, V., „Diskriminacija osoba s invaliditetom i njihova uključenost u društvo s naglaskom na pravo pristupa sudu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 33/1991.
- Grgurev, I., „Dosezi razumne prilagodbe (u domaćem, anglosaksonskom i pravu Europske unije)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 70/2020.
- Heka, L., Szondi Hekáné, I., Patyi, Z., „Stavovi mađarskih i hrvatskih studenata o pravnoj profesiji i motivi upisa na studij prava“, *Pravni vjesnik* 38/2022.
- Hilton, T., Migdal, S., „Why clients need, rather than want, lawyers „, *International Journal of the Legal Profession* 12/2005.
- Jurišić, D., „Osobe s invaliditetom i ravnopravan život u zajednici“, *Epoha zdravlja: glasilo Hrvatske mreže zdravih gradova* 14/2021.
- Kiš-Glavaš, L., „Aktivnosti i prepreke u zasnivanju radnog odnosa za osobe s invaliditetom“, *Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja* 45/2009.
- Leutar, Z., Buljevac, M., „Zaposlenost osoba s invaliditetom u Hrvatskoj i zemljama Europske unije“, *Društvena istraživanja: časopis za opća društvena pitanja* 21/2012.
- Manninen, H., „Between Disruption and Regulation – How Do Lawyers Face Digitalisation?“, *Law and Digitalisation: Rethinking Legal Services* (eds. R. Koulu, J. Hakkarainen), University of Helsinki Legal Tech Lab publications, Helsinki 2018.
- Marinić, M., „Jesu li osobe s invaliditetom „Invalidi“? Pitanje konceptualne naravi, ali i potreba izjednačavanja mogućnosti“, *Društvena istraživanja Zagreb* 17/2008.

- Mihanović, V., „Invaliditet u kontekstu socijalnog modela“, *Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja* 47/2011.
- Nicolson, D., „Demography, discrimination and diversity: a new dawn for the British legal profession?“, *International Journal of the Legal Profession* 12/2005.
- Polden, D., Jackson Teague, L., „More diversity requires more inclusive leaders leading by example in law organization“, *Hofstra Law Review* 48/2020.
- Robson, P. *et al.*, „Perception of lawyers – a transnational study of student views on the image of law and lawyers“, *International Journal of Legal Profession* 12/2005.
- Zovko, G., „Invalidi i društvo“, *Revija za socijalnu politiku* 6/1999.

Article history:

Received: 24. 9. 2024.

Accepted: 20. 11. 2024.

Dr. Igor Vuković*

KRIVIČNO DELO NADRILEKARSTVA I NADRIAPOTEKARSTVA (ČL. 254 KRIVIČNOG ZAKONIKA)

Razvoj konvencionalne medicine kroz istoriju pratila je i pojava nadrilekarstva. S jedne strane, ljudi su u nedostatku školovanih lekara svejedno imali potrebu za lečenjem, koje je uglavnom bilo dostupno samo od nekvalifikovanih lica. S druge strane, ova potreba generisala je pohlepu i često obmanjivanje u pogledu očekivanog uspeha u lečenju. To je uslovalo da u većini zakonodavstava ova pojava bude predviđena kao krivično delo. Međutim, sa ozakonjenjem u sve većoj meri postupaka tzv. komplementarne (alternativne) medicine, čiji su metodi manje naučno dokazani, stav prema nadrilekarstvu donekle se menja. Autor primećuje dalje naročito sporan domašaj radnje „pružanja drugih medicinskih usluga“, budući da se time pod okvir inkriminacije podvode i akti ne samo lečenja već i medicinske pomoći i nege. Srpsko pravo kažnjivim smatra i nadriapotekarstvo, koje se definiše kao spravljanje ili izdavanje lekova bez odgovarajuće stručne spreme. Ova inkriminacija takođe pokreće značajna pitanja, na koja autor nastoji da pruži odgovor. U zaključku se konstatuje da se prema činjeničnom stanju situacije nadrilekarstva često mogu podvesti pod krivično delo prevare.

Ključne reči: *Nadrilekarstvo. – Nadriapotekarstvo. – Komplementarna i alternativna medicina. – Duhovno lečenje*

Prema Zakonu o zdravstvenoj zaštiti (čl. 160, st. 1),¹ zabranjeno je obavljanje zdravstvene delatnosti od strane lica koja se u smislu ovog zakona ne smatraju zdravstvenim radnicima i zdravstvenim saradnicima. Srpsko krivično zakonodavstvo poznaje nekoliko delikata koji štite od neovlašćenog postupanja u sferi zdravlja, s tim što se dva

* Autor je redovni profesor na Univerzitetu u Beogradu – Pravnom fakultetu, igorvu@ius.bg.ac.rs (Republika Srbija).

1 Zakon o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 25/19.

takva dela (istina, sadržana u istom članu) odnose na zdravlje ljudi (nadrilekarstvo i nadriapotekarstvo [čl. 254 Krivičnog zakonika])², dok se treće, sadržano u sporednom krivičnom zakonodavstvu (Zakonu o veterinarstvu)³, tiče zdravlja životinja.

Iako su, na prvi pogled, sa napretkom konvencionalne medicine prestali da postoje glavni razlozi koji su usloveli masovan razvoj nadrilekarstva u XIX veku, mnogi od njih opstali su i do danas. Nakon revolucionarnih medicinskih otkrića na planu antibiotika i vakcina medicinski progres kao da je usporio, a za mnoge teške bolesti (pre svih rak) još uvek nema leka. Zbog toga pacijenti često smatraju da ne mogu ništa da izgube primenom alternativnih metoda lečenja,⁴ što ih u stanovništvu čini privlačnim.

Nadrilekarstvo i nadriapotekarstvo za objekt zaštite imaju narodno zdravlje. Objektivno je opasno da u lečenju ljudi učestvuju lica koja za to nisu obučena, budući da se moguće štetne posledice takvih nestručnih zahvata direktno održavaju na dobrobit pacijenata. Sličan delikt naročito je imao opravdanje u vremenu pre Drugog svetskog rata,⁵ kada je seoskom stanovništvu bila dostupnija medicinska pomoć sunarodnika koji su važili za poznavaoce *narodne medicine*, dok su obrazovani lekari predstavljali retkost. Iako su neki i od takvih narodnih lekova pokazivali uspeh u lečenju, bilo je dosta i opasnih praznoverica,⁶ što je i uslovalo nastanak inkriminacije.

I pored toga što je, prema nekom opštem utisku, nadrilekarstvo u vidu delovanja različitih samozvanih iscelitelja vrlo rasprostranjeno u našoj sredini, ova dela retko dolaze pod udar krivičnog pravosuđa. Tako je u 2022. godini za nadrilekarstvo i nadriapotekarstvo bilo

2 Krivični zakonik – KZ, *Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.

3 Zakon o veterinarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 91/05, 30/10, 93/12 i 17/19.

4 Maxwell J Mehlman, „Quackery“, *American Journal of Law & Medicine* 2–3/2005, 351.

5 U Srbiji se predlog inkriminisanja nadrilekarstva prvi put našao u Projektu kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju iz 1910. godine. Prema čl. 176, st. 1, ko se bespravno izdaje za lekara ili uopšte, nemajući stručne spreme, leči ljude, kazniće se zatvorom ili novčanom kaznom do 2000 dinara (vid. *Projekat i motivi Kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju*, Službeno izdanje Ministarstva pravde, Beograd 1910, 45).

6 Mihailo Čubinski, *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Izda-vačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1930, 402.

prijavljeno samo pet (punoletnih) lica, ali nijedno od njih nije osuđeno.⁷ Slični su i podaci za prethodne godine,⁸ što govori da je ova pojava do sada ostala izvan naročite paske krivičnog pravosuđa.

U nekom uobičajenom značenju, nadrilekarstvo podrazumeva vršenje lečenja uz primenu nepotvrđenih medicinskih praksi od strane lica koja nemaju stručnu kvalifikaciju, formalnu dozvolu od strane odgovarajuće institucije i neophodno znanje koje se zahteva za određenu granu medicine. Ono je često praćeno prevarnom namerom, budući da pružaoci takvih usluga idu za pribavljanjem finansijske ili druge koristi. Prema istraživanjima, osnovni razlog takve pojave u društvu je loše ekonomsko stanje i visoki troškovi zdravstvenih usluga, ali i neinformisanost građana, koji otuda često postanu žrtve prevarnih akata.⁹

Nadrilekarstvo je predviđeno kao kažnjivo, i to u gotovo identičnim odredbama, i u zakonodavstvima bivše SFRJ: Crnoj Gori (čl. 293 Krivičnog zakonika),¹⁰ Hrvatskoj (čl. 184 Kaznenog zakona),¹¹ Republici Srpskoj (čl. 199 Krivičnog zakonika),¹² Federaciji BiH (čl. 233 Krivičnog zakona),¹³ Severnoj Makedoniji (čl. 209 Krivičnog zakonika).¹⁴

7 Vid. *Saopštenje republičkog zavoda za statistiku*, br. 184, 6, 10 (<https://publikacije.stat.gov.rs/G2023/Pdf/G20231184.pdf>).

8 Vid. *Bilten 689, Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2021. Prijave, optuženja i osude*, Republički zavod za statistiku 2022, 20, 70 (<https://publikacije.stat.gov.rs/G2022/Pdf/G20225689.pdf>).

9 Ali Amir-Azodi *et al.*, „Causes and consequences of quack medicine in health care: a scoping review of global experience“, *BMC Health Services Research* 2024, 10.

10 Ko se bez odgovarajuće stručne spreme bavi lečenjem ili pružanjem drugih medicinskih usluga, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do dve godine.

11 Prema ovom propisu odgovara (zatvorom do jedne godine) onaj ko se, nemajući propisanu stručnu spremu, bavi lečenjem ili pružanjem druge medicinske pomoći.

12 Ko se suprotno propisima neovlašćeno bavi lečenjem ili pružanjem drugih medicinskih usluga, kazniće se zatvorom do dve godine i novčanom kaznom.

13 Kažnjivo je (zatvorom do jedne godine i novčanom kaznom) ko se, nemajući propisanu stručnu spremu, neovlašćeno bavi lečenjem ili drugom zdravstvenom delatnošću.

14 Bavljenje bez propisane stručne spreme lečenjem ili pružanjem medicinske pomoći, kažnjava se zatvorom do jedne godine i novčanom kaznom.

1. KRIVIČNO DELO NADRILEKARSTVA

Prema čl. 254, st. 1 Krivičnog zakonika, novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine kazniće se onaj ko se bez odgovarajuće stručne sprema bavi lečenjem ili pružanjem drugih medicinskih usluga. U našem ranijem (jugoslovenskom) krivičnom zakonodavstvu (do donošenja Krivičnog zakonika) ovo delo bilo je razdvojeno od nadriapotekarstva i imalo je teži oblik ako je bilo učinjeno iz koristoljublja (vid. čl. 128 Krivičnog zakona Republike Srbije)¹⁵, što danas nije propisano. Pre toga, u predratnom pravu pa sve do izmena i dopuna Krivičnog zakonika iz 1959. godine bilo je kažnjivo lečenje bolesnika „u vidu zanata ili za nagradu“¹⁶

Radnja dela je „bavljenje“ lečenjem ili pružanjem drugih medicinskih usluga. U našoj starijoj doktrini delikti bavljenja tumačili su se kao vid kolektivnog krivičnog dela. Ova konstrukcija podrazumevala je da učinilac sa jednom ili sa više (ponovljenih) radnji ostvari određeni zabranjeni opis, uz nužno postojanje odgovarajućeg subjektivnog sadržaja, koji se kod nadriplekarstva tumačio kao vršenje dela u vidu zanata, to jest uz spremnost ponavljanja radnje. Zato ne iznenađuje da je za ostvarenje takvih delikata smatrano dovoljnim da učinilac učini radnju dela i samo jedanput, ako je prema okolnostima moglo da se dokaže da je imao nameru (spremnost) da istu radnju vrši i u budućnosti.¹⁷ Tako se u poznatom komentaru Krivičnog zakona Srbije grupe autora iz jugoslovenskog vremena konstatuje „da je za ostvarenje ove radnje izvršenja bitno da je izvršilac postupao sa spremnošću da inkriminisane radnje ponavlja, a nije od značaja da li je izvršio samo

15 Krivični zakon, *Službeni glasnik SRS*, br. 26/77, 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 06/89 i 42/89, *Službeni glasnik RS*, br. 16/90, 21/90, 49/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/02, 11/02, 80/02, 39/03 i 67/03.

16 Prema Krivičnom zakoniku za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca od 1929. godine (vid. čl. 262), delo je imalo teži oblik ako se nestručno lice pritom i bespravno izdavalo za lekara.

17 Vid. Igor Vuković, *Takozvana kolektivna krivična dela – obuhvat i opravdanje, Kaznena reakcija u Srbiji. Deo XII*, Beograd 2022, 97. Na takvu nameru nekada ukazuju okolnosti dela (npr. činjenica da je okrivljeni za bavljenje nedozvoljenim pobačajima [vid. čl.120, st. 2 KZ] nabavio abortivna sredstva za planirani veći broj zahvata). Uslov spremnosti se u pogledu pojedinačnog preduzimanja radnje tražio i kod krivičnog dela nadriplekarstva (vid. presudu Vrhovnog suda, IJK 78/88 od 7.3.1988, *Intermex*).

jednu ili više radnji¹⁸. Ovaj stav je kod sličnih delikata bio vladajući i u ondašnjoj sudskoj praksi,¹⁹ a sreće se i danas u uporednom pravu.²⁰

Druga karakteristika konstrukcije ovog tipa (kolektivnog dela u vidu zanata) podrazumevala je da se radnje vrše u cilju pribavljanja prihoda. Stoga je koristoljubivost, u neku ruku, činila njenu suštinu. Tako u jednoj odluci iz jugoslovenskog prava, gde je okrivljeni bio optužen da je nadrilekario u vidu zanata, a gde ga je drugostepeni sud bio oslobodio optužbe, ukazujući da ovaj nije primao nagradu za davanje injekcija i da nije radio u vidu zanata jer nije davao injekcije radi pribavljanja izvora prihoda, Savezni vrhovni sud potvrđuje takvo objašnjenje: „Da bi postojalo krivično delo u vidu zanata potrebno je da je izvršilac bio gotov na redovno ponavljanje dela radi pribavljanja izvora prihoda (tj. za zaradu). Zato sama gotovost za ponavljanje dela ili samo ponavljanje istih bez motiva da se pribavi izvor prihoda, ne predstavlja vršenje dela u vidu zanata.“²¹ Takav utisak se stiče i iz analize uporednih definicija nadrilekarstva, koje po pravilu insistiraju na obeležju sticanja profita.²²

Ipak, napuštanjem konstrukcije kolektivnog krivičnog dela u zakonodavstvu, nakon donošenja Krivičnog zakonika od 1959. godine,

- 18 Božidar Kraus, *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine* (ur. N. Srzentić), Savremena administracija, Beograd 1986, 421.
- 19 Tako je, na primer, u pogledu *bavljenja krijumčarenjem* (danas čl. 236, st. 1 KZ) zajednička sednica Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda tumačila da ovo delo može da se izvrši i „jednim prenošenjem robe preko carinske linije izbegavanjem mere carinskog nadzora, kada se utvrdi da je kod učinioca postojala namera da se bavi takvom delatnošću“ (21. sednica od 2.6.1983, Sarajevo, *Ing-Pro*).
- 20 Tako je u austrijskoj doktrini vladajuće mišljenje da krivično delo nadrilekarstva (§ 184 *öStGB*), kao kolektivno delo u vidu zanata može da se dovrši i na osnovu samo jednog nadrilečenja, uz uslov da je učinilac planirao da leči veći broj ljudi. Ovaj zahtev dokazivao bi se na temelju npr. opremanja ordinacije za prijem pacijenata, nabavke skupih medicinskih aparata, oglašavanja delatnosti itd. (vid. Christoph Mauerhofer, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 169–187* [Hrsg. F. Höpfel, E. Ratz], Wien 2007², 80).
- 21 U konkretnom slučaju je izvedenim dokazima bilo utvrđeno da okrivljeni ne samo da nije ništa naplaćivao za intramuskularno i intravenozno davanje injekcija, već da je odbijao svaku nagradu kada mu je ona bila nuđena (presuda SVS, Kz 118/54 od 6.11.1954, *Zbirka odluka vrhovnih sudova donetih u krivičnom i građanskom sudskom postupku 1953–1955*, Savremena administracija, Beograd, 1957, 93–94).
- 22 Vid. M. J. Mehlman, 357.

radnje bavljenja se u literaturi više ne tumače u tom pravcu. Da bi se neko „bavio“ nekom delatnošću neophodno je da odnosna aktivnost bude preduzeta barem dvaput. To jest, bavljenje nečim se tumači kao višekratnost i podrazumeva izvesno ponavljanje odnosne delatnosti u vremenu. Tako se uglavnom razmišlja i u novijoj sudskoj praksi,²³ iako se u tom smislu sreću i izuzeci.²⁴ Međutim, u pogledu subjektivnog uslova iz stare konstrukcije kolektivnog krivičnog dela stvari nisu tako jednostavne. Kod više krivičnih dela sa radnjom bavljenja, domaći sudovi, uključujući tu i Vrhovni sud, i dalje insistiraju na uslovu spremnosti da se radnje ponove,²⁵ odnosno nameri ponavljanja. Tako se u jednoj odluci koja se ticala upravo nadrilekarstva konstatuje da ono „podrazumeva bavljenje lečenjem ili pružanjem medicinskih usluga bez odgovarajuće stručne sprema za koje krivično delo mora biti dokazano da nije samo jednom izvršeno, već da po zakonskom određenju bavljenje kao trajna odrednica podrazumeva kontinuirano delovanje kroz više navrata u spremnosti da se ta radnja ponovi, a pri tome pobuda zbog kojih se takve radnje vrše ne predstavlja zakonski element dela, pa za preduzimanje lečenja ili pružanja medicinskih usluga nije bitno da li se čini bez ili uz nagradu“.²⁶ I u domaćim komentarima se zahteva višekratnost postupanja, uz konstataciju da je ono „po pravilu praćeno spremnošću učinioaca da tu delatnost ponavlja“.²⁷ Međutim, kako se takva spremnost u opisu izričito ne pominje, ne treba je posebno utvrđivati i dokazivati. U nekim odlukama se bavljenje vezuje za „duži vremenski period“, što nije neophodno, iako stoji činjenica da uslov višekratnog preduzimanja radnje često nije jednostavno dokazati.²⁸

23 Tako u primeru pomenutog dela krijumčarenja, kod kojeg se učinilac „bavi prenošenjem robe preko carinske linije“ uz izbegavanje mera carinskog nadzora, sud u jednom slučaju (presuda VKS, Kzz 364/18 od 27.3.2018, *Ing-Pro*) zahteva da se „u više navrata vrši prevoz robe“.

24 U jednoj odluci sud tako objašnjava da „kada se roba prenosi samo jedanput, onda bavljenje može postojati samo u slučaju ako je učinilac imao nameru da se i ubuduće bavi takvom delatnošću, što je već pitanje činjeničnog stanja“ (presuda VKS, KZZ 65/11 od 19.10.2011, *Paragraf Lex*).

25 Vid. I. Vuković (2022), 102.

26 Presuda Višeg suda u Užicu, Kž 124/18 od 11.7.2018, *Ing-Pro*.

27 B. Kraus, 421; Ljubiša Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika*, Pravni fakultet Union, Beograd 2011², 801.

28 Vid. rešenje o odbacivanju krivične prijave Kt 2544/18 od 15.6.2020 (D. Milovanović, „Krivično delo nadrilekarstvo“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 1/2022, 231–232).

Može biti zanimljivo pitanje da li preduzimanje više radnji lečenja pretpostavlja postojanje isključivo više pacijenata, ili bi se to odnosilo i na jednog pacijenta kojem se u više navrata pruža pomoć? Kod po obeležjima sličnog dela nadripisarstva (vid. čl. 342 KZ) obavljanje jednog pravnog posla za račun više lica se u našoj starijoj praksi nije tumačilo kao radnja bavljenja,²⁹ što bi i u slučaju lečenja podrazumevalo da postoji više različitih žrtava. U nekim stranim zakonodavstvima se u tom smislu i izričito zahteva da je delo bilo učinjeno prema „većem broju ljudi“ (§ 184 öStGB), što, međutim, kod nas nije slučaj. S obzirom da pojam bavljenja u savremenom razumevanju podrazumeva isključivo ponavljanje akata (lečenja), jezičko tumačenje bi dopustilo da se radi i o samo jednoj žrtvi. Ipak, imajući u vidu da tretiranje nekog bolesnog stanja često podrazumeva više radnji nadri/lečenja, kriminalno-politički je smisljeno zahtevati da se u odnosu na isto lice u više različitih prilika leče različite bolesti, a ne tek jedna ista bolest kroz više tretmana.

U pogledu dobijanja *nagrade*, ili bar zahtevanja uslova da postoji kakva koristoljubiva pobuda, u literaturi,³⁰ a kako smo videli i u praksi,³¹ danas uglavnom nema nedoumica da neovlašćeno lečenje ne mora da bude uz neku naknadu ili koristoljubivu pobudu učinioca. Na takav ishod ukazuje i to što je prethodni opis nadržilekarstva (pre donošenja Krivičnog zakonika 2006. godine) predviđao tek teži oblik ako je delo bilo učinjeno iz koristoljublja, iz čega se može zaključiti da osnovni oblik bavljenja lečenjem bez odgovarajuće stručne spreme takav uslov nije podrazumevao ni prema prethodnim pravnim pravilima. Na takav zaključak, uostalom, upućuje i delo nadripisarstva, kod kojeg se danas, pored „neovlašćenog bavljenja pružanjem pravne pomoći“, ipak kumulativno zahteva da to bude učinjeno „uz naknadu“. Kako takvog izričitog zahteva kod nadržilekarstva nema, jasno je da se delo ostvaruje i bez dobijanja ili očekivanja nagrade.

Učinioc delo se mora baviti „lečenjem ili pružanjem drugih medicinskih usluga“. U literaturi se radnja lečenja uglavnom tumači u smislu postavljanja dijagnoze i određivanja i primene terapije.³² Prema

29 Presuda Vrhovnog vojnog suda Kž 49/68 od 27.12.1968, *Intermex*.

30 Bora Čejović, *Krivično pravo u sudskoj praksi. Posebni deo*, Jugoslovenski centar za produktivnost rada, Beograd 1986, 600; Lj. Lazarević, 801.

31 Vid. fn. 26.

32 Lj. Lazarević, 801; Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd 2020¹⁰, 846.

ovom većinskom gledištu, lečenje bi podrazumevalo prevashodno kako one radnje i postupke kojima je cilj otkrivanje i prepoznavanje bolesti na osnovu određenih simptoma (dijagnostika), tako i preporučivanje odgovarajućih mera kojim bi se ublažili ili otklonili simptomi i vaspstavilo bolešću narušeno stanje zdravlja (terapija). Davanje dijagnoze po pravilu podrazumeva odgovarajući fizički pregled pacijenta i uzimanje određenih informacija o njegovom zdravstvenom stanju (istoriji bolesti). Određivanje dijagnoze često pretpostavlja i vršenje odgovarajućih dijagnostičkih testova (krvi, urina, snimanja tela itd.). Za različite dijagnostičke postupke karakteristična je upotreba različitih instrumenata, aparata i uređaja (medicinskih sredstava), koji mogu biti i šarlatanski. Štaviše, nadržilečenje različitim spravama i uređajima sa navodno „životodavnom“ energijom u nekoj skorijoj prošlosti predstavljalo je jednu od centralnih sfera zanimanja prevaranata u ovoj materiji.³³ Kao primeri terapijskih postupaka kojima bi se ostvarivao opis u literaturi se navode: propisivanje nekih medikamenata, preduzimanje nekih zahvata na telu, davanje saveta u pogledu npr. režima ishrane itd.³⁴ Lečenje redovno predstavlja komplementarnu aktivnost, koja se odvija uz prethodno davanje dijagnoze i kasnije određivanje terapije. Ipak, to ne bi bilo neophodno. Tako se prema nekim odlukama iz uporednog prava (austrijskog) već pregledanje bolesnika (npr. pregled oka tzv. iridoskopom) tumači kao nadržilekarska delatnost.³⁵ Prema manjinskom gledištu u našoj literaturi, dejstvo ostvarivanja opisa bi prevashodno imalo određivanje terapije, dok bi se u pogledu davanja dijagnoze ostvarenost dela imala vrednovati od slučaja do slučaja.³⁶

U domaćem zakonodavstvu ne postoje norme koje jasno definišu šta bi sve spadalo u radnje lečenja. Prema Zakonu o zdravstvenoj zaštiti, zdravstvena zaštita obuhvata „sprovođenje mera i aktivnosti za očuvanje i unapređenje zdravlja državljana Republike Srbije, sprečavanje, suzbijanje i rano otkrivanje bolesti, povreda i drugih poremećaja zdravlja i blagovremeno, delotvorno i efikasno lečenje, zdravstvenu negu i rehabilitaciju“. Ova sintagma, koja se uz manje varijacije ponavlja kroz ceo ZZZ, naglašava da se zdravstvena zaštita ostvaruje kroz vidove dijagnostike, lečenja, zdravstvene nege i rehabilitacije (čl. 2, st. 2), dok se u kontekstu načela sveobuhvatnosti zaštite pominju još i ak-

33 Vid. npr. „Quackery in California“, *Stanford Law Review* 2/1959, 265.

34 Lj. Lazarević, 801.

35 C. Mayerhofer, 80.

36 B. Kraus, 421.

tivnosti na planu promocije zdravlja i prevencije bolesti (vid. čl. 22). U svakom slučaju, stiče se utisak da pojam lečenja iz ZZZ ima krajnje ograničeni obuhvat, koji pre odgovara manjinskom gledištu koje radnju dela sužava na određivanje terapije.

Opređeljivanje za jedno od dva rešenja nema specifičnu težinu, imajući u vidu da je kao moguća radnja predviđeno i „pružanje drugih medicinskih usluga“. Šta bi ovde sve spadalo, nedovoljno je određeno. Pojedini autori, u tom smislu, prave paralelu sa radnjama kod krivičnog dela nesavesnog pružanja lekarske pomoći (čl. 251 KZ), kod kojeg se na planu odgovornosti pravi razlika između pružanja „lekarske pomoći“ (st. 1), gde se razni vidovi nesavesnog lečenja vezuju samo za lekara kao izvršioca, i pružanja medicinske pomoći i nege, koje bi se odnosilo na eventualnu nesavesnost „drugog zdravstvenog radnika“ (st. 2). Stoga bi se po ovom mišljenju i u slučaju nadržilekarstva pod lečenjem razumele delatnosti koje načelno obavlja lekar, dok se pod pružanjem drugih medicinskih usluga misli na aktivnosti koje načelno obavljaju medicinske sestre, babice, negovatelji i sl.³⁷ Kao primeri takvih radnji (koje ne predstavljaju lečenje) u literaturi se navode: previjanje rana, saniranje preloma ruke, pomaganje pri porođaju, itd.³⁸ U jugoslovenskoj sudskoj praksi su se u tom smislu naročito sretali davanje injekcija, vađenje zuba i obrezivanje,³⁹ s tim što bi iz ugla aktuelnog opisa vađenje zuba kao osnovna delatnost lekara-stomatologa danas nesumnjivo predstavljala vid lečenja. U svakom slučaju, korišćenjem različitih izraza („medicinske pomoći i nege“ u čl. 251 KZ i „drugih medicinskih usluga“ u čl. 254 KZ) zakonodavac je nepotrebno zakomplikovao tumačenje kriminalne zone nadržilekarstva.⁴⁰ U prethodnom krivičnom zakonu⁴¹ govorilo se o pružanju „medicinske pomoći“, što je jasnije ukazivalo na delatnost ne-lekarskog zdravstvenog osoblja.

37 Z. Stojanović, 846.

38 Lj. Lazarević, 801.

39 Presuda Vrhovnog suda BiH, Kž 589/68 od 25.11.1968. (vid. B. Čejović, 599–600). Treba primetiti da su u jugoslovenskoj sudskoj praksi i neki vidovi medicinske (babičke) pomoći tumačeni kao lečenje, istina, u vreme kada je zakonski opis obuhvatao samo radnju lečenja (vid. Slavko Jovanović, „Da li ukazivanje porodiljama babičke pomoći uz nagradu od strane lica koje nema propisanu stručnu spremu predstavlja krivično delo nadržilekarstva iz čl. 205 KZ“, *Pravni život* 2/1952, 4–5).

40 S pravom Jelena Šantrić, „Nadržilekarstvo“, *Branik* 3–4/2008, 88.

41 Vid. čl. 128 Krivičnog zakona RS (Službeni glasnik SRS, br. 26/77, 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 06/89 и 42/89 i Službeni glasnik RS,

Kako nadrilekarstvo ostvaruje lice koje nema odgovarajuće medicinsko obrazovanje, ostvarenje opisa radnjom lečenja svakako ne podrazumeva preduzimanje delatnosti koje bi počivale na naučno-medicinskom standardu. Sporno je, međutim, da li u tom smislu postoji neki donji prag potencijalnih radnji, kako lečenja tako i pružanja drugih medicinskih usluga, budući da obavljanje nekih delatnosti (npr. previjanje ili stavljanje obloga, merenje krvnog pritiska ili temperature) pretpostavlja pre opštu informisanost nego neko specijalizovano stručno znanje? Osim toga, takve radnje, nezavisno od toga što ih preduzima laik, tipično ne nose nikakvu relevantnu opasnost po pacijenta. Kako se nega bolesnih u kućnim uslovima od strane najbližih srodnika teško može i zamisliti bez slične pomoći i nege, postoji osnovan interes da one ostanu nekažnjive.

Tu bi od pomoći bilo obeležje „odgovarajuće stručne spreme“, s obzirom na to da bi u obzir za krivičnu odgovornost došle samo one radnje čije vršenje pretpostavlja stručnu obučenost. Drugim rečima, neki socijalno uobičajeni akti lečenja i nege, koji po pravilu ne zahtevaju naročito stručno obrazovanje, na taj način bi ostali izvan kriminalne zone. Tako i austrijski zakonodavac, istina ograničavajući odgovornost lekara a ne drugih zdravstvenih radnika, u opisu krivičnog dela nadrilekarstva (§ 184 *öStGB*) smatra kažnjivim samo one aktivnosti koje se vezuju za lekare (*die den Ärzten vorbehalten ist*), gde bi prema prihvaćenom standardu, zasnovanom na objektivnom kriterijumu, bilo odlučno da li se za sprovođenje primenjene metode lečenja tipično zahteva upravo stručno znanje.⁴²

Iako naziv dela upućuje isključivo na nadrilekara kao potencijalnog izvršioca, ono se može ostvariti i vršenjem drugih medicinskih radnji bez odgovarajuće stručne spreme. U slučaju radnje lečenja izvršiocom se smatra lice koje nema diplomu završenog medicinskog ili stomatološkog fakulteta (makar to bili studenti), dok se u pogledu učinioca koji pruža druge medicinske usluge radi o licu koje nema odgovarajuću visoku ili srednju stručnu spremu koju imaju zdravstveni tehničari, medicinske sestre ili babice.⁴³ Može se raditi kako o licu

br. 16/90, 21/90, 49/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/02, 11/02, 80/02, 39/03 i 67/03).

42 Gerhard W. Huber, Jakob Dietrich, „Geistheiler und Energetiker im Lichte des Arzttvorbehalts“, *Recht der Medizin* 6/2018, 281.

43 Z. Stojanović, 847.

koje nema nikakvo medicinsko obrazovanje (priučenom laiku), tako i o onom ko ima okončanu neku drugu školu, po usmerenju moguće čak i blisku (npr. diplomirani farmaceut). Međutim, ako je lice završilo medicinski ili stomatološki fakultet odnosno odgovarajuću srednju stručnu školu ono ne bi predstavljalo učinioca, budući da shodno zakonskom obeležju ipak poseduje odgovarajuću stručnu spremu. Stoga npr. ginekološko-akušerska sestra (babica) ne bi odgovarala za ovo delo i kada pomaže u obavljanju porođaja u kućnim uslovima.⁴⁴ S obzirom da je kriterijum valjane stručne spreme okončano školovanje odgovarajućeg stepena,⁴⁵ ne bi odgovaralo lice koje nikada nije radilo u struci ili se nije bavilo lečenjem dugi niz godina, kao što, obrnuto, odgovarajuću spremu (izvan aktivnosti unutar praktične nastave) ne bi imao student medicine ili stomatologije.

Treba primetiti da Zakon o zdravstvenoj zaštiti razlikuje zdravstvene radnike i zdravstvene saradnike. Zdravstveni radnici su kako lica koja imaju završene integrisane akademske studije zdravstvene struke (doktor medicine, doktor dentalne medicine, magistar farmacije i magistar farmacije-medicinski biohemičar), tako i medicinska sestra, zdravstveni tehničar i drugo lice sa završenom odgovarajućom visokom, odnosno srednjom školom zdravstvene struke. Uslov obavljanja zdravstvene delatnosti u zdravstvenoj ustanovi ili privatnoj praksi je obavljanje pripravničkog staža i polaganje stručnog ispita, kao i dobijanje odnosno obnavljanje licence (čl. 153, st. 1 i čl. 165, st. 1 ZZZ),⁴⁶ koju izdaje odgovarajuća komora zdravstvenih radnika (lebarska, stomatološka, farmaceutska, komora biohemičara, komora medicinskih sestara i zdravstvenih tehničara Srbije). Kako je uslov inkriminacije odgovarajuća stručna sprema a ne i pripravnički staž, stručni

44 U domaćem pravu mogućnost vršenja porođaja kod kuće nije zakonski regulisana (vid. Jelena Simić, Jelena Jerinić, „Pravo na porođaj kod kuće – izbor, a ne slučajnost – i neke pravne posledice“, *Pravni zapisi* 1/2014, 123). Iako školovana ginekološko-akušerska sestra ne bi odgovarala za takvu aktivnost, druga lica koja vrše babičku pomoć nisu izuzeta od odgovornosti.

45 Završene studije predstavljaju uslov odgovornosti za nadrilekarstvo i prema austrijskom pravu. Vid. Christian Bertel, Klaus Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II*, Springer, 2010⁹, 30).

46 Sistem medicinskih licenci nastao je u državi Njujork 1760. godine, kao način da se onemogućće neznalice i nestručna lica da ugrožavaju živote pacijenata. Vid. Michael H. Cohen, „Healing at the Borderland of Medicine and Religion: Regulating Potential Abuse of Authority by Spiritual Healers“, *Journal of Law and Religion* 2/2002–2003, 408).

ispit ili licenca, delo ne bi ostvario onaj ko leči u vremenskom periodu nakon diplomiranja do ispunjenja daljih uslova za obavljanje zdravstvene delatnosti.

U uporednom pravu sistem licenci nekada omogućava da se u njoj preciziraju radnje koje je zdravstveni radnik ovlašćen da obavlja, što bi se odnosilo i na odobrenja obavljanja delatnosti koje se svrstavaju u komplementarnu i alternativnu medicinu, a gde nekada izričito stoji da ovlašćeni subjekti nemaju pravo da daju dijagnozu i da leče bolesti u medicinskom smislu.⁴⁷ Međutim, domaće licence odnosno dozvole za obavljanje metoda i komplementarne medicine, izuzev navođenja oblasti zdravstvene zaštite za koju se licenca odnosno dozvola izdaju, ne sadrže neke druge napomene i bliža pojašnjenja ili ograničenja.

Zdravstveni saradnici (čl. 151, st. 1 ZZZ) su lica koja nemaju stečeno srednje ili visoko obrazovanje zdravstvene struke, ali koja učestvuju u obavljanju određenih poslova zdravstvene zaštite (prevencije, dijagnostike, terapije i rehabilitacije) u zdravstvenoj ustanovi, odnosno privatnoj praksi (npr. psiholozi, defektolozi, logopedi, socijalni radnici). Postavlja se pitanje da li bi preduzimanje i poslova koje obavljaju navedena lica moglo da se tumači kao nadržilekarstvo. Danas se sve više gubi razlika između duhovnih terapijskih praksi i npr. psihoterapeutskog lečenja,⁴⁸ koje primenjuje verbalne (razgovor) i neverbalne (npr. puštanje muzike) tehnike, naročito u lečenje psihičkih poremećaja. Oni, s jedne strane, po samoj definiciji očigledno nemaju obrazovanje zdravstvene struke, dok, s druge strane, ipak mogu da, shodno zakonu, obavljaju, između ostalog, i izvesne poslove u sferi dijagnostike i terapije, što, kako smo videli, načelno potpada pod lečenje. Iako inkriminacija formalno ne zahteva da se radi o strogo zdravstvenoj struci, ovo lica ipak načelno ne obavljaju delatnost lečenja, pa, imajući u vidu da učinilac ovde ipak nadržileči, ne bi se moglo prihvatiti da simuliranje obavljanja profesija neke ne-zdravstvene struke ostvaruje ovo krivično delo.

Nejasno je da li bi izvršilac mogao da bude i onaj ko ima završenu odgovarajuću školu opšte zdravstvene struke (medicinski ili stomatološki fakultet), ali ko nije prošao stručno usavršavanje neophodno da bi se specijalizirao u određenoj materiji (doktor medicine ili stomatologije koji nije okončao određenu specijalizaciju ili užu

47 *Ibid.*, 412.

48 *Ibid.*, 385.

specijalizaciju, lekar stažista, lekar specijalista koji se bavi lečenjem iz oblasti druge specijalnosti). Prema predratnoj doktrini, takvo lice moglo je predstavljati nadrilekara, nezavisno od diplome, ako se za obavljanje lekarske prakse tražio još neki uslov (npr. praktički staž).⁴⁹ Prema danas nesumnjivo vladajućem gledištu u domaćoj literaturi, takav lekar ne bi predstavljao nadrilekara, uz argument da „za lice koje ima opštu stručnu spremu ne može da važi pretpostavka da će nestručno vršiti posao lečenja“.⁵⁰ Takav lekar bi u slučaju pogoršanja zdravlja pacijenta nesavesnim lečenjem eventualno mogao da odgovara za nesavesno pružanje lekarske pomoći (čl. 251, st. 1 KZ).⁵¹

Slično navedenom, sporno je i da li bi delo postojalo ako bi diplomirani stomatolog obavljao lečenje koja se ne odnosi na fiziološka i patološka stanja usne duplje već drugih delova tela, gde ipak postoji manja obučenosť u odnosu na upoređiva opšta medicinska znanja diplomiranog doktora medicine, i obrnuto. Prema mišljenju iz predratne literature opis nadrilekarstva (ondašnjeg čl. 262 KZ SHS odnosno kasnije Kraljevine Jugoslavije) obuhvatao bi i takve situacije, budući da „zubni lekar, ako nije punopravni lekar, ne može lečiti bolesti“.⁵² S obzirom da i komplementarnu medicinu prema domaćem rešenju može da obavlja samo zdravstveni radnik koji se i dodatno edukovao, i ovde bi se postavilo isto pitanje – da li bi nadrilekarstvo ostvario onaj zdravstveni radnik koji primenjuje neku metodu komplementarne i alternativne medicine (KAM) bez takve dopunske obuke odnosno specijalizacije?

Čini nam se da ovde nije moguće dati odgovor a priori, nezavisno od konkretnih radnji lečenja koje se preduzimaju. Opšta zdravstvena struka neće, primera radi, biti od naročite pomoći ako lekar opšte prakse preuzme na sebe da druge operiše. Zakonodavac ovde ipak govori o postupanje bez odgovarajuće stručne spreme. Stoga je primernije takve situacije rešavati prema okolnostima konkretnog slučaja. Isto bismo zaključili i u pogledu primene metoda KAM bez odgovarajućeg stručnog osposobljavanja.

49 M. Čubinski, 403.

50 B. Kraus, 420–421.

51 Višnja Randelović, „Krivično delo nadrilekarstva u teoriji i sudskoj praksi“, *Pravni život* 9/2019, 242; Janko Đ. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Savremena administracija, Beograd 1956, 435.

52 M. Čubinski, 402.

Dilema bi se mogla pojaviti i u pogledu lekara kojem je zbog nekog ranijeg nesavesnog lečenja izrečena mera bezbednosti zabrane vršenja poziva, delatnosti ili dužnosti, ili disciplinska mera privremene zabrane samostalnog rada u obavljanju zdravstvene delatnosti.⁵³ Prema većinskom mišljenju delo ovde ne bi bilo ostvareno,⁵⁴ s tim što bi u prvom slučaju lekar eventualno odgovarao za krivično delo kršenja zabrane utvrđene merom bezbednosti (čl. 340a KZ). Prema jednom gledištu iz starije jugoslovenske literature takvo shvatanje se dovodi u pitanje, uz argument da se u takvo lice ne bi moglo pouzdati da će savsesno lečiti.⁵⁵ Većinsko mišljenje čini nam se prihvatljivije, budući da odgovarajuća stručna sprema ovde ipak postoji, dok bi kršenje zabrane povlačilo srazmernu pravnu posledicu.

Ostvarenje opisa se ne vezuje za vršenje privatne lekarske prakse bez odgovarajućeg odobrenja.⁵⁶ U tom slučaju nije isključeno ostvarenje krivičnog dela neovlašćenog bavljenja određenom delatnošću (čl. 353 KZ), s tim što treba imati u vidu da je domaći zakonodavac pružanje zdravstvene zaštite od strane zdravstvenog radnika van zdravstvene ustanove odnosno privatne prakse definisao kao prekršaj (vid. čl. 257 ZZZ). U slučaju da lekar ima odgovarajuću stručnu spremu dobijenu u inostranstvu, ali gde još uvek izostaje nostrifikacija diplome ili neki drugi formalni uslov, u starijoj literaturi je opravdano zastupan stav da opis ipak ne bi bio ostvaren, jer lice ipak ima odgovarajuću stručnu spremu.⁵⁷

Od potencijalnih osnova opravdanja najinteresantnije je isključenje protivpravnosti u okolnostima krajnje nužde i pristanka povređenog. U pogledu krajnje nužde (npr. lečenja povređenog u saobraćajnoj nezgodi ili stradalog u ratnim dejstvima) opravdanje načelno nije sporno dok god su ispunjene pretpostavke da je zahvatom otklonjena opasnost koja se na drugi način nije mogla otkloniti, a pri tom učinjeno zlo nije bilo veće od zla koje je pretilo (vid. čl. 20 KZ). S obzirom da pružanje pomoći povređenom ili ugroženom pod

53 Vid. čl. 43 Zakona o komorama zdravstvenih radnika, *Službeni glasnik RS*, br. 107/05, 99/10 i 70/17.

54 B. Kraus, 421; Lj. Lazarević, 802.

55 Ivica Kramarić, „Kriminološkopravni aspekti krivičnog djela nadriliječništva“, *Naša zakonitost* 11–12/1988, 1316.

56 J. Tahović, 435.

57 M. Čubinski, 403. U austrijskom pravu je za isključenje odgovornosti uslov da je u inostranstvu ostvaren *uporedivi* stepen formalnog medicinskog obrazovanja. Vid. C. Mayerhofer, 79.

određenim uslovima predstavlja i građansku dužnost (vid. čl. 127 KZ) u obzir naročito dolaze radnje pružanja tzv. prve pomoći (davanje di-sanja, masiranje srca itd.).

Pravno je zanimljivija problematika pristanka povređenog, budući da do pružanja medicinske pomoći po pravilu dolazi na inicijativu samog pasivnog subjekta. Iako je pacijent načelno vlastan da slobodno odlučuje o svemu što se tiče njegovog života i zdravlja (čl. 15, st. 1 Zakona o pravima pacijenata)⁵⁸, takvo odlučivanje pretpostavlja pravo pacijenta na odgovarajuće obaveštenje od nadležnog zdravstvenog radnika, „koje mu je potrebno kako bi doneo odluku da pristane ili ne pristane na predloženu medicinsku meru“ (čl. 11, st. 1 ZPP). Po prirodi stvari je sporno da li valjanu informaciju o rizicima zahvata može dati nestručnjak. Osim toga, pacijent načelno ne može svojim pristankom da isključi kažnjivost ponašanja lica koje, baveći se neovlašćeno lečenjem, apstraktno narušava opšte dobro narodnog zdravlja. Međutim, čak i u pogledu vlastitih dobara titular može svojim pristankom da opravda samo obične lake telesne povrede, a ni u kom slučaju ugrožavanje života i tela ozbiljnijih razmera. To je moguće samo u pogledu pravno valjanih medicinskih zahvata, što u pogledu nadržilečenja nije slučaj.⁵⁹

U nekim odlukama iz jugoslovenskog prava sudovi su donosili oslobađajuću presudu pozivajući se na institut neznatne društvene opasnosti (danas dela malog značaja iz čl. 18 KZ). Tako je u jednom primeru lečenja bioenergijom drugostepeni sud isključio postojanje krivičnog dela ukazujući da je okrivljeni „pomoću bioenergije liječio i izliječio teško oboljele ljude i postigao zavidan uspjeh. Motiv okrivljenika nije bio uzimanje novca već pružanje pomoći ljudima kojima je on (prema njihovim iskazima) bio poslednja šansa. Nikakve zahvate na tijelu ljudi nije poduzimao da bi kod njih izazvao bilo kakve tegobe. Štetne posledice nisu nastupile, već naprotiv, mnogi od svjedoka ističu kako su izliječeni od veoma teških bolesti“. Zanimljivo je primetiti da je sud u obrazlaganju svoje odluke pomenuo i izmenjeni stav društva prema ovoj pojavi, smatrajući da bi bilo neprihvatljivo da od više od 600 učesnika skupa o bioenergiji, održanog tih dana u Zagrebu, bude osuđeno samo jedno lice, iako su i ostali javno na pacijentima

58 Zakon o pravima pacijenata – ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 45/13 i 25/19.

59 Vid. Igor Vuković, *Krivično pravo Opšti deo*, Beograd 2024³, 173.

demonstrirali odašiljanje bioenergetskih impulsa.⁶⁰ U drugoj odluci iz istog perioda, gde je bioenergetičar, štaviše, od pacijenata i naplaćivao određeni iznos, sud je zaključio da bioenergetsko tretiranje ne može da se podvede pod pojam lečenja, i da pozitivni propisi u oblasti zdravstva ne regulišu terapiju bioenergijom.⁶¹ Ispunjenost uslova dela malog značaja zabeležena je i u novijoj sudskoj praksi,⁶² s obzirom da zbog apstraktne opasnosti sud može zaključiti odsutnost ili neznatnost štetnih posledica, kao jednu od pretpostavki ovog instituta.

Delo ima samo umišljajni oblik. Umišljaj obuhvata i svest da se usluge lečenja i druge medicinske usluge pružaju bez odgovarajuće stručne spreme. Kako (koristoljubivi) motiv više ne predstavlja obeležje delikta, pod obuhvat inkriminacije bi moglo da se podvede i pružanje nadržimedicinske pomoći iz prijateljskih pobuda, sažaljenja itd., što su starija jugoslovenska judikatura i literatura odbacivale.⁶³

Zakonodavac delo nije učinio posledičnim, što znači da je ono formalno dovršeno samim višekratnim preduzimanjem neke od radnji, nezavisno od toga da li je nastupila i neka štetna posledica. Imajući u vidu da zakonodavni motiv inkriminisanja predstavlja rizik za zdravlje ljudi koji potiče od činjenice da lečenje vrše oni koji za to nisu obučeni, reč je o deliktu tzv. apstraktne opasnosti.⁶⁴ Zbog toga u opis i nije uneta posledica konkretnog ugrožavanja zdravlja nekog lica ili izazivanja kod njega nekog oboljenja. Neki domaći autori zaslužnost kazne kod ovog dela vezuju isključivo za neko konkretno ugrožavanje lica, smatrajući neopravdanim da npr. student kojem je ostalo samo nekoliko nepoloženih ispita na medicinskom fakultetu, i koji sa uspehom, istina, lažno se predstavljajući, leči pacijente, bude kažnjen.⁶⁵ Ipak, primerenije je u sličnim slučajevima primeniti neki od raspoloživih osnova opravdanja.

60 Presuda Okružnog suda u Puli, Kž 298/85 od 16.12.1985. Vid. I. Kramarić, 1319–1320.

61 Presuda Opštinskog suda u Zadru, K 296/85 od 7.11.1985. Vid. I. Kramarić, 1320–1321. Iz još starije prakse vid. npr. odluku Saveznog vrhovnog suda, Kz 103/57 od 29.5.1957. B. Čejović, 600–601.

62 Vid. npr. presudu Okružnog suda u Beogradu, Kž 288/07 od 7.3.2007, *Ing-Pro*.

63 J. Tahović, 435. Vid. odluku iz fn. 6.

64 Ovo je bio konstatovao već Projekat kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju iz 1910. godine, koji stoga nije bio pravio razliku da li se leči za nagradu ili bez nje. Vid. *Projekat i motivi*, 423.

65 Jovan Čirić, „Nadrilekarstvo“, *Pravni informator* 9/2006, 67.

Najveći nedostatak definisanja nadrilekarstva kao delikta apstraktne opasnosti predstavlja neodređenost radnji lečenja i pružanja drugih medicinskih usluga, tim pre imajući u vidu tumačenje doktrine da učinioци ovog dela mogu biti i zdravstveni radnici sa srednjom stručnom spremom, čije se radnje pretežno kreću u okvirima pružanja medicinske pomoći i nege. Prema postojećoj normi bi svaka radnja u funkciji lečenja ili nege nekog lica učinjena od strane bilo koga mogla biti obuhvaćena opisom, što ne odgovara zahtevima načela zakonitosti (čl. 1 KZ). Pritom, ne dovodimo u pitanje činjenicu da i neki akti pružanja medicinske pomoći i nege (npr. babička pomoć) zahtevaju izvesna specifična stručna znanja i da kada se obavljaju od laika zaista nose izvesnu apstraktnu opasnost, ali se to ne može *a priori* tvrditi za većinu drugih radnji koje čine delatnost pružalaca medicinskih usluga.

Apstraktna opasnost je posledica dela i prema austrijskom pravu.⁶⁶ U ondašnjoj doktrini se ukazuje da posledica apstraktne opasnosti ovde podrazumeva kažnjivost samo onih radnji koje su bar podobne da ugroze zdravlje ljudi,⁶⁷ u smislu da lice koje nadrileći kod pacijenta stvara utisak da od njega može dobiti istu onu uslugu koju pruža lekar, koju, dakle, može da zameni. Stoga se objašnjava da dela nema ako se, recimo, preporuča pacijentu da u slučaju tegoba poseti lekara. Međutim, u domaćem pravu dela apstraktne opasnosti tako se ne tumače. Apstraktna opasnost ovde se razume isključivo kao tzv. zakonodavni motiv inkriminisanja, bez obaveze suda da utvrđuje da je konkretna radnja zaista bila apstraktno-opasna. Takvo vrednovanje ovde bi podrazumevalo primenu kriterijuma razumnog posmatrača, koji bi u vreme preduzimanja konkretne radnje lečenja (*ex ante*) vrednovao da li je primenjena terapija bila podobna zdravlje pacijenta iole da ugrozi. Sličan pristup bi, međutim, prema našem razumevanju ipak pre podrazumevao izmenu opisa inkriminacije, budući da apstraktna opasnost prema našoj judikaturni ne podrazumeva ispitivanje ni takvog minimalnog kvantuma opasnosti.

Stoga je, čini nam se, smislenije da se u slučaju izostanka svake opasnosti na planu isključenja protivpravnosti primeni korektiv dozvoljenog rizika kao osnova opravdanja. Dok god se aktivnost onoga koji bez leći odgovarajuće stručne spreme kreće u okvirima ponašanja koje ne prelazi graničnik opasnosti neophodan za zasnivanje krivične

66 Vid. C. Mayerhofer, 79.

67 C. Bertel, K. Schwaighofer, 31.

protivpravnosti, uz preduzimanje odgovarajućih mera kako bi se obezbedilo da takva apstraktna opasnost ne eskalira,⁶⁸ protivpravnost dela bi i pored ostvarenosti zakonskog opisa iz čl. 254 KZ otpala. Ipak, to bi naročito podrazumevalo da se pored načelne bezopasnosti primenjenog metoda dijagnostike ili lečenja kod pacijenta ni na koji način ne stvori utisak da primenjena mera može da zameni dijagnostički ili terapeutski postupak konvencionalne medicine.

Još je spornije da li bi kažnjavanje bilo opravdano i tamo gde je pacijent nakon neovlašćenog zahvata iskusio poboljšanje a ne pogoršanje svog zdravstvenog stanja. Prema vladajućem gledištu, delo bi bilo ostvareno nezavisno od uspeha u lečenju,⁶⁹ što je logično budući da ovde pogoršanje ili poboljšanje zdravstvenog stanja, za razliku od nesavesnog pružanja lekarske pomoći (čl. 251 KZ) ili nesavesnog postupanja pri spravljanju i izdavanju lekova (čl. 255 KZ), nije uopšte obeležje opisa. Ipak, u slučaju poboljšanja zdravstvenog stanja postojaće snažniji razlozi da nedelo bude po nekom osnovu opravdano.

Pokušaj prema zaprećenoj kazni nije kažnjiv. Propisana je novčana kazna ili zatvor do tri godine. U domaćem zakonodavstvu se menja stav prema društvenoj opasnosti nadržilekarstva. Tako je do 2002. u KZ RS bila zaprećena novčana kazna ili zatvor do jedne godine, da bi tadašnjim izmenama bio predviđen zatvor od tri meseca do tri godine, uz dopisivanje težeg oblika, koristoljubivog nadržilekarstva, zaprećenog zatvorom od šest meseci do pet godina i novčanom kaznom. Kako koristoljubiva pobuda predstavlja pravilo, povećanje kazne u odnosu na ranije jugoslovensko zakonodavstvo nije zanemarljivo.⁷⁰ Nadržilekarstvo i nadriapotekarstvo se gone po službenoj dužnosti.

2. NADRILEKARSTVO I KOMPLEMENTARNA MEDICINA

Pored klasične to jest standardne konvencionalne medicine, danas su široko prisutne i komplementarna i alternativna medicina (KAM). Iako se ovi pojmovi često upotrebljavaju kao sinonimi, komplementarna medicina se razume više kao dodatak konvencionalnoj medicini, dok

68 Vid. I. Vuković (2024³), 190.

69 Lj. Lazarević, 802.

70 U Austriji je, primera radi, nadržilekarstvo (*Kurpfuscherei*, § 184 *öStGB*) zaprećeno zatvorom do tri meseca ili novčanom kaznom.

alternativna medicina podrazumeva metode koji bi se koristili umesto klasične medicine.⁷¹ Da bi se izbegla zabuna, danas se ovi termini češće koriste zajedno. Metodi KAM danas su vrlo rasprostranjeni, čemu su značajno doprineli i visoki troškovi standardne zdravstvene zaštite.⁷² Ipak, glavni pokretač njihove široke rasprostranjenosti i dalje predstavlja strah od smrti i nada, kod onih bolesti i stanja kod kojih je zvanična medicina nemoćna. Danas se, štaviše, smatra nespornim da oboleli mogu osećati izvesnu terapijsku korist i na temelju tzv. *placebo-efekta*, to jest samog verovanja u uspeh primenjene terapije.⁷³

Konvencionalnu medicinu čine oni metodi koji se u lekarskoj nauci smatraju opšteprihvaćenim ili vladajućim učenjem, i koji se kao takvi izučavaju na univerzitetima i visokim školama.⁷⁴ Utoliko ovakvom definisanju školske medicine u neku ruku odgovara vezivanje granice nadri/lekarstva za stručnost. S druge strane, komplementarnu medicinu čini čitava grupa nezavisnih medicinskih sistema različitog spektra. Njih povezuje to što njihovi terapijski i dijagnostički metodi nisu utemeljeni na saznanjima prirodnih nauka i što su često oblikovani specifičnim filozofskim pogledom na svet. Iako, u tom smislu, pozivanje na posmatranje celokupne čovekove ličnosti (dakle ne samo konkretne bolesti), a što je odlika metoda KAM, deluje kao privlačan koncept, nevezanost za prirodne nauke i odbacivanje statistički zasnovanih dokaza dovodi u pitanje naučno potvrđivanje i analizu uspešnosti primenjenih postupaka.

71 Toby Murcott, *The Whole Story. Alternative Medicine on Trial?*, Macmillan 2005, 12; Ana Jovičević, *Komplementarna i alternativna medicina*, Institut za onkologiju i radiologiju Srbije, Beograd 2015, 4. Medicinski sistem koji povezuje konvencionalnu (školsku) i alternativnu medicinu gradi tzv. integrativnu medicinu.

72 M. J. Mehlman, 352.

73 Treba, međutim, pomenuti da ispitivanje farmakološkog dejstva nekog leka uvek pretpostavlja obrazovanje test-grupe (slučajno odabranih lica kojima se daje ispitivani medikament) i kontrolne grupe (slučajno odabranih lica koja dobijaju *placebo* ili standardnu terapiju), gde se terapijska uspešnost rezultata meri upravo prema razlici u rezultatima. Samo ako se može konstatovati značajna prednost efekata medikamenta primenjenog na pacijente iz testirane grupe u odnosu na one iz kontrolne – terapija se može naučno pozitivno oceniti (Katrin Schumacher, *Alternativmedizin. Arzthaftungsrechtliche, arzneimittelrechtliche und sozialrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit*, Springer 2017, 15).

74 *Ibid.*, 10.

Treba imati u vidu da su tradicionalni metodi lečenja duboko ukorenjeni u svesti naroda sveta, iako ne svuda u istom stepenu. Tako se npr. procenjuje da u Keniji deluje oko 40.000 narodnih lekara (uglavnom travara, onih koji pomažu pri porođaju ili nameštaju kosti i spiritualista koji leče verom), a da više od 70% stanovništva koristi njihove usluge kao primaran vid zdravstvene zaštite.⁷⁵ Logično je da bi takve srazmere metoda KAM u jednoj sredini nužno uticale na pravno uređenje nadržilekarstva, što i uslovljava divergentan pristup ovoj materiji u uporednom zakonodavstvu. Iako je u ranijim domaćim propisima u ovoj materiji izdvajana i „tradicionalna narodna medicina“, u Srbiji ne postoji alternativni medicinski sistem šire prihvaćen među stanovništvom. Iako u većini slučajeva ove metode ne mogu da izleče bolest, mogu da ublaže izvesne tegobe i unaprede kvalitet života. I u našem narodu je vrlo uvreženo gledište da metodi KAM pomažu. Tako je prema jednom istraživanju Instituta za onkologiju i radiologiju Srbije iz 2008. godine 60% pacijenata primenjivalo neke metode (uglavnom biljne preparate i suplemente) KAM, a 20% je verovalo u izlečenje čak i raka uz njihovu pomoć.⁷⁶

U prilog uvođenju metoda KAM govore i pravila o nekim opštim pravima pacijenata u sferi medicinske zaštite. Tako prema Zakonu o pravima pacijenata (čl. 15, st. 1), pacijent, kako smo već konstatovali, ima pravo da slobodno odlučuje o svemu što se tiče njegovog života i zdravlja, osim u slučajevima kada to direktno ugrožava život i zdravlje drugih lica. Pravo na slobodan izbor tiče se ne samo doktora već i predloženih medicinskih mera (čl. 12 ZPP). Sloboda pacijenta ide dotle da on ima pravo da predloženu medicinsku meru odbije, čak i ako se njome spasa ili održava njegov život, dok god je sposoban za rasuđivanje, nezavisno od toga da li se njegova odluka nekome možda čini nerazumnom. Stoga njegov izbor može ići i u pravcu lečenja metodima KAM.

Na pravni status metoda KAM utiče i stav zakonodavca po pitanju njihove obuhvaćenosti obaveznim zdravstvenim osiguranjem. Dok je to u mnogim zemljama angloameričkog pravnog kruga čak i pravilo, prema srpskom pravu osiguranim licima u okviru obaveznog zdravstvenog osiguranja ne obezbeđuje se zdravstvena zaštita koja bi

75 Vid. John Harrington, „Traditional Medicine and the Law in Kenya“, *Routledge Handbook of Complementary and Alternative Medicine* (edS. N. K. Gale, J. V. McHale), Routledge 2015, 184–185.

76 A. Jovičević, 15.

obuhvatila metode i postupke alternativne i komplementarne medicine (čl. 110, st. 1, tač. 13 Zakona o zdravstvenom osiguranju)⁷⁷ U nekim državama Evrope (npr. Švajcarskoj) probno uključivanje odabranih metoda KAM u sistem obaveznog zdravstvenog osiguranja za sada nije urodilo plodom, iako se i dalje čine pokušaji u tom pravcu.⁷⁸

Zakon o zdravstvenoj zaštiti uređuje i one „tradicionalne i komplementarne metode i postupke prevencije, dijagnostičke procene, lečenja, zdravstvene nege i rehabilitacije, koji blagotvorno utiču na čovekovo zdravlje ili njegovo zdravstveno stanje i koji, u skladu sa važećom medicinskom doktrinom, nisu obuhvaćeni metodama i postupcima konvencionalne medicine“ (čl. 217, st. 1). Pored zakonskog naziva (komplementarna medicina), u literaturi se jednako sreću i izrazi alternativna medicina, narodna medicina, tradicionalna medicina itd. I u pogledu načina komplementarne medicine moguće je, dakle, davanje izvesne dijagnostičke procene, koja ovde podrazumeva „skup postupaka i metoda komplementarne medicine kojima se vrši dijagnostika poremećaja, a koji se ne baziraju na konvencionalnim biološkim mehanizmima i ne mogu služiti za dijagnozu bolesti u konvencionalnoj medicini“ (st. 2), kao što je moguće i lečenje. Treba primetiti da neki metodi KAM obuhvataju isključivo dijagnostičke postupke (npr. dijagnostika irisa), neki isključivo terapijske (npr. Elektro akupunktura, terapija ozonom), dok neki obuhvataju oba momenta (npr. homeopatija, antropozofska medicina, tradicionalna kineska i indijska medicina).⁷⁹

Dozvoljeno je obavljati samo one metode i postupke komplementarne medicine koji ne štete zdravlju, pacijenta ne odvrćaju od upotrebe metoda i postupaka konvencionalne medicine i izvode se u skladu sa priznatim standardima komplementarne medicine (čl. 218, st. 1 ZZZ). Naročito je važno da zdravstveni radnik ni u konkretnom postupanju sa pacijentom ovoga ne odvrća od upotrebe metoda klasične medicine. Iako su sistemima KAM redovno nedostupni uobičajeni naučno-medicinski dokazi o delotvornosti postupaka koje primenjuju, i ovde se moraju primenjivati priznati standardi u datoj oblasti. U svakom slučaju, ovlašćeni zdravstveni radnik koji primenjuje metode

77 Zakon o zdravstvenom osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 25/19 i 92/23.

78 Vid. Helene Martin, Jerome Debons, „CAM and Conventional Medicine in Switzerland“, *Routledge Handbook of Complementary and Alternative Medicine* (eds. Nicola K. Gale, Jean V. McHale), Routledge 2015, 271.

79 K. Schumacher, 26.

i postupke KAM, a koji se ovih standarda ne pridržava, može takođe odgovarati za nesavesno pružanje lekarske pomoći (čl. 251 KZ).

Dopuštene metode izričito nabraja Pravilnik o bližim uslovima i načinu obavljanja metoda i postupaka komplementarne medicine (*numerus clausus*),⁸⁰ s jedne strane razlikujući metode prevencije, dijagnostičke procene, lečenja i rehabilitacije, i metode očuvanja i unapređenja zdravlja, s druge. U prvu kategoriju, koja uključuje i dijagnostiku i lečenje, spadaju: akupunktura, metode stimulacije akupunkturnih mikrosistema, kvantna medicina, homeopatija, tradicionalna kineska medicina, ajurveda – tradicionalna indijska medicina, hiropraksa i osteopatija. U metode očuvanja i unapređenja zdravlja ulaze: aromaterapija, reiki, antropozofska medicina, *či gong* (dao jin), joga i taj *či čuan* vežbe u medicinske svrhe. Nejasan je odabir baš ovih metoda. U nemačkom pravu, primera radi, naročito se izdvajaju oni terapeutski koncepti koji poseduju sveobuhvatan odgovor na različite bolesti, a koji su prihvaćeni u većem delu lekarstva i stanovništva.⁸¹ Iako ova podgrupa ne čini većinski deo dozvoljenih metoda KAM ni u nemačkom zakonodavstvu, stiče se utisak da domaći zakonodavac nije išao po sličnom kriterijumu. S obzirom na izričito nabranje dozvoljenih metoda komplementarne medicine, ovde se ne mogu podvesti oni načini koji se možda kolokvijalno svrstavaju u narodnu medicinu (npr. tzv. „nameštanje“ kostiju i zglobova), ali koji nisu posebno imenovani. Takvi metodi bi svakako ostvarivali opis nadržilečenja.

Metode i postupke KAM, kroz rad u zdravstvenoj ustanovi ili privatnoj praksi, može sprovoditi samo zdravstveni radnik (lice koje je završilo odgovarajuće akademske studije zdravstvene struke odnosno visoku ili srednju školu zdravstvene struke, i koje ima licencu komore zdravstvenih radnika za samostalan rad) kome ministar rešenjem, na osnovu mišljenja republičke stručne komisije (za komplementarnu medicinu), za to izda posebnu dozvolu. Dobijanje dozvole pretpostavlja da je zdravstveni radnik dobio odgovarajući sertifikat o završenoj kontinuiranoj medicinskoj edukaciji (KME) iz određene oblasti komplementarne medicine (različitog propisanog broja časova i trajanja nastave) ili odgovarajuće visoko obrazovanje za imenovane metode

80 Pravilnik o bližim uslovima i načinu obavljanja metoda i postupaka komplementarne medicine, *Službeni glasnik RS*, br. 1/20.

81 Tu se npr. u nemačkom pravu podvode fitoterapija, homeopatija i antropozofska medicina (vid. K. Schumacher, 18).

komplementarne medicine (tradicionalnu kinesku i indijsku medicinu, homeopatiju i hiropraksu). U svakom slučaju, iz ugla opisa nadri-lekarstva, i ovde lečenje pretpostavlja savladavanje programa stručnog osposobljavanja (odgovarajuće stručne spreme), u vidu dobijenog sertifikata o završenoj edukaciji.

Akupunkturu mogu obavljati doktori medicine i stomatologije. U pitanju je komponenta tradicionalne kineske medicine u okviru koje se u telo čoveka na specifičnim mestima ubadaju iglice.⁸²Veruje se da ovaj proces poboljšava protok energije. Koristi se za različita stanja i ublažavanje bolova. Stimulaciju akupunkturinih mikrosistema mogu obavljati doktori medicine i stomatologije. U pitanju je varijanta akupunktura kojom se stimulišu tačke u okviru određenog mikrosistema koji sadrži nervne završetke preko kojih se prema uvreženom pogledu može stimulisati rad organa i telesne funkcije. Po pravilu, u pitanju su mikrosistemi spoljnog uva (aurikuloterapija), glave ili dlana.

Kvantnu medicinu mogu obavljati doktori medicine i stomatologije. Reč je o novijoj pseudonaučnoj doktrini, koja počiva na ideji da svaka ćelija tela ima svoju idealnu frekvenciju, čija promena dovodi do bolesti. Poznata je po korišćenju različitih elektro-magnetnih uređaja za dijagnostiku i terapiju.

Homeopatiju mogu obavljati doktori medicine i stomatologije, kao i zdravstveni radnici koji imaju najmanje četvorogodišnje fakultetsko obrazovanje iz sfere homeopatije. Ova doktrina veruje da iste one supstance koje izazivaju simptome bolesti kod zdravih ljudi mogu imati efekat umanjenja tegoba (*similia similibus curentur*) ako se (po pravilu drastično) razblažuju.⁸³

Tradicionalnu kinesku medicinu mogu obavljati doktori medicine i stomatologije, kao i zdravstveni radnici koji imaju najmanje četvorogodišnje fakultetsko obrazovanje iz ove oblasti (zvanje doktora tradicionalne kineske medicine). Obuhvata različite prakse i verovanja (stare više od 3.000 godina), uključujući biljne lekove, akupunkturu, masažu, dijetu i vežbe. Bolest se razume kao poremećaj u protoku tzv. ċi energije, odnosno jina i janga, kao dve komplementarne ali suprotstavljene životne sile. Recepta ima više od 100.000.

82 L. J. Fundukian (ed.), *The Gale Encyclopedia of Alternative Medicine*, Gale 2009³, 24.

83 *Ibid.*, 1166.

Tradicionalnu indijsku medicinu (ajurvedu) mogu obavljati doktori medicine i stomatologije, kao i zdravstveni radnici koji imaju najmanje četvorogodišnje fakultetsko obrazovanje iz ove oblasti (zvanje doktora tradicionalne indijske medicine). Praksa počiva na hinduizmu, stara je više od 5.000 godina i praktikuje se na čitavom indijskom potkontinentu. Terapija počiva na biljnoj medicini, naročitim dijetama (detoksikaciji), meditaciji, jogi, vežbama disanja, i masaži.

Hiropraksu mogu obavljati doktori medicine. Zahteva se fakultetsko obrazovanje od najmanje četiri godine. Tehnika podrazumeva delovanje na zglobove i uopšte mišićno-koštani sistem, naročito u kičmi. Poreklo hiropraktike je iz narodne medicine i veštine nameštanja kostiju. Danas je popularna u čitavom svetu, sa nemalim brojem akreditovanih programa. Slična je osteopatiji. Osteopatiju mogu obavljati doktori medicine i stomatologije i fizioterapeuti sa visokim obrazovanjem. Ovaj sistem komplementarne medicine podrazumeva različite tehnike delovanja na mišićna tkiva i kosti organizma (pretežno leđa), sa idejom da se na taj način podstakne regenerativni potencijal. Vrlo je raširena u svetu.

S obzirom da metodi unapređenja i očuvanja zdravlja ne podrazumevaju dijagnostiku i lečenje, njihovo nestručno obavljanje ne može ostvariti opis nadrilekarstva, ali nije isključeno neko prevarno postupanje. Aromaterapiju mogu obavljati sva lica koja imaju završene odgovarajuće integrisane akademske studije zdravstvene struke, odnosno odgovarajuću visoku ili srednju školu zdravstvene struke, osim oralne primene aromaterapije, što mogu obavljati doktori medicine i stomatologije. Reč je o praksi koja podrazumeva primenu eteričnih ulja i drugih aromatičnih sastojaka, često u kombinaciji sa masažom.⁸⁴ Reiki mogu obavljati doktori medicine i stomatologije. Reč je o vidu lečenja energijom (dlanovima), bez dodira, koji potiče iz Japana.

Antropozofsku medicinu mogu da obavljaju doktori medicine. Ovaj vid komplementarne medicine zasnovan je na pseudonaučnim i (okultnim) shvatanjima Rudolfa Štajnera i naročito je popularna u nemačkom govornom području.⁸⁵ Čine je masaža, vežbe i davanje preparata sličnim homeopatskim, uz starinske alhemijske recepte koji nisu u vezi sa savremenom farmakologijom. U Nemačkoj je pravno regulisana kao terapijski sistem. Naročito je poznata u vezi sa ekstraktima na bazi imele, koji navodno pomažu u lečenju raka.

84 *Ibid.*, 154.

85 Vid. K. Schumacher, 26.

Či gong – Dao jin, jogu i taj či čuan vežbe mogu da obavljaju doktori medicine i fizioterapeuti sa visokim ili srednjim obrazovanjem zdravstvene struke. Či gong predstavlja sistem vežbi i meditacije koji kombinuje disanje sporo kretanje u cilju uspostavljanja balansa či energije. Taj či čuan je kineska (borilačka) veština poznata po sporim pokretima.

U jugoslovenskoj judikaturi je lečenje tzv. bioenergijom podvođeno pod krivično delo nadrilekarstva,⁸⁶ često uz isključenje protivpravnosti po osnovu pomenute neznatne društvene opasnosti, ali treba imati u vidu da ondašnji propisi nisu uopšte zakonski uređivali metode komplementarne medicine, kako je to danas slučaj. U austrijskoj sudskoj praksi je opis nadrilekarstva ostvarivalo i obično polaganje ruke na pacijenta.⁸⁷

Danas je uglavnom nesporno da bi opis mogao da obuhvati i radnje koje spadaju u komplementarnu medicinu, s obzirom da su njeni metodi i postupci u aktuelnim zdravstvenim propisima izričito prihvaćeni. Uslov je i ovde da lice leči (npr. primenjuje tehnike ajurvede) bez odgovarajuće stručne edukacije. Pojedini domaći autori, međutim, ukazuju na kriminalno-političku dubioznost takvog rešenja, naročito ako je tretman bio neškodljiv.⁸⁸ Drugi čak smatraju da negiranje bioenergije kao inovativne prakse, nalik akupunkturi, danas deluje i neozbiljno.⁸⁹ U sudskoj praksi se u sličnim primerima ponašanje nekada kvalifikuje kao prevara. Tako je u jednom primeru troje lica bilo optuženo da su promovisanjem metode lečenja „nulte terapije“ oštećene lažnim prikazivanjem činjenica doveli u zabludu „da upotreba električnog aparata ‘Rajf generator’ u kombinaciji sa upotrebom određenih preparata i lekova dovodi do izlečenja teških bolesti“ (karcinoma i leukemije), a što su naplaćivali. Ipak, apelacioni sud ih je oslobodio od optužbe, našavši da u konkretnom slučaju nije bila dokazana prevarena namera, odnosno da nije bilo dokazano da su oštećeni bili dovedeni u zabludu, budući da je primena „razumnih merila rasuđivanja“ ukazivala da ni oni sami nisu ozbiljno verovali u izlečenje, već da su se samo „hvatali za slamku“. Oni su se takvom ishodu, prema tumačenju suda,

86 Vid. I. Kramarić, 1318–1319.

87 OGH 28.6.1983, 11 Os 99/83. U novijoj praksi vid. G. W. Huber, J. Dietrich, 280.

88 Z. Stojanović, 846.

89 J. Čirić, 69.

samo nadali, s obzirom na to da im je jasno stavljeno do znanja da terapija predstavlja tek mogućnost da se bolest pobedi. U uputstvu koje je svakom bilo predato bilo je *bold*-ovano da je reč o zvanično nepri-
znom medicinskom uređaju za lečenje raka, i da je primena metode „jedini način da ga pokušate pobediti“.⁹⁰

U Nemačkoj je prevladao pristup koji omogućava da osim lekara i obični građani pružaju lečenje iako nemaju lekarsko obrazovanje.⁹¹ Od 1939. godine primenjuje se zakon poznatiji kao *Heilpraktikergesetz* (Zakon o lečenju alternativnim metodama), kojim se uspostavlja mogućnost da svako, nezavisno od svog formalnog obrazovanja, leči. Da bi to bio slučaj, neophodna je odgovarajuća *dozvola* kojoj prethodi polaganje odgovarajućeg ispita. Nije neophodno da alternativno lečenje koje takva lica obavljaju bude dokazano korisno po zdravlje ljudi, ali ne sme biti štetno. Kao uslov se, za razliku od Srbije, ne traži neko naročito obrazovanje, ali je utvrđena obaveza prijavljivanja opšteopasnih i prenosivih bolesti. Prema ovlašćenjima, ova lica ne mogu da propisuju lekove koji se izdaju na recept. Slični propisi prisutni su i u Švajcarskoj. S obzirom da nadrilekarstvo nije propisano kao posebno krivično delo, u obzir prevashodno dolazi krivična odgovornost za prevaru ili, u slučaju pogoršanja zdravstvenog stanja pacijenta, za odgovarajuće delo protiv života i tela. Ipak, to ne znači da neovlašćeno obavljanje lekarskog poziva bez odgovarajuće licence (odnosno alternativnog lečenja bez dozvole) takođe ne povlači odgovornost (zatvor do jedne godine ili novčanu kaznu [*HeilprG* § 5, 2]).

2.1. Lečenje verom kao vid komplementarnog lečenja?

Zanimljivo je pitanje da li se opis nadrilekarstva može ostvariti zanemarivanjem tradicionalne medicinske nege usled ekstremnih religioznih ubeđenja. U SAD građani takođe imaju pravo da odbiju lečenje, zbog čega se svaki odrastao građanin može opredeliti da umesto tradicionalnog lečenja odabere *molitvu*. Stvari, međutim, postaju složnije, ako to iste učine roditelji umesto svog maloletnog deteta.⁹²

90 Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž1 1126/17 od 26.12.2017, *Intermex*.

91 Vid. J. Ćirić, 68.

92 W. H. Hawes IV, „Faith-Healing Prosecutions: How Religious Parents Are Treated Unfairly by Laws That Protect Their Liberty“, *American Criminal Law Review* 3/2017, 887.

Utoliko, u američkoj literaturi problem nadrilečenja naročito se dovodi u vezu sa delovanjem izvesnih osobenih ali u društvu prilično etabliranih hrišćanskih sekti i zajednica (*Christian Science Church and Societies* [kojih ima preko 2.000 u više od 80 država u svetu], *Unleavened Bread Ministries* itd.).⁹³ Njihova učenja tvrde da je tradicionalna medicina štetna po zdravlje, čija dobrobit može da uznapreduje samo holističkim pristupom, u sadejstvu uma, tela i ljudskog duha, a što se postiže molitvom i životom po Bibliji. Iako njihovi sledbenici konvencionalnu medicinu načelno ne smatraju grehom, uzdaju se u snagu vere, po ugledu na isceljenja koja je činio Isus Hristos.⁹⁴ Štaviše, ovde su čak prisutni profesionalni molitvenici, koji kao članovi zajednice (istina, uz naplaćivanje usluge)⁹⁵ potpomažu ovaj proces duhovnog povezivanja sa Bogom (molitvama i čitanjem Svetog pisma, polaganjem ruku ili pomazivanjem uljem). Usled delovanja ovih sekti u krivične propise koji se tiču kršenje porodičnih dužnosti inkorporiraju se izuzeci na planu kažnjivosti u okolnostima tzv. duhovnog lečenja (*spiritual healing*). Velika većina američkih država je usvojila pravila koja sprečavaju odgovornost roditelja za zanemarivanje, ali ne i za potencijalno usmrćenje deteta.⁹⁶

Prema ubeđenju američkih građana religiozna praksa predstavlja preovlađujući vid komplementarne terapije. Prema jednom istraživanju iz 90-tih godina prošlog veka 82% Amerikanaca veruje u mogućnost izlečenja putem molitve, dok 73% veruje da molitva za drugog

93 Ove sekte treba razlikovati od onih koje ne veruju u izlečenje verom već ne traže lekarsku pomoć iz nekih drugih razloga, kao što je to slučaj sa jehovinim svedocima koji odbijaju transfuziju krvi.

94 Allison Ciullo, "Prosecution without Persecution: The Inability of Courts to Recognize Christian Science Spiritual Healing and a Shift towards Legislative Action", *New England Law Review* 1/2007, 160.

95 Takvo duhovno lečenje se smatra potpuno zakonitim, budući da je usluga ovih profesionalnih iscelitelja izuzeta od oporezivanja i priznata kao vid ovlašćenog tretmana prema saveznim propisima, koji se može naplatiti od osiguravajućih društava. *Ibid.*, 162.

96 Samo 5 saveznih američkih država nema propise o isključenju protivpravnosti religioznog lečenja (W. F. Malecha, „Faith Healing Exemptions to Child Protection Laws: Keeping the Faith versus Medical Care for Children“, *Journal of Legislation* 2/1985, 244). Primer sličnog pravila nalazimo u zakonodavstvu Viskonsina (Wis. Stat. Ann. § 948.03(6)): „Lice nije krivo za krivično delo... zato što pruža detetu lečenje duhovnim sredstvima isključivo putem molitve u cilju izlečenja“.

može dovesti do izlečenja njegovog oboljenja.⁹⁷ To je, uostalom, karakteristika svake vere, zbog čega je razumljivo zašto vernici deo svoje religiozne prakse posvećuju i molitvama radi unapređenja zdravlja. Jedno je, međutim, ako se takva praksa smatra „pomoćnim“ sredstvom uz klasičnu medicinsku pomoć, a drugo ako se molitva tumači kao isključivi način lečenja.

Naročitu pažnju američke opšte i stručne javnosti izazivale su ekstremne odluke roditelja da iz verskih razloga uskrate svojoj deci tradicionalnu medicinsku negu, pouzdajući se samo u snagu molitve, usled čega je dolazilo do smrti deteta. Ove situacije u praksi tipično povlače krivičnu odgovornost za nehatno lišenje života deteta. Iako propisi koji dopuštaju pomenuto duhovno lečenje (tzv. *spiritual exemption laws*) onemogućavaju krivično gonjenje za zanemarivanje dobrobiti deteta u nekom ranijem stadijumu (odnosno prema srpskom pravu za zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica iz čl. 193 KZ), u slučaju nastupanja smrti to više nije slučaj, zbog čega ne bi bila isključena odgovornost za ubistvo ili nehatno lišenje života.⁹⁸ Sudovi su razumno zaključivali da roditeljsko pravo da podižu decu u skladu sa svojim verskim ubeđenjem i duhovni tretman mogu predstavljati način zadovoljavanja dečjih potreba samo u meri u kojoj ne pretil ozbiljan rizik bolesti i uopšte pogoršanja detetovog zdravstvenog stanja. Utoliko je dužnost roditelja da zaštiti dete od ozbiljnih posledica čak i ako to podrazumeva traženje medicinske pomoći protivne religioznim ubeđenjima roditelja.⁹⁹

97 Oren Asman, „Qur’anic Healing for Spiritual Ailments: Between Tradition, Religious Law and Contemporary Law“, *Medicine and Law* 2/2008, 261.

98 Zbog takve „raspolućenosti“ dužnosti staranja, prema kojoj vernici s jedne strane imaju predstavu (očitovanu u štampanim priručnicima svoje zajednice i pravilima koja dopuštaju religiozno lečenje) da im je praksa isključivo duhovnog tretmana pravno dostupna i krivičnog progona ako nastupe ozbiljne posledice po zdravlje deteta, u nekim odlukama se konstatuje da se od prosečnog građanina ne može očekivati da razume granice dozvoljenog i nedozvoljenog. Vid. Scott S. Amand, „Protecting Neglect: The Constitutionality of Spiritual Healing. Exemptions to Child Protection Statutes“, *Richmond Journal of the Law and the Public Interest* 2/2009, 153. Takva kontradiktornost normi bi prema kontinentalnom pravu mogla voditi pravnoj zabludi.

99 Vid. u tom pravcu naročito *Prince v Massachusetts*, 321 US 158 (1944). Prema često citiranom obrazloženju suda iz ove odluke „pravo na slobodno praktikovanje religije ne uključuje slobodu da se zajednica ili dete izlože... pogoršanju zdravlja ili smrti... Roditelji su možda slobodni da sami postanu mučenici. Međutim, iz toga ne proizlazi da im je dozvoljeno da u identičnim

Molitveno lečenje prisutno je i u drugim religijama. Tako je u islamu uobičajeno obraćanje tradicionalnim isceliteljima koji leče na osnovu Kurana, što je čak i većinska praksa u pogledu psihijatrijskih bolesti.¹⁰⁰ U islamu se tradicionalne veruje u uroke i da tzv. (loši) džini mogu da posednu ljude. Mnoge islamske knjige detaljno razmatraju bolesti koje može da izazove satana i praksu lečenja, uz navođenje bajanja, nošenja amuleta ili stihova i fraza iz Kurana koje u tim slučajevima treba izgovarati.¹⁰¹Naročito je poznata tzv. šamanska tradicija lečenja, koja odlikuje praksu izvesnih neevropskih (afričkih, američkih i azijskih) kultova.¹⁰²

Duhovno lečenje sreće se i izvan etabliranih verskih učenja. Duhovni pristup okosnicom smatraju sva ona učenja koja svoje dejstvo zasnivaju na tehnikama prenosa energije (npr. reiki i či gong). Sličnu suštinu imaju mnogi metodi KAM: jin i jang u tradicionalnoj orijentalnoj medicini, vitalističko učenje o „urođenoj inteligenciji“ u hiropraksi, životna snaga u homeopatiji, „prana“ u ajurvedi, itd. Neki autori čak izdvajaju iz pojma alternativne medicine metode duhovnog lečenja, svrstavajući pod ovu podgrupu sve one postupke u kojima dominira spiritualni, ritualni, magijski i praznoverni momenat, to jest gde se uz prizvanje transcendentnih sila ili aktiviranje snaga samog pacijenta „leči“ molitvama, polaganjem ruku ili na drugi način, pre nalik nekom religioznom kultu nego klasičnoj medicini.¹⁰³ Problem tu predstavlja činjenica da mnogi aktuelni sistemi KAM, od kojih su neki prihvaćeni i u našem pravu (npr. reiki), leče sličnim „nevidljivim“ prenosom energije. Iako je u uporednom pravu opis nadrilekarstva ostvarivalo postavljanje dijagnoze i izvesnim okultnim radnjama,¹⁰⁴ smislenije je da se slični akti ne smatraju delima protiv zdravlja ljudi. Prema Zakonu o

okolnostima svoju decu učine mučenicima“. Vid. C. C.Cawley, „Criminal Liability in Faith Healing“, *Minnesota Law Review* 1/1954, 48.

100 Vid. O. Asman, 263.

101 *Ibid.*, 267 i dalje.

102 Šamani su lica koja su se u plemenskim zajednicama smatrali posrednicima koji uz pomoć stanja transa komuniciraju između materijalnog i duhovnog sveta; vid. Alexander Alich, „Shamanism and Safety“, *Routledge Handbook of Complementary and Alternative Medicine* (eds. N. K. Gale, J. V. McHale), Routledge 2015, 88.

103 K. Schumacher, 19.

104 OGH 28.6.1983, 11 Os 99/83.

javnom redu i miru (čl. 15),¹⁰⁵ bavljene vraćanjem, proricanjem sudbine, tumačenjem snova ili sličnim obmanjivanjem na način kojim uznemirava građane ili narušava javni red i mir kažnjivo je novčanom kaznom od 10.000 do 50.000 dinara ili radom u javnom interesu od 40 do 120 časova.

Nije jednostavno postaviti pravnu granicu između duhovnog i religioznog. Tako je u jednom primeru iz američke prakse¹⁰⁶ sud zaključio da je sveštenik jedne verske zajednice, koji je tvrdio da ima naročito znanje o simptomima bolesti, davao dijagnoze i preporučivao vernicima tretmane, uključujući i dugotrajne postove koji su ugrozili živote nekih od klijenata, napustio sferu verske i zašao u oblast medicinske prakse. Većina propisa američkih saveznih država na planu licenciranja obavljanja medicinske prakse dopušta izuzetak u pogledu obavljanja duhovnog lečenja, ali samo pod pretpostavkom da se aktivnost ograničava na molitvu, ili da je kontekst pružanja usluge verski.¹⁰⁷ Duhovno lečenje se u Nemačkoj smatra u toj meri različitim od konvencionalne i komplementarne medicine da ne mora da bude regulisano posebnim pravilima, a izuzeto je i iz postupka licenciranja.¹⁰⁸

Nema nikakve sumnje da prema srpskom pravu sloboda ispoljavanja vere i uverenja ne može isključiti odgovornost za zanemarivanje dužnosti staranja o dobrobiti deteta. To niti odgovara kriterijumu najboljeg interesa deteta,¹⁰⁹ niti bi bilo saglasno Ustavu, koji predviđa da se sloboda ispoljavanja vere ili uverenja može ograničiti zakonom ako je to neophodno, između ostalog, i radi zaštite života i zdravlja ljudi (čl. 43, st. 4). Odgovarajuća ograničenja prisutna su i u Zakonu o pravima pacijenata, koji predviđa da dete, sposobno za rasuđivanje, načelno samostalno daje pristanak na predloženu medicinsku meru, ali da ako predloženu meru odbije, zdravstveni radnik pristanak može zatražiti od zakonskog zastupnika (čl. 19, st. 4 i 5). Ako nadležni zdravstveni

105 Službeni glasnik RS, br.6/16 i 24/18.

106 *Board of Medical Quality Assurance v. Andrews* (211 Cal. App. 3d 1346, 260 Cal. Rptr. 113 [1989]).

107 M. H. Cohen, 409.

108 Vid. BGH, 2 StR 580/10 (<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2011-10&nr=57852&linked=urte&Blank=1&file=dokument.pdf>).

109 Domaći Porodični zakon propisuje da je svako dužan da se rukovodi najboljim interesom deteta u svim aktivnostima koje se tiču deteta (čl. 6, st. 1).

radnik smatra da zakonski zastupnik pacijenta ne postupa u najboljem interesu deteta – dužan je da o tome odmah obavesti nadležni organ starateljstva.

3. KRIVIČNO DELO NADRIAPOTEKARSTVA

Krivično delo nadriapotekarstva čini onaj ko se bez odgovarajuće stručne spreme bavi spravljanjem ili izdavanjem lekova. Propisana je novčana kazna ili zatvor do tri godine (čl. 254, st. 2 KZ).¹¹⁰ Izvršiocem se prema domaćoj literaturi smatra onaj ko nema diplomu farmaceutskog fakulteta. Treba, međutim, imati u vidu da i *lekari* mogu izdavati lekove, u smislu njihovog propisivanja, to jest izdavanja recepta kao naloga farmaceutu da pacijentu izda lek.¹¹¹ Pravilnik o obrascu i sadržini lekarskog recepta, načinu izdavanja i propisivanja lekova¹¹² pod izdavanjem lekova podrazumeva celokupan proces od propisivanja leka do njegovog izdavanja u apoteci.¹¹³ Stoga, kako bi se dva opisa razlikovala, nadriapotekarstvo bi podrazumevalo samo izdavanje leka u užem smislu, a ne i njegovo propisivanje, kao vid nadržilečenja.

Lek kao mogući objekt radnje načelno predstavlja tehnički termin, koji bi definiše Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima.¹¹⁴ Prema ovom propisu, lek je „proizvod koji se stavlja u promet u određenoj jačini, farmaceutskom obliku i pakovanju a koji sadrži supstancu

- 110 U jugoslovenskom zakonodavstvu je ovo delo bilo razdvojeno od nadržilekarstva (čl. 128a KZ RS). Činio ga je onaj ko se neovlašćeno bavio spravljanjem i izdavanjem lekova ili „drugih supstanci za lečenje“. U literaturi se ukazivalo ne neprihvatljivost kumulativnog zahtevanja obe radnje (Z. Stojanović, 847), što je Krivičnim zakonikom i promenjeno. Ovo krivično delo imalo je i teži oblik ako je bilo učinjeno iz koristoljublja. U Krivičnom zakoniku od 1951. godine bilo je propisano (čl. 206) krivično delo spravljanja i prodaje štetnih sredstava za lečenje, čiji je opis dodatno podrazumevao da se radi o sredstvu koje je „opasno za zdravlje ljudi“.
- 111 Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž1 1068/17 od 14. 12. 2017, *Inter-mex*.
- 112 Pravilnik o obrascu i sadržini lekarskog recepta, načinu izdavanja i propisivanja lekova, *Službeni glasnik RS*, br. 74/18, 87/18, 47/19, 90/19, 150/20, 127/21, 134/22, 143/22 i 2/23.
- 113 Vid. pojmove jednokratnog i višekratnog izdavanja leka (čl. 2, tač. 2 i 3 Pravilnika).
- 114 Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima – ZLMS, *Službeni glasnik RS*, br. 30/10, 107/12, 113/17 i 105/17.

ili kombinaciju supstanci za koju se pokazalo da ima svojstvo da leči ili sprečava bolesti kod ljudi, odnosno životinja, kao i supstancu ili kombinaciju supstanci koja se može koristiti ili primenjivati na ljudima, odnosno životinjama, bilo sa namerom da se ponovo uspostavi, poboljša ili izmeni fiziološka funkcija putem farmakološkog, imunološkog ili metaboličkog dejstva ili da se postavi medicinska dijagnoza. Ovaj složeni pojam obuhvata: biološke lekove, imunološke lekove, lekove za naprednu terapiju, lekove iz krvi i krvne plazme, radio-farmaceutike, biljne lekove, tradicionalne lekove i biljne lekove, homeopatske lekove, veterinarske lekove, kao i magistralne i galenske lekove. Pojam leka ne podrazumeva da je dobijena i odgovarajuća *dozvola za lek*, pa se za neke lekove (npr. magistralne i galenske) ona i ne izdaje (vid. čl. 39 ZLMS).

Ovo delo bi moglo, najpre, biti ostvareno kada lice bez odgovarajuće stručne spreme (shodno odgovarajućim važećim formulama) spravlja odnosno izdaje pravi lek. U delu literature se vezivanje objekta dela za pojam leka iz ZLMS tumači kao isuviše restriktivan, pa se pod lekom razumeju i supstance „koje ne moraju imati svojstvo leka, ali su namenjene lečenju“.¹¹⁵ Objašnjenje počiva na tumačenju da bi nadriapotekarstvo na taj način moglo da obuhvati i situaciju kada se pacijentu propiše sredstvo koje farmaceutska struka ne smatra lekom. Prema ovom pogledu bi se kod ovog dela radnja mogla sastojati i u spravljanju ili izdavanju kvazi lekova. U pogledu ove druge mogućnosti pojam leka iz ZLMR bio bi više orijentacioni, budući da učinilac tu određeni proizvod samo prikazivao (lažno predstavljao) kao lek, to jest kao proizvod koji „ima svojstvo da leči ili sprečava bolesti kod ljudi“. Ovo je važno, da bi se time napravila razlika u odnosu na neovlašćeno bavljenje spravljanjem ili izdavanjem proizvoda koji su nalik lekovima ali to nisu (kozmetički proizvodi, biocidi, dijetetski suplementi itd.). Delo ne bi bilo isključeno ni ako bi učinilac za određeni npr. kozmetički proizvod tvrdio da leči ili sprečava bolesti, iako to nije slučaj. Iako je takvo razmišljanje smisleno, ostaje otvoreno, međutim, da li bi ono bilo saglasno načelu zakonitosti. Ako hoće da kriminalnom zonom obuhvati i kvazi-lekove, primerenije je da zakonodavac izričito predvidi da opis može da ostvari i onaj ko spravlja ili izdaje proizvode kojima pripisuje svojstvo lekova.

ZLMS, inače, poznaje (čl. 2, tač. 36) i takozvani lažni lek odnosno lažno medicinsko sredstvo. To su oni lekovi koji se proizvode,

izrađuju, stavljaju u promet, odnosno nalaze u prometu s namerom da se obmanu lica koja ih upotrebljavaju ili na bilo koji način rukuju lekom, odnosno medicinskim sredstvom, koji imaju lažne podatke o identifikaciji (proizvođaču, mestu proizvodnje, nosiocu dozvole za lek, odnosno nosiocu upisa u registar koji vodi Agencija, sertifikatu o analizi, kao i druge podatke i dokumentaciju koja se odnosi na lek), odnosno koji mogu da sadrže ispravne ili pogrešne sastojke u odnosu na deklarirani sastav, odnosno da ne sadrže aktivne supstance, odnosno da ne sadrže dovoljnu količinu aktivnih supstanci, odnosno da imaju lažno pakovanje, kao i drugi lek koji se smatra lažnim prema standardima zemalja Evropske unije ili Svetske zdravstvene organizacije. Ovaj pojam obuhvata tzv. falsifikovane lekove (npr. za potenciju).¹¹⁶ Osim što i bukvalno može da se radi o proizvodu koji nema odgovarajući sastav, češće se falsifikuju podaci o identifikaciji. U prvom slučaju, pod uslovom da je ispunjeno obeležje škodljivosti kvazi-leka, verovatno bi bilo ostvareno delo proizvodnje i stavljanja u promet škodljivih proizvoda (čl. 256 KZ), dok bi se u drugom slučaju radilo o privrednom prestupu (čl. 217 ZLMS)¹¹⁷ ili o krivičnom delu nedozvoljene proizvodnje (vid. čl. 234, st. 2 KZ) ili trgovine (vid. čl. 235, st. 2 i 3 KZ).

Od lekova najpre treba razlikovati medicinska sredstva. Ona mogu biti opšta (različiti instrumenti, aparati i uređaji za utvrđivanje dijagnoze, prevencije, praćenja, lečenja ili ublažavanja bolesti, povreda ili invaliditeta odnosno ispitivanja, zamene ili modifikacije anatomskih ili fizioloških funkcija ili kontrole začeca), *in-vitro* dijagnostička i aktivna implantabilna medicinska sredstva. Kako se kod nadriapotekarstva pominju samo lekovi, upotreba različitih „sumnjivih“ uređaja u cilju dijagnostike ili terapije, mogla bi se podvesti samo pod nadržilekarstvo.

Nejasno je da li bi pojam leka kod ovog dela obuhvatio i veterinarske lekove. Ne samo što se oni izričito nabrajaju kao podvrsta lekova nego i definicija leka govori o njegovom svojstvu da „leči ili sprečava bolesti... kod životinja“. S obzirom da je zakonodavac, analogno nadržilekarstvu (čl. 254, st. 1 KZ) i proizvodnji i stavljanju u promet škodljivih proizvoda (čl. 256 KZ), posebno definisao krivična dela

116 Širenju njihove prodaje doprinosi i stid potencijalnih kupaca, kojima anonimnost internet kupovine omogućava očuvanje privatnosti (M. J. Mehlman, 352).

117 U hrvatskom zakonodavstvu predviđeno je, sa većim brojem oblika, krivično delo krivotvorenja lekova ili medicinskih proizvoda (čl. 185 KZ), nezavisno od proizvodnje i stavljanja u promet štetnih proizvoda za lečenje (čl. 186 KZ).

nadriveterinarstva (čl. 155 ZVD) i proizvodnje štetnih sredstava za lečenje životinja (čl. 272 KZ), za očekivati je bilo da će isto biti učinjeno i u pogledu radnji neovlašćenog spravljanja ili izdavanja veterinarskih lekova, što ipak nije učinjeno. Stoga je nejasno da li se radi o ciljanom postupanju zakonodavca. Formalno posmatrano, s obzirom na usvojeni pojam leka, teško bi se moglo tvrditi da izdavanje i spravljanje veterinarskih lekova nije obuhvaćeno krivičnom odgovornošću unutar nadriapotekarstva.

Ne smatraju se lekovima tzv. dijetetski proizvodi, to jest namirnice koje se zbog posebnog sastava ili posebnog načina proizvodnje jasno razlikuju od namirnica uobičajenog sastava, sa naročitom namenom koja se po pravilu vezuje za određene kategorije lica (npr. odojčad, lica koja imaju poremećaj probave i druge tegobe [npr. mokraćnih puteva], lica kod kojih je potrebno postići specijalno delovanje kontrolisanim unosom određenih sastojaka hrane). Shodno Pravilniku o zdravstvenoj ispravnosti dijetetskih proizvoda¹¹⁸ (čl. 4) ovim proizvodima se ne mogu pripisivati svojstva prevencije, tretiranja i lečenja bolesti, ili se pozivati na takva svojstva. Posebnu potkategoriju čine tzv. dijetetski suplementi. U pitanju je hrana koja dopunjuje redovnu ishranu (tzv. dodaci ishrani), a koja sadrži koncentrovane hranljive sastojke (vitamine i minerale) u doziranim formama koje podsećaju na lekove (kapsule, pastile, tablete, kesice praška, ampule, bočice s kapaljkom), iako to nisu.¹¹⁹ Prema izričitoj odredbi (čl. 6, st. 2 PDI), deklaracijom, označavanjem i reklamiranjem dodataka ishrani takođe se ne mogu pripisivati svojstva prevencije, tretiranja i lečenja bolesti.

Od lekova treba razlikovati i biocide. Prema Zakonu o biocidnim proizvodima¹²⁰ i evropskom zakonodavstvu,¹²¹ biocidni proizvodi predstavljaju hemijske supstance i mikroorganizme koji sadrže jedan ili više sastojaka čija je namena uništavanje, sprečavanje delovanja i uopšte kontrola bilo kojeg štetnog organizma hemijskim i biološkim sredstvima

118 Pravilniku o zdravstvenoj ispravnosti dijetetskih proizvoda, *Službeni glasnik RS*, br. 45/10, 27/11, 50/12, 21/15, 75/15, 7/17, 103/18 i 45/22.

119 Vid. čl. 2 Pravilnika o dodacima ishrani (dijetetski suplementi) – PDI, *Službeni glasnik RS*, br. 45/22.

120 Prema Zakonu o biocidnim proizvodima, *Službeni glasnik RS*, br. 109/21.

121 Vid. Uredbu Evropskog parlamenta i Saveta EU br. 528/12 o stavljanju na raspolaganje na tržištu i upotrebi biocidnih proizvoda (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0528>).

(ne fizičkim ili mehaničkim putem). Biocidne proizvode čine aktivne supstance koje deluju na štetne organizme, čiji je spisak sadržan na posebnoj listi. Ove hemikalije su neretko štetne za zdravlje ljudi i životinja i životnu sredinu. Koriste se za dezinfekciju površina, vode za piće, održavanje higijene životinja, suzbijanje insekata i glodara, zaštitu drveta, kože i drugih materijala. Da bi biocidni proizvod mogao biti dostupan na tržištu potrebna su odgovarajuća odobrenja.

Lekovi takođe nisu kozmetički proizvodi, koji prema pozitivnim propisima spadaju pod predmete „opšte upotrebe“.¹²² Kozmetički proizvodi su supstance ili smeše koje su namenjene da dođu u kontakt sa spoljašnjim delovima ljudskog tela (epiderm, dlaka, nokti, usne, spoljašnji polni organi) ili sa zubima i sluzokožom usne duplje, isključivo ili prvenstveno radi čišćenja, parfemisanja, menjanja njihovog izgleda, odnosno korigovanja mirisa tela, njihove zaštite i održavanja u dobrom stanju (čl. 63 ZPOU). Shodno čl. 18 ovog propisa izričito je zabranjeno (i predviđeno kao prekršaj pravnog odnosno odgovornog lica ili preduzetnika, vid. čl. 112, st. 1, tač. 1 ZPOU) pripisivanje lekovitog svojstva predmetu opšte upotrebe.

Ipak, nije isključeno da u pogledu nekih proizvoda, zbog njihovog sastava, područja primene i drugih karakteristika, bude sporno da li ih treba kategorisati kao lekove. Takvi granični proizvodi (*borderline products*) se kategorišu od slučaja do slučaja od strane sanitarnog inspektora, uz primenu preporuka odnosno vodiča koji se koriste u Evropskoj uniji. Ovaj, ako nije siguran, mora da zatraži mišljenje Posebne radne grupe Ministarstva (zdravlja) za kategorizaciju graničnih proizvoda (čl. 12 ZPOU). U svakom slučaju, kako smo već ukazali, s obzirom da opis nadriapotekarstva prema vladajućem shvatanju može obuhvatiti i kvazilekove, pripisivanje lekovitog svojstva nekom kozmetičkom, dijetetskom ili biocidnom proizvodu odnosno proizvodu opšte upotrebe moglo bi voditi i krivičnoj odgovornosti po ovom osnovu.

U domaćoj literaturi se kao primer radnji nadriapotekarstva koje ne zaslužuju kažnjavanje pominje propisivanje narodnih recepata,¹²³ koji po pravilu podrazumevaju korišćenje nekih biljaka i trava. Oni se

122 Vid. Zakon o predmetima opšte upotrebe– ZPOU (*Službeni glasnik RS*, br. 25/19 i 14/22).

123 Vid. npr. J. Čirić, 67.

često označavaju kao lekovito bilje, zbog čega se u svesti običnih ljudi razumeju kao proizvodi koji imaju lekovita svojstva. Zaista, deluje na prvi pogled nelogično da bi pod zakonski opis mogla potpasti baka koja preporuči da se npr. lako oštećenje kože zaleči stavljanjem lista bokvice na ranu. Poznat je niz travara koji su godinama ne samo sa uspehom lečili bolesnike od različitih bolesti već i objavljivali knjige u ovoj materiji.¹²⁴ U tom smislu je i prethodni Pravilnik o bližim uslovima, načinu i postupku obavljanja metoda i postupaka tradicionalne medicine¹²⁵ među dopuštene metode tradicionalne medicine bio ubrojao i „tradicionalnu domaću medicinu“.

Iako u aktuelnom pravilniku takvog metoda KAM više nema, u ZLMS postoji kategorija biljnog leka i tradicionalnog biljnog leka. To ne iznenađuje, budući da deo konvencionalne medicine (tzv. fitoterapija) čini i primena biljnih lekovitih proizvoda.¹²⁶ Biljni lekovi su takođe lekovi koji prolaze laboratorijska i klinička ispitivanja, uz tu osobenost da njihov aktivni sastojak ne čine sintetske već supstance biljnog porekla.¹²⁷ Naročito su pravno interesantni tradicionalni biljni lekovi, koji se mogu primenjivati bez lekarskog nadzora i izdavanja recepta, s obzirom na to da su namenjeni samo lečenju manjih zdravstvenih tegoba. Uslov za takvu kategorizaciju (upis u Registar tradicionalnih biljnih lekova koji vodi Agencija za lekove i medicinska sredstva) je da se lek nalaz i u upotrebi najmanje 30 godina (od toga bar 15 na teritoriji EU),

124 Tako npr. Ćirić ukazuje da prodavci čajeva i različitih melema formalno ne leče. „Oni samo prodaju svoje proizvode, za koje čak i ne tvrde da su lekovi, nego samo da imaju izvesna lekovita svojstva... Većina ljudi će pribeći, paralelno sa lečenjem prema zvaničnoj medicini, odnosno sa upotrebom lekova koje su im prepisali njihovi lekari sa diplomom medicinskog fakulteta, i korišćenju nekih alternativnih sredstva i metoda, gde će čajevi, melemi i sve ono što spravljaju travari, a što su kupili na nekoj pijaci, igrati vrlo važnu ulogu, bar u psihološkom smislu“ . *Ibid.*, 68.

125 Službeni glasnik RS, br. 16/18.

126 Silvana Petrović, Jelena Kukić-Marković, Milica Pavlović-Drobac, „Biljni lekoviti proizvodi: uslovi za bezbednu primenu“, *Arhiv za farmaciju* 2/2012, 122.

127 Na nivou EU se izdaju tzv. monografije, koje sadrže naučno mišljenje o bezbednosti i efikasnosti pojedinih biljnih droga i njihovih preparata namenjenih za primenu u lekovite svrhe. Do sada ih je izašlo preko 160. Vid. Silvana Petrović, „Biljni i tradicionalni biljni lekovi, monografije EU i lista EU“, *Arhiv za farmaciju* 4/2019, 226. Važno je naglasiti da se ne smatraju biljnim već konvencionalnim lekom supstance izolovane iz biljne sirovine sa snažnijim akutnim efektima (npr. morfin ili kodein).

kao i da je namenjen za oralnu upotrebu. Razume se, i u pogledu ovih kategorija lekova od naročito značaja je indikacija njihove primene i odgovarajuće doze, budući da samostalno ili u kombinaciji sa drugim lekovima takođe mogu voditi neželjenim reakcijama. Pored toga, proizvodi od lekovitog bilja mogu imati i formu čaja ili dijetetskog proizvoda. Većina lekovitog bilja se na tržištu i nalazi kao vid namirnice, u formi čaja.¹²⁸ Da bi pak biljni čaj (kao proizvod čiji aktivni sastojak potencijalno sadrži biljke, biljne sirovine, preparate biljnih sirovina ili sastojke izolovane iz biljnih materijala koji se uobičajeno ne koriste u ishrani) dobio formu dijetetskog proizvoda, Agencija za lekove i medicinska sredstva Srbije u postupku njegove kategorizacije mora dati stručno mišljenje da proizvod nije lek.

Radnje su izdavanje i spravljanje lekova. Pod izdavanjem se prema jednoj sentenci razume izdavanje lekova isključivo fizičkim licima, zbog čega se „ne bi radilo o nadriapotekarstvu ako okrivljeni nemajući ovlašćenje za trgovinu prodaje apotekama lekove donete iz inostranstva“.¹²⁹ U tom slučaju bi se, eventualno, moglo raditi o krivičnom delu nedozvoljene trgovine (čl. 235 KZ). To i u jednom novijem primeru iz sudske prakse zaključuje domaći sud, u situaciji kada je lekar upućivao pacijente da lek kupuju u njegovoj neregistrovanoj ordinaciji, a gde su i treća lica preko ovog lekara prodavala lekove (preostale nakon lečenja) koje su nabavljala iz inostranstva.¹³⁰ Štaviše ovde bi po pravilu bio ostvaren teži oblik ovog krivičnog dela (st. 2), budući da su lekovi roba čiji je promet ili zabranjen ili ograničen. Iako za nadriapotekarstvo načelno ne bi bilo od značaja da li se lekovi prodaju fizičkim ili pravnim licima, kako je prodaja lekova od strane neovlašćenog lica svakako vid njihovog izdavanja, sticaj sa nadriapotekarstvom bi pre bio prividan.

S obzirom da pojam lečenja kao jednu od aktivnosti, kako smo videli, podrazumeva i određivanje terapije od strane lekara, izdavanje lekova kao radnju farmaceuta treba razlikovati od izdavanja lekova u smislu propisivanja recepta od strane lekara, kao naloga farmaceuta da

128 Vid. Pravilnik o kvalitetu čaja, biljnog čaja i njihovih proizvoda, *Službeni glasnik RS*, br. 4/12. Ovim pravilnikom su klasifikovane *standardne* vrste čaja.

129 Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž 2046/03 od 14. 7. 2003, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, 66/2005.

130 Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž1 1068/17 od 14. 12. 2017, *Inter-mex*.

pacijentu izda lek. U svakom slučaju, kako su i lekari ovlašćeni da u navedenom značenju izdaju lekove, oni se prema tumačenju prakse ne smatraju izvršiocima ovog dela, budući da imaju diplomu medicinskog ili stomatološkog fakulteta.¹³¹

Spravljanje lekova ne predstavlja tehnički termin u smislu ZLMS, pa se postavlja pitanje šta bi sve ova radnja mogla da obuhvati. Spravljanje lekova od strane farmaceuta jezički asocira na izradu tzv. magistralnih i galenskih lekova, koji se po receptu izrađuju za određenog pacijenta u apoteci (magistralni lek) odnosno (u malim serijama) u tzv. galenskoj laboratoriji, kada ne postoji ili nije dostupan lek za koji se izdaje dozvola (galenski lek).

Sporno je da li bi se pod spravljanje mogla podvesti i proizvodnja lekova. Ako se prihvati tumačenje da se kod ovog dela misli prvenstveno na pojedinačne akte spravljanja lekova za fizička lica, masovna proizvodnja lekova od strane neovlašćenih lica morala bi se podvesti pod neki drugi opis, pre svih krivično delo nedozvoljene proizvodnje (čl. 234 KZ) ili nedozvoljene trgovine robe čija je proizvodnja neovlašćeno organizovana (čl. 235, st. 2 i 3 KZ).

Od ovog opisa treba razlikovati situaciju kada lekove spravlja ili izdaje lice za to ovlašćeno, ali to čini nesavesno. U tom slučaju bi postojalo delo nesavesnog postupanja pri spravljanju i izdavanju lekova (čl. 255 KZ). Prema ovom opisu, zatvorom do tri godine kazniće se lice ovlašćeno za izdavanje lekova za upotrebu u medicini, koje izda drugi lek umesto propisanog ili zahtevanog leka, ako zamena nije dozvoljena, ili koje ne napravi lek u propisanoj razmeri ili količini, ili koje očigledno nesavesno postupa pri izdavanju lekova i time prouzrokuje pogoršanje zdravstvenog stanja nekog lica. Može biti zanimljivo pitanje da li bi kod ovog dela, po analogiji sa nesavesnim pružanjem lekarske pomoći (čl. 251 KZ), zbog radnje nesavesnog postupanja bio moguć samo eventualni a ne i direktni umišljaj. Pored umišljajnog, ovo delo ima i nehatni oblik (st. 2), za koji je propisana novčana kazna ili zatvor do jedne godine. Reč je o deliktu koji predstavlja pandan nesavesnom pružanju lekarske pomoći, s tim što se ovde radi o eventualnom nesavesnom postupanju farmaceuta. Ovo delo takođe ima teže oblike kvalifikovane nastupanjem teške telesne povrede, teškog narušenja zdravlja ili smrti pasivnog subjekta (čl. 259 KZ).

131 Tako izričito *ibid.*

Razliku treba napraviti i u odnosu na krivično delo protivpravnog vršenja medicinskih eksperimenata i ispitivanja leka (čl. 252 KZ), gde jedan od oblika (st. 3), kažnjava (zatvorom od tri meseca do tri godine) vršenje, protivno propisima, kliničkog ispitivanja leka. Da bi lek dobio dozvolu on mora biti farmaceutski, farmakološko-toksikološki i klinički ispitan (čl. 25, st. 1 ZLMS). Klinička ispitivanja leka se vrše na ljudima, u cilju identifikovanja neželjenih reakcija. Relevantne propise u ovoj materiji, osim ZLMS (čl. 59–93) čine i Pravilnik o kliničkom ispitivanju lekova u humanoj medicini, Smernice Dobre kliničke prakse¹³² i Smernice Dobre proizvođačke prakse (za veterinarske lekove).¹³³

Nije isključeno da se jedno lice bavi i nadrilekarenjem i nadriapotekarenjem. To bi podrazumevalo da ono u više prilika npr. i propisuje neka sredstva za lečenje i da ih pacijentu spravlja. Prema nekim gledištima,¹³⁴ u tim slučajevima bi sticaj pre bio prividan, iako ostaje otvoreno koji bi opis tu trebalo smatrati dominantnim.

Proizvodnja, prodaja i stavljanje u promet škodljivih lekova ostvaruje obeležja krivičnog dela proizvodnje i stavljanja u promet škodljivih proizvoda (čl. 256, st. 1. KZ). Kažnjivo je i ako se lekovi stavljaju u promet pošto im je istekao rok upotrebe (st. 2), pa i ako je to učinjeno iz nehata (st. 3), što može biti od značaja u pogledu apotekara koji nepažljivo izdaje lek kojem je istekao rok. Od škodljivog leka treba razlikovati lažni lek iz ZLMS, čija proizvodnja (čl. 109) i promet (čl. 134) ostvaruju obeležja privrednog prestupa (čl. 217), ili krivičnog dela nedozvoljene proizvodnje (vid. čl. 234, st. 2 KZ) ili trgovine (vid. čl. 235, st. 2 i 3 KZ).

Treba imati u vidu da zakonodavac posebno predviđa kao krivično delo proizvodnju štetnih sredstava za lečenje životinja (čl. 272 KZ), koje obuhvata i radnja stavljanja u promet ovih sredstava, što bi iz domašaja škodljivih lekova, u smislu čl. 256, isključilo tzv. veterinarske lekove.

132 Smernice Dobre kliničke prakse, *Službeni glasnik RS*, br. 108/17. Reč je o međunarodnom etičkom i naučnom standardu kvaliteta (*Good Clinical Practice, GCP*) ispitivanja koja uključuju ljudske ispitanike.

133 Smernice Dobre proizvođačke prakse (za veterinarske lekove), *Službeni glasnik RS*, br. 97/17 i 19/23. Ove smernice su zasnovane na dve direktive EU, koje se odnose na lekove u humanoj (2003/94) odnosno veterinarskoj medicini (91/412).

134 Z. Stojanović, 848.

4. DELA KVALIFIKOVANA TEŠKOM TELESNOM POVREDOM ILI SMRČU

Zakonodavac je predvideo i teška dela protiv zdravlja ljudi (čl. 259 KZ). U slučaju nastupanja teške telesne povrede ili teškog narušenja zdravlja pasivnog subjekta, učinilac bi se kaznio zatvorom od jedne do osam godina (st. 1), dok je u slučaju nastupanja smrti jednog ili više lica propisana kazna zatvora od dve do dvanaest godina (st. 2). Reč je o tipičnim delima kvalifikovanim težom posledicom, koja podrazumevaju da je u odnosu na nastupelu težu posledicu učinilac postupao sa nehatom. Kako osnovni oblik kao posledicu dela obuhvata samo apstraktnu opasnost, ovi kvalifikovani oblici ne bi bili ostvareni ni ako je učinilac pasivnog subjekta bio doveo u konkretnu opasnost za život, ili mu naneo laku telesnu povredu.

Kako ovi kvalifikovani oblici pretpostavljaju postojanje nehata, ako je učinilac postupao sa umišljajem odgovarao bi za neko od krivičnih dela protiv života i tela, pre svih umišljajnu tešku telesnu povredu ili ubistvo. Budući da su nadrilekari svesni činjenice da nemaju stručnu spremu, to nije isključen njihov eventualni umišljaj u pogledu mogućeg efekta pogoršanja zdravlja pacijenta. U tom slučaju bi sticaj odgovarajućeg dela protiv života i tela i nadrilekarstva ili nadriapotekarstva bio samo prividan.

5. PROBLEMATIKA STICAJA

U praksi je najrelevantnije preplitanje nadrilekarstva i nadriapotekarstva sa prevarom (čl. 208 KZ). Kod ovog dela se drugi u koristoljubivoj nameri lažnim prikazivanjem ili prikriivanjem činjenica dovodi u zabludu ili u njoj održava, i na taj način navodi da nešto učini ili ne učini na štetu svoje ili tuđe imovine. Tako je u jednom primeru okrivljena lažno prikazala da pomoću tzv. vihbutu praška iz Indije, koji potiče od Sai Babe, može izlečiti sina oštećene, bolesnog od dijabetesa, za šta joj je ova dala 350 maraka i 2000 dolara.¹³⁵ Obmanjivanje u ovoj materiji vrlo je često, iako žrtve najčešće nisu lakoverne; to su neretko

135 Bolesnik je nakon toga po nagovoru okrivljene čak prestao da uzima insulin, zbog čega je pao u komu i urgentno primljen u hitnu pomoć, gde mu je adekvatnom lecarskom pomoći život ipak spašen (presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž 2719/02 od 7. 2. 2003, *Ing-Pro*).

bolesnici koji su izgubili svaku nadu u sredstva konvencionalnog lečenja, podložni uticaju blistavih obećanja.¹³⁶

Kako je u ranijem zakonodavstvu u nadržilekarstvu prepoznavano kolektivno krivično delo, činjenica da je njegovo ostvarenje pretpostavljalo sticanje izvesnih prihoda isključivalo je prema sudskoj praksi (pravi) sticaj sa prevarom. Stoga je onaj ko je npr. u dužem vremenskom periodu lečio bez završenog medicinskog fakulteta za to primajući lični dohodak,¹³⁷ ili je pak naplaćivao svoje usluge,¹³⁸ odgovarao samo za nadržilekarstvo.¹³⁹ Stoga je u jednom slučaju zaključeno nadržilekarstvo a ne prevara iako je kozmetičarka naplatila lečenje oštećenog od psorijaze (nanošenje kreme na ruke i noge) 1000 nemačkih maraka.¹⁴⁰

U novijoj judikaturi se uglavnom postupa drugačije, budući da zakonski opis nadržilekarstva i nadriapotekarstva iz čl. 254 KZ više ne podrazumeva da se pribavlja imovinska korist. Kako je pribavljanje imovinske koristi karakteristično za pojavu nadržilekarenja, takvo činjenično stanje predstavljalo bi, štaviše, pre pravilo nego izuzetak. Tako je u jednom primeru za prevaru osuđeno lice koje se lažno predstavljalo kao doktor (abdomenalni hirurg), i koje je za alternativne metode lečenja naplaćivalo novac. Osuđeni nije imao diplomu medicinskog fakulteta, a ranije je bio zaposlen kao elektroničar medicinskih aparata u Kliničkom centru Srbije, sa završenom srednjom elektrotehničkom školom.¹⁴¹ Isto bi važilo i ako bi nadržilekar prevarno postupao u nameri pribavljanja imovinske koristi a delo ostane u pokušaju, odnosno ne dovede do kakvog štetnog činjenja ili nečinjenja obmanutog.

Ono što može zakomplikovati eventualnu odgovornost za prevaru jeste neophodnost odgovarajućeg umišljaja učinioca, koji mora biti svestan da drugoga obmanjuje, to jest da ga lažnim prikazivanjem ili prikrivanjem činjenica dovodi u zabludu ili održava u zabludi.

136 *Quackery in California*, 267.

137 VSS, Kž1 478/86, *Zbirka sudskih odluka iz oblasti krivičnog prava 1973–1986 (II)*, Vrhovni sud Srbije, Beograd, 89.

138 Okružni sud u Beogradu, Kž 608/03 od 20.3.2003, *Sudska praksa*, 9/2004, 29.

139 Vid. Igor Vuković, *Komentar krivičnih dela protiv imovine*, Beograd 2023, 168. Kako smo već konstatovali, pre Krivičnog zakonika nadržilekarstvo je imalo kvalifikovani oblik ako je lečenje ili pružanje druge medicinske pomoći bilo učinjeno iz koristoljublja (čl. 128, st. 2 KZ RS).

140 Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž 608/03 od 20. 3. 2003, *Ing-Pro*.

141 Presuda Višeg suda u Čačku, Kž 47/17 od 9. 3. 2017, *Ing-Pro*.

Prevarant mora bar pristajati da su činjenice koje predočava lažne,¹⁴² što će izostati ako nadri lekar iskreno veruje u nadri lekarne akte koje primenjuje.¹⁴³

Može biti zanimljivo pitanje odnosa nadri lekarstva sa lažnim predstavljanjem (čl. 329 KZ). Ovo delo čini onaj ko se, u nameri da sebi ili drugom pribavi kakvu korist ili nanese drugom kakvu štetu, lažno predstavlja kao službeno ili vojno lice, ili neovlašćeno nosi kakve znake službenog ili vojnog lica. Lekari i drugo zdravstveno osoblje se prema tumačenju Vrhovnog suda mogu smatrati službenim licima, u situacijama kada kao subjekti kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja odlučuju o pravima, obavezama i interesima fizičkih ili pravnih lica ili o javnom interesu (vid. čl. 112, st. 3, tač. 3 KZ), što bi se cenilo od slučaja do slučaja.¹⁴⁴

Prema čl. 353 KZ kažnjivo je (novčanom kaznom ili zatvorom do dve godine) neovlašćeno i za nagradu bavljenje određenom delatnošću, za čije obavljanje je po zakonu ili drugim propisima donetim na osnovu zakona potrebna dozvola nadležnog organa, odnosno drugog nadležnog subjekta. Budući da je reč o novom delu propisanom Krivičnim zakonikom, u literaturi uglavnom izostaje njegova naučna obrada, osim što se ukazuje na neodređenost kriminalne zone i kriminalno-političku dubioznost krivičnopravne reakcije u pogledu neovlašćenog bavljenja svakom delatnošću.¹⁴⁵ Sa ovim deliktom nadri lekarstvo i nadriapotekarstvo je u prividnom sticaju, budući da i opis iz čl. 254 KZ predstavlja vid neovlašćenog bavljenja određenom delatnošću. Zanimljivo je primetiti da je kod dela iz čl. 353 kažnjivo samo kada se delatnost neovlašćeno obavlja uz nagradu, što, kako smo videli, ne predstavlja obeležje nadri lekarstva i nadriapotekarstva. To je, međutim, i logično, s obzirom na apstraktno opasni karakter radnje neovlašćenog lečenja, gde je okolnost da je pritom bila pribavljena i neka korist u drugom planu. Delo iz čl. 353 KZ bilo bi potisnuto nezavisno od eventualnog primanja kakve nagrade.

U pogledu ovog dela treba primetiti i to da mnogi uporedni krivični zakoni, i kada ne predviđaju neposredno krivičnu odgovornost za nestručno lečenje, poznaju krivično delo lečenja bez odgovarajuće

142 Vid. I. Vuković (2023), 159.

143 S pravom M. J. Mehlman, 358.

144 Vid. Kzz 977/16 od 9. 3. 2017. (vid. <https://vrh.sud.rs/sr-lat/kzz-9772016>).

145 Z. Stojanović, 1052.

dozvole organa upravne vlasti. Iako se i tu, ako izdavanje takvih dozvola i licenci pretpostavlja ispitivanje stručnih kvalifikacija i obrazovanja ili polaganje stručnog ispita, time posredno tvrdi da učinilac dela nije osposobljen da leči, naglasak je ipak na zanemarivanju formalnih uslova za lečenje. Zbog toga bi u takvom modelu krivičnu odgovornost ponelo i lice koje je završilo medicinski fakultet, ali koje nije pribavilo odgovarajuću dozvolu.

Treba primetiti da je srpski zakonodavac, nalik nekim zakonodavstvima iz regiona, u Zakonu o veterinarstvu¹⁴⁶ (čl. 155) inkriminisao i *nadriveterinarstvo*, iako ga nije posebno imenovao. Nadriveterinarstvo bi činilo „lice koje se u smislu ovog zakona ne smatra veterinarskim radnikom, a obavlja veterinarsku delatnost“. Propisana je kazna zatvora do jedne godine. Premda se u literaturi ukazuje na nesumnjivu opravdanost takve inkriminacije,¹⁴⁷ pada u oči drugačije obličje opisa u odnosu na nadriplekarstvo i nadriapotekarstvo, što je uslovalo da se u literaturi „obavljanje“ tumači kao kolektivno krivično delo za čije je vršenje dovoljno da je radnja preduzeta i jedanput.¹⁴⁸ Treba primetiti da je obavljanje veterinarske delatnosti znatno širi pojam (vid. čl. 4 ZVD) od „otkrivanja i dijagnostikovanja bolesti i lečenja obolelih životinja“, kao samo jedne od 14 aktivnosti koje mogu da čine veterinarsku delatnost, što ovaj delikt ipak znatno udaljava od nadriplekarstva i nadriapotekarstva. Stiče se ipak utisak da širenje kriminalne zone ovde predstavlja pre rezultat loše zakonodavne tehnike nego stvarnih namera zakonodavca.

U slučaju da nedozvoljeni prekid trudnoće (čl. 120 KZ) obavi lice koje nema medicinsku spremu, sticaj sa nadriplekarstvom će biti prividan.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Iako je prema domaćem krivičnom zakonodavstvu kažnjivo (novčanom kaznom ili zatvorom do dve godine) neovlašćeno bavljenje bilo kojom delatnošću za čije obavljanje je po zakonu ili drugim propisima neophodna dozvola nadležnog organa (čl. 353 KZ), zakonodavac ceni da je neovlašćeno bavljenje zdravstvenom delatnošću društveno

146 ZVD, Službeni glasnik RS, br. 91/05, 30/10, 93/12 i 17/19.

147 A. Batrićević, 62.

148 A. Batrićević, 67.

opasnije, imajući u vidu da je za nadržilekarstvo (čl. 254, st. 1 KZ) propisana stroža kazna (novčana kazna ili zatvor do tri godine). U svom sadašnjem obliku ovo delo podrazumeva bavljenje lečenjem ili pružanjem drugih medicinskih usluga bez odgovarajuće stručne spreme. S obzirom da je za ostvarenje opisa od značaja stručna sprema a ne odgovarajuća dozvola nadležnog organa, krivično ne bi odgovarao lekar koji ima formalno obrazovanje ali leči bez licence. Ne predstavlja obeležje da je učinilac postupao u nameri pribavljanja imovinske koristi ili da je istu kvazilečenjem i ostvario. Ako to bude slučaj, odgovaraće za dovršeno ili pokušano krivično delo prevare (čl. 208 KZ). Takvo činjenično stanje bi verovatno predstavljalo i pravilo.

Lečenje bez odgovarajuće stručne spreme predstavljalo bi korektiv krivične odgovornosti i iz ugla njenog donjeg praga. Krivičnu odgovornost mogli po pokrenuti samo oni akti kvazilečenja za koje je uopšte neophodno odgovarajuće stručno znanje, što neke uobičajene radnje nege i lečenja koje ne nose nikakvu opasnost ostavlja izvan kriminalne zone. Treba, međutim, imati u vidu da u uporednom pravu danas uglavnom nije kažnjivo pružanje zdravstvene pomoći koja bi odgovarala delatnosti medicinskih sestara i drugih zdravstvenih radnika slične struke, što bi u perspektivi moglo uticati na ne/kažnjivost ovih radnji i prema našem pravu.

Što se tiče nadriapotekarstva, i ovde bi, nezavisno od izvesne nedorečenosti zakonskog opisa, bilo smisljeno da delo ostvaruje ne samo onaj ko spravlja ili izdaje pravi lek, istina, bez odgovarajuće farmaceutske struke, nego i onaj ko pacijentu samo predstavlja da se radi o vaļjanom medikamentu, iako to nije tako. Na taj naćin bi pod opis došli i oni učinioi koji drugima npr. izdaju dijetetske ili kozmetićeke proizvode, pripisujući im lekovita dejstva.

U svakom slućaju, moųe se uoćiti da se u uporednom pravu, sa sve širim prihvatanjem metoda i postupaka komplementarne i alternativne medicine, nadržilećenju kao kriminalnoj aktivnosti pridaje sve manji znaćaj. Teųište krivićnog neprava se, u tom smislu, sve više pomera sa potencijalnog ugroųavanja zdravlja ljudi na nepoštovanje formalnih pretpostavki za obavljanje lekarske delatnosti (neophodnih licenci i odobrenja), nalik nekim drugim pozivima i zanimanjima. Ipak, to ne znaći da ova pojava u svom jezgru ni u takvim zakonodavstvima ne dobija odgovarajuću krivićnopravnu zaštitu. S obzirom na to da nadržilekarstvo po pravilu prati koristoljubiva namera, ako ponašanje zadobije obrise prevarnog postupanja učinilac će odgovarati za ovaj imovinski delikt.

Igor Vuković, PhD

Professor at the University of Belgrade – Faculty of Law

THE CRIMINAL OFFENSE OF QUACK MEDICINE AND QUACK PHARMACY (ART. 254 OF THE CRIMINAL CODE)

Summary

The development of conventional medicine throughout history was accompanied by the appearance of quackery. On the one hand, in the absence of trained doctors, people all the same needed treatment, which was generally available only from unqualified persons. On the other hand, this need has generated greed and often deception regarding the expected success in treatment. This caused this phenomenon to be considered a criminal offense in most legislations. However, with the increasing legalization of the so-called complementary (alternative) medicine, whose methods are less scientifically proven, the attitude towards quackery is somewhat changing. The author notes that the scope of the act of „providing other medical services“ is particularly debated, since in that way acts of not only treatment but also medical assistance and care are brought under the framework of incrimination. Serbian law also considers as punishable acts of quack pharmacy, which is defined as preparing or issuing of medicaments without the appropriate professional qualification. This incrimination also raises important questions, which the author tries to answer. In the conclusion, it is stated that, according to the factual situation, situations of quackery can often be brought under the criminal offense of fraud.

Key words: *Quack medicine. – Quack pharmacy. – Complementary and alternative medicine. – Spiritual healing*

LITERATURA

Alich, A., „Shamanism and Safety“, *Routledge Handbook of Complementary and Alternative Medicine* (eds. N. K. Gale, J. V. McHale), Routledge 2015, 87–97.

- Amand, S. S., „Protecting Neglect: The Constitutionality of Spiritual Healing. Exemptions to Child Protection Statutes“, *Richmond Journal of the Law and the Public Interest* 2/2009, 139–161.
- Amir-Azodi, A., *et al.*, „Causes and consequences of quack medicine in health care: a scoping review of global experience“, *BMC Health Services Research* 2024, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC10785397/pdf/12913_2023_Article_10520.pdf, 16. 10. 2024, 1–13.
- Asman, O., „Qur’anic Healing for Spiritual Ailments: Between Tradition, Religious Law and Contemporary Law“, *Medicine and Law* 2/2008, 259–281.
- Bertel, C., Schwaighofer, K., *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II*, Springer 2010³.
- Cawley, C. C., „Criminal Liability in Faith Healing“, *Minnesota Law Review* 1/1954, 48–74.
- Ciullo, A., „Prosecution without Persecution: The Inability of Courts to Recognize Christian Science Spiritual Healing and a Shift towards Legislative Action“, *New England Law Review* 1/2007, 160.
- Cohen, M. H., „Healing at the Borderland of Medicine and Religion: Regulating Potential Abuse of Authority by Spiritual Healers“, *Journal of Law and Religion* 2/2002–2003, 373–426.
- Čejović, B., *Krivično pravo u sudskoj praksi. Posebni deo*, Jugoslovenski centar za produktivnost rada, Beograd 1986.
- Čubinski, M., *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Izda-vačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1930.
- Čirić, J., „Nadrilekarstvo“, *Pravni informator* 9/2006, 66–71.
- Fundukian, L. J. (ed.), *The Gale Encyclopedia of Alternative Medicine*, Gale 2009³.
- Harrington, J., „Traditional Medicine and the Law in Kenya“, *Routledge Handbook of Complementary and Alternative Medicine* (eds. N. K. Gale, J. V. McHale), Routledge 2015, 180–201.
- Hawes, W. H. IV, „Faith-Healing Prosecutions: How Religious Parents Are Treated Unfairly by Laws That Protect Their Liberty“, *American Criminal Law Review* 3/2017, 887.
- Huber, G. W., Dietrich, J., „Geistheiler und Energetiker im Lichte des Arztvorbehalts“, *Recht der Medizin* 6/2018, 280–285.

- Jovanović, S., „Da li ukazivanje porodiljama babičke pomoći uz nagradu od strane lica koje nema propisanu stručnu spremu predstavlja krivično delo nadržilekarstva iz čl. 205 KZ“, *Pravni život* 2/1952, 4–5.
- Jovičević, A., *Komplementarna i alternativna medicina*, Institut za onkologiju i radiologiju Srbije, Beograd 2015.
- Kramarić, I., „Kriminološkopravni aspekti krivičnog djela nadržiliječništva“, *Naša zakonitost* 11–12/1988, 1316.
- Kraus, B., *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, N. Srzentić (red.), Savremena administracija, Beograd 1986.
- Lazarević, Lj., *Komentar Krivičnog zakonika*, Pravni fakultet Union, Beograd 2011².
- Malecha, W. F., „Faith Healing Exemptions to Child Protection Laws: Keeping the Faith versus Medical Care for Children“, *Journal of Legislation* 2/1985, 243–263.
- Martin, H., Debons, J., „CAM and Conventional Medicine in Switzerland“, *Routledge Handbook of Complementary and Alternative Medicine* (eds. N. K. Gale, J. V. McHale), Routledge 2015, 271.
- Mauerhofer, C., *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 169–187* (Hrsg. F. Höpfel, E. Ratz.), Wien 2007².
- Mehlman, M. J., „Quackery“, *American Journal of Law & Medicine* 2–3/2005, 349–363.
- Milovanović, D., „Krivično delo nadržilekarstvo“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 1/2022, 224–239.
- Murcott, T., *The Whole Story. Alternative Medicine on Trial?*, Macmillan 2005.
- Petrović, S., „Biljni i tradicionalni biljni lekovi, monografije EU i lista EU“, *Arhiv za farmaciju*, 4/2019, 221–269.
- Petrović, S., J. Kukić-Marković, M. Pavlović-Drobac, „Biljni lekoviti proizvodi: uslovi za bezbednu primenu“, *Arhiv za farmaciju* 2/2012, 119–135.
- Projekat i motivi Kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju*, Službeno izdanje Ministarstva pravde, Beograd 1910.
- „Quackery in California“, *Stanford Law Review* 2/1959, 265.

- Randelović, V., „Krivično delo nadrilekarstva u teoriji i sudskoj praksi“, *Pravni život* 9/2019, 233–248.
- Schumacher, K., *Alternativmedizin. Arzthaftungsrechtliche, arzneimittelrechtliche und sozialrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit*, Springer 2017.
- Simić, J., Jerinić, J., „Pravo na porođaj kod kuće – izbor, a ne slučajnost – i neke pravne posledice“, *Pravni zapisi* 1/2014, 120–161.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd 2020¹⁰.
- Šantrić, J., „Nadrilekarstvo“, *Branich* 3–4/2008, 88.
- Tahović, J. Đ., *Komentar Krivičnog zakonika*, Savremena administracija, Beograd 1956.
- Vuković, I., *Komentar krivičnih dela protiv imovine*, Beograd 2023.
- Vuković, I., *Krivično pravo Opšti deo*, Beograd 2024³.
- Vuković, I., Takozvana kolektivna krivična dela – obuhvat i opravdanje, *Kaznena reakcija u Srbiji. Deo XII*, Beograd 2022.

Article history:

Received: 19. 10. 2024.

Accepted: 27. 11. 2024.

PREGLEDNI ČLANCI

Stevan Adžić*

KLAUZULA ZABRANE KONKURENCIJE I PRAVA ZAPOSLENIH

Klauzula zabrane konkurencije primenjuje se na poslove u kojima zaposleni može da stekne posebna znanja ili pristup važnim informacijama tokom radnog odnosa. Njena svrha je zaštita poslodavca od potencijalnih štetnih posledica iznošenja informacija ili tajni trećim licima, a istovremeno ograničava prava zaposlenog na rad nakon prestanka radnog odnosa. Ugovorom o radu se određuje vreme trajanja zabrane konkurencije koje prema važećem Zakonu o radu ne sme biti duže od dve godine. Takođe, ova klauzula može biti i geografski ograničena kako bi se izbegla konkurencija na lokalnom tržištu. U slučaju kršenja zabrane konkurencije, poslodavac ima pravo da zahteva naknadu štete.

Ključne reči: Zabrana konkurencije. – Ugovor o radu. – Poslovna tajna. – Lojalnost. – Sloboda rada.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Klauzula zabrane konkurencije predstavlja temu od značaja u oblasti radnog prava, s obzirom na njenu svrhu da uspostavi harmoniju između zaštite poslovnih interesa poslodavaca i slobode zaposlenih u odabiru druge radne sredine. U praktičnom smislu, iz ovih razloga, institut klauzule zabrane konkurencije izaziva brojne pravne i etičke dileme.

Jedno od ključnih pitanja, a koje se odnosi na dileme koje postoje u praksi, jeste opravdanost ugovaranja ove klauzule.

U određenom broju situacija, poslodavci bez osnova pokušavaju da nametnu klauzulu zabrane konkurencije zaposlenima prilikom zaključivanja ugovora o radu kao sastavni deo istog, iako je njeno ugovaranje u konkretnom slučaju potpuno neopravdano prema važećim propisima.

* Autor je advokat u Beogradu, stevanadzic91@gmail.com (Republika Srbija).

Na ovaj način zaposlenom se otežava pozicija, te jedna od posledica pogrešne primene klauzule zabrane konkurencije može biti i zastoj u njegovoj karijeri. U tom smislu, fokus ovog rada su odgovori na pitanja o opravdanosti i preciziranju situacija u kojima poslodavac ima pravo da ugovori ovu klauzulu.

Cilj ovog rada je pružiti detaljnu analizu instituta klauzule zabrane konkurencije, ističući njen značaj i složenost u savremenom radnom pravu. Ova analiza obuhvata i etičke aspekte, kao i potencijalne posledice za zaposlene i poslodavce.

2. POJAM I PRAVNI REŽIM

Savremena ekonomska teorija posmatra konkurenciju kao nadmetanje igrača u tržišnoj utakmici – konkurencija nije ništa drugo nego sadržaj te utakmice. Konkurenti se međusobno nadmeću ko će da proizvede, odnosno da ponudi upravo ono što kupci traže, bio to postojeći ili nov proizvod, da pri istoj ceni ponude kvalitetniji proizvod, odnosno da pri istom kvalitetu proizvod ponude po nižoj ceni. Nadmetanje, tj. rivalitet učesnika u tržišnoj utakmici stvara konkurentski pritisak, pritisak koji jedan konkurent oseća od strane svih ostalih. Taj pritisak stvara podsticaje za ekonomsku efikasnost: da se proizvodi upravo ono što je potrebno, da se to proizvodi bolje, kvalitetnije i uz što manje troškove. Konkurentski pritisak osnovni je pokretač svih učesnika na tržištu da budu bolji nego što jesu, pa je time osnovni pokretač privrednog napretka. Tamo gde postoji snažna konkurencija, postoji i takav napredak.¹

Stupanjem na rad zaposlenog kod određenog poslodavca uspostavlja se njihova radno-funkcionalna veza. Tada nastaje radni odnos od kada zaposleni i poslodavac ostvaruju međusobna prava i obaveze.²

Institut zabrane konkurencije ima za cilj da zaštiti legitimne poslovne interese poslodavca koji omogućava zaposlenom da stekne dodatna, posebno važna tehnološka znanja, širok krug poslovnih partnera ili da dođe do saznanja posebno važnih poslovnih obaveštenja i

1 Boris Begović, Vladimir Pavić, *Uvod u pravo konkurencije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 11.

2 Borivoje Živković, „Zabrana konkurencije“, *Bilten Okružnog suda u Beogradu* 73/2006, 42.

tajni. Naime, zaposleni koji rade na određenim poslovima kod poslodavca, shodno anti-konkurentskoj klauzuli ugovora o radu, ne mogu da rade za konkurentskog poslodavca (ograničavanje slobode rada) ili za svoj račun (ograničavanje slobode preduzetništva, odnosno slobode ugovaranja), jer bi takav rad doveo do ugrožavanja poslovnih interesa poslodavca, odnosno do prouzrokovanja štete (nekad i u enormnom iznosu). Ograničavanje slobode rada je ograničeno vremenski (ne duže od dve godine) i prostorno (na području gde se realno može konkuri-sati poslodavcu).³

Poslodavac će nametnuti takvu klauzulu ako to zahtevaju organizacija rada i poslovanja, odnosno vrsta i sadržaj usluga kojima se bavi. To će učiniti onda kada oceni da između njega i zaposlenog može doći do sukoba interesa koji nastaje mogućnošću iskorišćavanja od strane zaposlenog znanja, veština i poverljivih informacija do kojih ne bi bio u mogućnosti da dođe da mu nisu povereni određeni poslovi. Njen razlog je zabrana takmičenja poslodavca i zaposlenog kada je to na štetu poslodavca uz uslov da postoji mogućnost u vidu iskorišćavanja onoga što pripada kao posebnost poslodavcu – do čega je on došao na osnovu svoga posla; i koje zato nema karakter opštih već samo toj radnoj sredini pripadajućih veština, metoda rada, tehnoloških znanja i saznanja. Na taj način se ostvaruju dva legitimna cilja: poslodavac kao korisnik klauzule štiti svoj ekonomski interes, dok zaposleni kao dužnik naznačene obaveze ostvaruje slobodu rada. On to svoje pravo ograničava na osnovu slobodno izražene volje koja se materijalizuje kroz njegov izbor da prihvati ugovor o radu sa ovom klauzulom ili da ne zasnuje radni odnos.⁴

U rečniku stranih reči i izraza klauzula konkurencije označava trgovačko pravnu pogodbu kojom se službenik ograničavao u korist svog bivšeg poslodavca u svom privrednom radu. Još je Srpski građanski zakonik iz 1844. godine poznavao ovaj institut. Tako je i Trgovački zakonik iz 1937. godine propisivao institut zabrane konkurencije koja se odnosila na članove uprave Trgovačkog društva. Naime, navedenim zakonom bila je propisana zabrana konkurencije koja se sastojala u tome da bez pristanka skupštine članovi uprave ne smeju ni za svoj ni za tuđi račun obavljati poslove kojima bi se u društvu pravile utakmice, ne smeju biti lično odgovorni drugari, organi ili nameštenici u

3 Branko Lubarda, „Konkurencija u oblasti radnog prava“, *Pravo i privreda* 5–8/2002, 896.

4 B. Živković, *op. cit.*, 43–44.

kojem preduzeću, koje pravi društvu utakmicu ili bi je moralo praviti. Takođe, zabranu konkurencije propisivao je i raniji Zakon o preduzećima.⁵ Profesor Jankovec, komentarišući odredbe ovog Zakona, ističe da se na jednoj strani nalazi interes svakog fizičkog lica da se zaposli ili da se bavi nekom privrednom delatnošću, jer je sloboda rada univerzalna tekovina čovečanstva. Na drugoj strani, preduzeća imaju interes da budu zaštićena od konkurentnih aktivnosti svojih zaposlenih i članova uprave. Normativno uređivanje ovakvih odnosa, u kojima učestvuju sukobljeni, ali legitimni interesi, često je vrlo teško postići na zadovoljavajući način.⁶

Važeći Zakon o radu⁷ predviđa zabranu konkurencije, kojom se ugovorom o radu mogu utvrditi poslovi koje zaposleni ne može da radi u svoje ime i za svoj račun, kao ni u ime i za račun drugog pravnog ili fizičkog lica, bez saglasnosti poslodavca kod koga je u radnom odnosu. Zabrana konkurencije može da se utvrdi samo ako postoje uslovi da zaposleni radom kod poslodavca stekne nova, posebno važna tehnološka znanja, širok krug poslovnih partnera ili da dođe do saznanja važnih poslovnih informacija i tajni. Opštim aktom i ugovorom o radu utvrđuje se i teritorijalno važenje zabrane konkurencije, u zavisnosti od vrste posla na koji se zabrana odnosi. Ako zaposleni prekrši zabranu konkurencije, poslodavac ima pravo da od zaposlenog zahteva naknadu štete.⁸

Pored toga, Zakon o radu omogućava poslodavcima i zaposlenima da ugovore uslove zabrane konkurencije nakon prestanka radnog odnosa, ali taj period ne može trajati duže od dve godine. Ova zabrana se može ugovoriti samo ako se poslodavac obaveže da će zaposlenom isplatiti odgovarajuću novčanu naknadu u ugovorenoj visini.⁹

5 Vera Kusovac, „Neka pitanja u vezi zabrane konkurencije“, *Pravo* 23/2006, 22.

6 Ivica Jankovec, „Zakon o preduzećima i klauzula konkurencije“, *Radno i socijalno pravo* 1–3/1997, 337.

7 Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

8 Zakon o radu, čl. 161.

9 Zakon o radu, čl. 162.

3. ZAŠTITA POSLOVNE TAJNE

Dužnost poštovanja zabrane konkurencije je povezana sa dužnošću čuvanja poslovne tajne, i zapravo je, između ostalog, vid „praktičnije“ garancije da će do zaštite poslovne tajne doći.¹⁰

Poslovna tajna je informacija, ali ne bilo koja već samo ona koja njenom nosiocu obezbeđuje kompetitivnu, tj. konkurentsku prednost na tržištu, tako da na osnovu poslovne tajne koju poseduje ostvaruje neku komercijalnu vrednost. To može biti formula ili proizvodni metod, dizajn, kompjuterski kod i drugo. Poslovne tajne mogu biti i odgovarajuće komercijalne i finansijske informacije, kao što su liste kupaca, cenovne liste, marketinški i biznis planovi, dogovori o nabavkama i slično. Čak i negativne informacije, kao što su detalji o neuspelim pokušajima da se prebrodi problem u proizvodnom procesu određene robe ili o pokušajima prodaje određene robe i slično, mogu biti poslovne tajne, jer na osnovu njih konkurenti mogu da znaju šta ne treba raditi i tako mogu da ostvare značajne uštede, a samim tim i kompetitivnu prednost u odnosu vlasnika informacije.¹¹

Širi značaj poslovne tajne kao instituta možemo pronaći u važećem Zakonu o privrednim društvima.¹² Lica iz čl. 61¹³ ovog zakona, kao i lica zaposlena u društvu, dužna su da čuvaju poslovnu tajnu društva. Ova obaveza važi i nakon prestanka tog svojstva, u periodu od dve godine od dana prestanka tog svojstva. Osnivačkim aktom, statutom, odlukom društva ili ugovorom zaključenim sa tim licima može se predvideti da taj period bude duži, ali ne duži od pet godina. Poslovna tajna prema ovom zakonu je podatak čije bi saopštavanje trećem licu moglo naneti štetu društvu, kao i podatak koji ima ili može imati ekonomsku

10 Igor Muidža, „Dužnost poštovanja zabrane konkurencije“, *Pravo i privreda* 62/2024, 277.

11 Katarina Jovičić, „Poslovne tajne – određenje i osnovi zaštite“, *Strani pravni život* 1/2018, 10.

12 Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 i 109/2021.

13 Posebne dužnosti prema društvu imaju: ortaci i komplementari, članovi društva sa ograničenom odgovornošću koji poseduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva ili član društva sa ograničenom odgovornošću koji je kontrolni član društva u smislu člana 62 ovog zakona, akcionari koji poseduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva ili akcionar koji je kontrolni akcionar društva u smislu člana 62 ovog zakona, direktori, članovi nadzornog odbora, zastupnici i prokuristi i likvidacioni upravnik.

vrednost zato što nije opšte poznat, niti je lako dostupan trećim licima koja bi njegovim korišćenjem ili saopštavanjem mogla ostvariti ekonomsku korist i koji je od strane društva zaštićen odgovarajućim merama u cilju čuvanja njegove tajnosti. Takođe, poslovna tajna je i podatak koji je zakonom, drugim propisom ili aktom društva određen kao poslovna tajna. Aktom društva može se kao poslovna tajna odrediti samo podatak koji ispunjava navedene uslove, dok se svi podaci koji se odnose na poslovanje društva ne mogu odrediti kao poslovna tajna. Podatak koji se smatra poslovnom tajnom može biti proizvodni, tehnički, tehnološki, finansijski ili komercijalni, studija, rezultat istraživanja, kao i dokument, formula, crtež, objekat, metod, postupak, obaveštenje ili uputstvo internog karaktera i slično.¹⁴

Ne smatra se povredom dužnosti čuvanja poslovne tajne saopštavanje podataka iz čl. 72 ovog zakona ako je to saopštavanje obaveza propisana zakonom, neophodno radi obavljanja poslova ili zaštite interesa društva, ili učinjeno nadležnim organima ili javnosti isključivo u cilju ukazivanja na postojanje dela kažnjivog zakonom.¹⁵

Kada je reč o novim tehnološkim znanjima to nije svaka sistemska primena naučnih i drugih organizovanih znanja za praktične svrhe, već je uz to nužno da ta znanja nose atribut nova. Ona da bi bila merodavna treba da predstavlja tehnološku inovaciju u značenju tehnoloških zamisli u određenom području proizvodne aktivnosti gde takve zamisli prethodno nije bilo u primeni. Novina može da se sastoji u uvođenju same tehnološke zamisli ili u načinu njene primene.¹⁶

Širok krug poslovnih partnera sa kojima zaposleni može ostvariti kontakt obavljajući određene poslove za poslodavca može na primer biti prisutan u trgovinskim uslugama koje obuhvataju: agencijske usluge, posredničke, zastupničke, komisione i berzanske usluge, usluge uskladištenja, usluge otpremanja i dopremanja robe, usluge kontrole kvaliteta i kvantiteta robe, usluge osiguranja robe, usluge ekonomske propagande i promocije, usluge tržnice i druge usluge uobičajene u trgovini.¹⁷

14 Zakon o privrednim društvima, čl. 72.

15 Zakon o privrednim društvima, čl. 73.

16 B. Živković, *op. cit.*, 50–51.

17 *Ibid.*

4. ZAKONSKI I ETIČKI IZAZOVI KLAUZULE ZABRANE KONKURENCIJE

Pakt o nekonkurenciji ne sme predstavljati nepotrebne teškoće u karijeri zaposlenog u odnosu na poslovne interese poslodavca.¹⁸

Odluka o mogućnosti ugovornih strana da u njegovom sadržaju uredi institut zabrane konkurencije može biti predmet njegovog uređenja ako je to rezultat saglasnosti njihovih volja. To nije obavezna već fakultativna klauzula ovog pravnog posla. Za slučaj da je ona izostala zabrana konkurencije kao radnopravna dužnost ne važi. Prema sadržaju naznačene norme: Ugovorom o radu mogu da se utvrde poslovi koje zaposleni ne može da radi u svoje ime i za svoj račun, kao i u ime i za račun drugog pravnog ili fizičkog lica, bez saglasnosti poslodavca kod koga je u radnom odnosu.¹⁹

Određenim autorima se činilo da ugovorno ograničenje slobode rada nije u potpunosti opravdano sa pravnog stanovišta, kao i sumnjive ekonomske i praktične korisnosti.²⁰

Zakonski osnov za zabranu konkurencije, prema nekim autorima, nalazi se u samom biću radnog odnosa u kojem se zakonom štite legitimni interesi subjekata radnog odnosa.²¹

Tome služi i propisano ograničenje da se zabrana može ugovoriti samo u meri koja štiti ekonomski interes poslodavca. Za slučaj da se ugovori zabrana konkurencije moraju se poštovati i definisani uslovi, što je ograničenje slobode njenog ugovaranja. Zakon joj nameće dva ograničenja. Prvo se tiče određenja pojma konkurencije koji predstavlja uslov bez koga nema mogućnosti njenog pravno dopuštenog ugovaranja, a drugo ograničenje se odnosi na vremensko i prostorno važenje ovog pravila. Ugovorom o radu određuju se poslovi koje zaposleni ne može da radi u svoje ime i za svoj račun, kao i u ime i za račun drugog pravnog ili fizičkog lica, bez saglasnosti poslodavca kod koga je u radnom odnosu. Svako obavljanje poslova u svoje ime i za svoj račun,

18 Martin E. Risak, *Labour Law in Austria*, Kluwer Law International, The Netherlands 2010, 141.

19 B. Živković, *op. cit.*, 43.

20 Michel Despax, Jean-Pierre Laborde, Jacques Rojot, *Labour law in France*, Kluwer Law International 2011, 181.

21 Radoje Brković, „Zabrana konkurencije poslodavcu i dostojavnstvo radnika na radu“, *Radno i socijalno pravo* 1/2008, 253.

ili za račun drugog pravnog ili fizičkog lica ne znači povredu ove klauzule, pa i nezavisno od toga što zaposleni iste, ili istovrsne poslove radi kod poslodavca i što su oni imenovani u ugovoru o radu.²²

U pravnoj literaturi, posebno nemačkoj, naročito je sporna pravna priroda instituta „lojalnost“ zaposlenog. Naime, tvrdi se da lojalnost zaposlenog predstavlja legitimni interes poslodavca koji proizilazi iz same prirode radnog odnosa. Ide se tako daleko da se lojalnost pretpostavlja i da stoga, iako zakonom propisana, nema potrebe da se zabrana konkurencije ugovorom o radu utvrđuje. Iz ovakvih shvatanja može se, prividno, izvući zaključak da je ona obavezna.²³

Obaveza odanosti zaposlenog poslodavcu, pravna je i moralna obaveza koja izvire iz uverenja, za razliku od poslušnosti, koja je rezultat nametnute dužnosti. Obaveza lojalnosti poslodavcu podrazumeva postupanje u najboljem interesu poslodavca, uključujući na određeni način i odanost poslodavcu i van mesta rada, odnosno u toku slobodnog vremena prilikom nastupanja u javnosti. Međutim, obaveza lojalnosti poslodavcu ne sme da vodi ugrožavanju javnog interesa, koji se izdiže nad privatnim interesom poslodavca. Otuda, naročito u javnom sektoru, zarad zaštite javnog interesa, zakonom se predviđa donošenje odgovarajućih kodeksa ponašanja zaposlenih – državnih službenika, (univerzitetskih) nastavnika, lekara i drugih zdravstvenih radnika, socijalnih radnika, čije nepoštovanje predstavlja povredu discipline ponašanja.²⁴

5. OGRANIČENJA KLAUZULE ZABRANE KONKURENCIJE

Ne može se shvatiti da klauzula nema ograničenja. Zakon, a i opšti akt poslodavca određuje domen primene klauzule. Ograničenja su pre svega zbog zaštite zaposlenog, a u cilju da se izbegne zloupotreba poslodavca. Naime, da bi klauzula bila punovažna ugovorom o radu moraju se precizno regulisati polje profesionalne aktivnosti, vreme i teritorija na koju se odnose posledice primene klauzule zabrana konkurencije poslodavcu.²⁵

22 B. Živković, *op. cit.*, 44.

23 R. Brković, *op. cit.*, 253.

24 Branko Lubarda, *Uvod u radno pravo: sa elementima socijalnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2016⁴, 254.

25 R. Brković, *op. cit.*, 255.

Teritorijalno važenje ove klauzule utvrđuje se opštim aktom ili u ugovoru o radu u zavisnosti od vrste posla na koji se zabrana odnosi. Dovoljno je da se to učini u nekom od naznačenih izvora prava.²⁶

Prema nemačkom zakonu, ako se klauzula primenjuje širom sveta, ili ako je geografsko ograničenje izostavljeno, klauzula će se smatrati suviše širokom i biće ništavna.²⁷ Takođe, nakon okončanja radnog odnosa klauzula zabrane konkurencije u nemačkom pravu može maksimalno da traje dve uzastopne godine, a kompenzacija minimalno može da iznosi 50% od poslednje plate zaposlenog (obuhvata i sve forme varijabilnih naknada, kao što su bonusi, napojnice ili jubilarne nagrade) i mora da bude isplaćivana na mesečnom nivou za vreme trajanja ugovorenog perioda.²⁸

Odredba čl. 161, st. 3 Zakona o radu propisuje se da se nekim od naznačenih formalnih izvora prava utvrđuje i teritorijalno važenje zabrane konkurencije. Međutim, za slučaj da je takva klauzula izostala to ne bi eliminisalo njenu primenu, ali bi vodilo restrikciji na tu temu. Tada bi trebalo istražiti zajedničku volju ugovornih strana i odredbu tako razumeti kako to odgovara načelima obligacionog prava utvrđenim Zakonom o obligacionim odnosima. Polazeći od načela: dužnosti ispunjenja obaveza (čl. 17) u svakom slučaju ona bi važila u mestu gde se nalazi sedište poslodavca odnosno mestu gde zaposleni za njega obavlja poslove. Tome u prilog i to da ugovor o radu po slovu odredbe čl. 33, st. 1, tač. 1 i 5 Zakona sadrži: naziv i sedište poslodavca i mesto rada. Ne može se samo zbog odsustva klauzule o teritorijalnom važenju tvrditi nepostojanje ugovorene klauzule zabrane konkurencije. Volja ugovornih strana iskazana u ovoj klauzuli nije bila da se stvori norma van prostora pa time i bez teritorijalnog važenja. Sedište je mesto iz koga se upravlja poslovima društva i ono se određuje osnivačkim aktom i registruje se u skladu sa zakonom kojim se uređuje registracija privrednih subjekata. Isto tako mesto gde se obavljaju poslovi je onaj prostor gde primarno može zaposleni doći u takmičarski odnos sa poslodavcem, jer je u tom ambijentu dužan da izvršava

26 B. Živković, *op. cit.*, 45.

27 Jens Kirchner, Eva Mittelhman, „Labour conflicts“, *Key aspects of German employment and labour law*, (eds. Kirchner Jens, Kremp Pascal, Magotosch Michael), Springer, Berlin 2010, 130.

28 Aleksandra T. Popović, *Smetnje za zasnivanje radnog odnosa: legitimni ciljevi i ograničenja, doktorska disertacija (neobjavljena)*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 264.

obaveze. Poslodavac i zaposleni su ugovorili zabranu konkurencije da bi je primenili a ne suprotno. Oponent bi mogao da prigovori da se u datoj situaciji ne zna prostorno važenje ove ugovorne norme, pošto isto nije ugovoreno ili opštim aktom propisano, ali to je pogrešno. Svaka norma važi najednom određenom prostoru.²⁹

6. PRAVNA ODGOVORNOST ZAPOSLENIH KOD POVREDE KLAUZULE ZABRANE KONKURENCIJE

Subjekti radnog odnosa, kao dvostranog pravnog odnosa imaju zajedničke pravne i ekonomske interese. Pravne interese ostvaruju kroz pravni odnos, a ekonomske kroz konkurentske sposobnosti pri čemu između njih mora biti poštovano načelo lojalnosti. To znači da se radnik kako tokom trajanja radnog odnosa tako i posle njegovog prestanka mora ponašati tako da poslodavcu ne nanese štetu. Zaposleni mora uživati i dodatna prava, naročito kada mu prestane radni odnos, a ta prava mora garantovati poslodavac. Znači, zaposleni i poslodavac treba da budu u antikonkurentskom odnosu, a da bi bili to se mora i ugovoriti tj. ugovorom o radu navešće se pod kojim uslovima radnik može obavljati rad, a da ne prouzrokuje štetu poslodavcu.³⁰

U slučaju da zaposleni prekrši nekonkurentsku klauzulu ugovora o radu, Zakon o radu predviđa pravo poslodavca da od zaposlenog zahteva naknadu štete. *De lege ferenda* bilo je moguće propisati zajedničku (pasivna deljiva obligacija) odgovornost zaposlenog i drugog poslodavca koji je pribavio korist angažovanjem zaposlenog uprkos postojanja zabrane konkurencije, pošto se veoma često povredom ne-konkurentske klauzule prouzrokuju štete u tako velikom iznosu da sam zaposleni ne može da nadoknadi, a i sekundarni poslodavac zapošljava radnika suprotno zabrani konkurencije. Otuda, zaštiti legitimnih interesa primarnog poslodavca i zaštiti načela (lojalne) konkurencije više može da doprinese zakonsko pripisivanje zajedničke odgovornosti (zaposlenog i sekundarnog poslodavca), što je prihvaćeno u uporednom pravu.³¹

29 B. Živković, *op. cit.*, 46.

30 R. Brković, *op. cit.*, 252.

31 B. Lubarda (2002), *op. cit.*, 269.

Visina pretrpljene štete se mora dokazati u sudskom postupku. Da bi se izbegli problemi koji povodom toga mogu nastati, u praksi se često pristupa ugovaranju paušalne naknade, kao svojevrzne ugovorne kazne za slučaj povrede pravila o zabrani konkurencije.³²

Pored naknade štete, raniji poslodavac može da zahteva i da prestane konkurentnska aktivnost, odnosno da prestane radni odnos kod konkurentnskog poslodavca za vreme važenja nekonkurentnske klauzule.³³

Da bi došlo do povrede zabrane konkurencije od strane zaposlenog dovoljno je da zaposleni obavlja poslove gde postoje uslovi da iskoristi neku od naznačenih okolnosti, ali ne i da ih stvarno iskorišćava. U tom značenju i hipotetički iskaz iz odredbe čl. 161, st. 2. Zakona koji glasi: „Zabrana konkurencije može da se utvrdi ako postoje uslovi da zaposleni radom kod poslodavca stekne nova, posebno važna tehnološka znanja, širok krug poslovnih partnera, ili da dođe do saznanja važnih poslovnih informacija i tajni.“ Poslodavac će u postupku zaštite svog prava zbog povrede ove klauzule od strane zaposlenog biti dužan da dokaže da je zaposleni radio u svoje ime i za svoj račun, ili u ime drugog pravnog odnosno fizičkog lica, na poslovima koji su utvrđeni u ugovoru o radu kao oni na kojima on ne može da radi bez saglasnosti poslodavca. Takođe, poslodavac mora dokazati da su po osnovu rada kod poslodavca postojali uslovi da zaposleni koji se našao u ovoj situaciji ostvari neku od naznačenih pretpostavki. Nije nužno da je došlo do prenošenja novih posebno važnih tehnoloških znanja, iskorišćavanja širokog kruga poslovnih partnera, ili važnih poslovnih informacija i tajni, jer to zakon ne propisuje, pa poslodavac to ne treba da pokazuje.³⁴

7. UGOVARANJE I SADRŽAJ

Zabrana konkurencije poslodavcu može se pojaviti u različitim oblicima. Jedan oblik je zabrana obavljanja poslova iz delatnosti koju obavlja poslodavac. Takođe, poslodavac može imati pravo na prvenstvo

32 Miodrag Mićović, *Klauzula sukoba interesa i zabrane konkurencije*, Institut za pravne i društvene nauke, Beograd 2006, 53.

33 Branko Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Beograd: Pravni fakultet – Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2012, 753.

34 B. Živković, *op. cit.*, 45.

otkupa izuma, inovacije, tehničkog unapređenja ili drugog pronalaska iz delatnosti poslodavca koje je zaposleni ostvario radom kod poslodavca. Pored toga, može se raditi o zabrani zasnivanja radnog odnosa za određeni vremenski period, koji je određen zakonom, kod drugog poslodavca nakon prestanka radnog odnosa. Na kraju, zabrana konkurencije može se primenjivati i u omladinskim i studentskim zadrugama, kao i u drugim neprofitnim organizacijama i udruženjima.³⁵

Nakon prestanka radnog odnosa, klauzula zabrane konkurencije može zaštititi interes poslodavca. Mađarski Zakon o radu propisuje: „U okviru radnog odnosa, zaposleni neće učestvovati u bilo kakvom ponašanju koji ugroze zakonite ekonomske interese poslodavca, osim ako to nije ovlašćeno zakonskim propisima.“³⁶

Naime, činjenica da klauzula zabrane konkurencije ograničava slobodu rada zaposlenog govori u prilog tome da ova klauzula treba da bude sastavni deo ugovora o radu samo u izuzetnim prilikama. Ipak, situacija u praksi je često u raskoraku sa ovim načelnim pravilom. Štaviše, moglo bi se reći da su „poslodavci iskoristili klauzule zabrane konkurencije da milionima radnika oduzmu slobodu da promene posao ili započnu sopstveni posao“.³⁷ Obaveza ponašanja po klauzuli zabrane konkurencije kada je ona ugovorena nameće ponašanje poslodavcu i zaposlenom u određenom prostoru, a to je u svakom slučaju mesto gde se nalazi sedište poslodavca ili gde zaposleni za njega obavlja poslove, ako drugačije nije ugovoreno ili opštim aktom propisano. Rešenje iz odredbe čl. 161 Zakona o radu o teritorijalnom važenju ove klauzule ima svoj zakonski razlog u sprečavanju zloupotrebe ove zabrane nametanjem pretpostavke o njenom teritorijalnom važenju bez ograničenja. Na prethodno opisani način se to sprečava ali se istovremeno zadržava važnost ove klauzule u pravnom saobraćaju jer je to bila volja ugovarača.³⁸

35 R. Brković, *op. cit.*, 254.

36 József Hajdú, *Labour Law in Hungary*, Kluwer Law International, The Netherlands 2010, 127.

37 Mina Kuzminac, „Zabranjena konkurencije u ugovoru o radu – (ne)opravdano ograničenje slobode rada“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 2/2022, 419.

38 B. Živković, *op. cit.*, 47.

8. OPRAVDANOST UGOVARANJA

Analizom odredaba, uglavnom Zakona o radu, u većini država kojima se reguliše zabrana konkurencije poslodavcu, može se zaključiti da su iste kompleksne i nedovršene, da nisu *ius-cogens* jer od volje subjekata individualnog radnog odnosa, zavisi da li će navedena klauzula biti sastavni deo ugovora o radu.³⁹

Iako postoji više osnova za argumentaciju opravdanosti zabrane konkurencije u radnim odnosima (iz ugla poslodavca), ukratko se može reći da se tri osnovna argumenta odnose na uspostavljanje ravnoteže ukoliko poslodavac čini „izuzetna ulaganja“ u zaposlenog, vernost kao implicitnu obavezu zaposlenog, kao i samu činjenicu da je zaposleni slobodnom voljom pristao na ovakvo ograničenje slobode rada.⁴⁰

Zaposlenom se mora omogućiti da bez ikakvih teškoća obavlja profesionalne aktivnosti koje su mu imanentne. Utvrđivanjem od strane poslodavca da li je zabrana konkurencije neophodna u praksi sudova se primenjuju različiti kriterijumi. Tako npr. francuski sudovi polaze, uglavnom od dva razloga: prethodna delatnost u drugim granama privređivanja i stepen obrazovanja i znanja.⁴¹

U tom kontekstu, iako su klauzule zabrane konkurencije deo ugovora o radu te, načelno posmatrano, posledica pregovora i postizanja kompromisa između poslodavca i zaposlenog, činjenica da je poslodavac ekonomski nadmoćna strana često utiče na uključivanje zabrane konkurencije u ugovor o radu iako ne postoji opravdani razlog za to. Reč je o tome da poslodavci „nude“ klauzule zabrane konkurencije kao sastavni deo ugovora o radu, bez mogućnosti pregovora o ovakvoj klauzuli. U takvoj situaciji kandidat za zaposlenje je stavljen pred prividni izbor budući da ga, ne čak nužno ni odbijanje, već i samo zahtevanje pregovaranja o ovakvoj klauzuli stavlja u stanje (opravdanog) straha da će poslodavac odbiti da dalje pregovora, odnosno da će povući svoju ponudu. Takva situacija *de facto* dovodi do toga da poslodavci nameću klauzule zabrane konkurencije, a da kandidati za zaposlenje o ovom pitanju „nemaju pravo glasa“.⁴²

39 R. Brković, *op. cit.*, 255.

40 M. Kuzminac, *op. cit.*, 425.

41 R. Brković, *op. cit.*, 255–256.

42 M. Kuzminac, *op. cit.*, 429.

Međutim, nakon završetka ugovora o radu radnici su često sprečeni u pronalaženju novog posla klauzulom o zabrani konkurencije u svom prethodnom ugovoru o radu. Takve klauzule su legalne prema holandskom zakonu, ali Građanski zakonik zahteva, pod pretnjom ništavnosti, da se utvrde klauzule o nekonkurenciji u pojedinačnom ugovoru o radu u pisanoj formi. Štaviše, klauzula je nevažeća ako je sklopljena od strane maloletnika, a poslodavac se ne može pozvati na klauzulu o zabrani konkurencije ako je nepropisno raskinuo ugovor o radu. Ne pominju se dodatni uslovi, ali holandski zakonodavci su dali široka ovlašćenja sudovima da dodatno ograniče snagu klauzula o nekonkurenciji. Sud može u potpunosti ili delimično poništiti klauzulu ako procenjuje da klauzula neproporcionalno šteti interesu radnika. Pored toga, sud može ublažiti dogovorenu kaznu na klauzulu o zabrani konkurencije. Konačno, ako klauzula o zabrani konkurencije sprečava zaposlenog da radi osim u službi poslodavca, sud može narediti poslodavcu da plati štetu zaposlenom za vreme trajanja uzdržavanja.⁴³

U hrvatskom pravu ništavna je klauzula zabrane konkurencije koja ograničava radno angažovanje zaposlenog do dve godine nakon okončanja radnog odnosa, ukoliko se odnosi na maloletno lice ili na zaposlenog koji u vreme njenog zaključenja prima platu manju od prosečne plate u Republici Hrvatskoj. Ugovorna zabrana konkurencije obavezuje zaposlenog, samo ukoliko je poslodavac ugovorom preuzeo obavezu da će za vreme trajanja zabrane isplaćivati naknadu najmanje u iznosu polovine prosečne plate isplaćene zaposlenom u prethodna tri meseca pre prestanka ugovora o radu i to najkasnije do petnaestog u mesecu za prethodni mesec. Ugovorna zabrana konkurencije prestaje da važi, ukoliko zaposleni da otkaz iz razloga što je poslodavac teško povredio obavezu iz ugovora o radu i ako u roku od mesec dana od dana prestanka ugovora o radu dostavi pismenu izjavu da se ne smatra vezanim tim ugovorom, kao i ukoliko poslodavac otkáže ugovor o radu bez zakonski opravdanog razloga, osim ako u roku od petnaest dana od otkaza obavesti zaposlenog da će mu za vreme trajanja ugovorne zabrane konkurencije plaćati naknadu. Ugovorna kazna može da se ugovori za slučaj nepoštovanja ugovorne zabrane konkurencije, u kom slučaju poslodavac može zahtevati samo njenu isplatu, a ne i ispunjenje obaveze ili naknadu veće štete. Za slučaj nepoštovanja ugovorne

43 Antoine J. J. M. Jacobs, *Labour Law in the Netherlands*, The Hague: Kluwer Law International 2004, 89.

zabrane konkurencije, ugovorna kazna može se ugovoriti i za slučaj da poslodavac ne preuzme obavezu isplate naknade plate za vreme trajanja ugovorne zabrane konkurencije, ako je u vreme zaključenja takvog ugovora zaposleni primao plaću veću od prosečne plate u Republici Hrvatskoj.⁴⁴

Zaposleni koji ima naznačenu dužnost ne može da radi u svoje ime i za svoj račun kao i u ime i za račun drugog pravnog ili fizičkog lica bez saglasnosti poslodavca. Na taj način se sankcioniše svaka mogućnost iskorišćavanja naznačenih znanja, veština, informacija, ili poslovnih partnera. Zabrana se odnosi na samostalno iskorišćavanje, ali i na trgovinu. Povreda naznačene klauzule može biti učinjena i u vidu otkrivanja informacije. Nužno je i da takva radnja nije obavljena uz saglasnost poslodavca. Zahtev zakona je pisana forma u kojoj mora biti data saglasnost, jer se i ugovor o radu zaključuje u tom obliku. Saglasnost može biti data prethodno i tadaje to dozvolava ili naknadno odobrenje.⁴⁵

Klauzula zabrane konkurencije poslodavcu biće ništava prema shvatanju francuskih sudova samo u slučaju ako radnik poseduje usku specijalnost koja je nastala sticajem raznih profesionalnih aktivnosti. Stoga, potrebno je uvek da se vodi računa o „razumnim uslovima“ prilikom propisivanja ove klauzule. Određeni autori smatraju da je više nego necelishodno zabranu konkurencije propisivati i za zaposlene koji nisu ni u kakvoj mogućnosti da povrede zakonom ustanovljene, legitime interese poslodavca.⁴⁶

Prema jednoj od kategorizacija, postoje tri grupe razloga za pristanak na ovu nepovoljnu klauzulu za zaposlene: kratkovidost zaposlenih u pogledu budućih zanimanja, odnosno zanemarivanje nestabilnosti zaposlenja, ali i potencijalnih mogućnosti i promena u budućnosti; činjenica da poslodavac nudi velikodušnu nadoknadu koja je dovoljan podsticaj zaposlenom da zažmuri na jedno oko u pogledu posledica sporazuma o zabrani konkurencije; i odsustvo shvatanja posledica zabrane konkurencije.⁴⁷

Antikonkurentna klauzula u ugovoru o radu ima smisla samo ako postoje uslovi da zaposleni radom kod poslodavca stekne dodatna

44 A.T. Popović, *op. cit.*, 269.

45 B. Živković, *op. cit.*, 51.

46 R. Brković, *op. cit.*, 256.

47 M. Kuzminac, *op. cit.*, 427.

posebno važna tehnološka znanja, širok krug poslovnih partnera ili da dođe do važnih poslovnih informacija i tajni. Dakle, cilj ove klauzule ugovora o radu jeste zaštita legitimnih interesa poslodavca. Iz ove klauzule, pod uslovom da postoji u ugovoru o radu, proizlaze određena ograničenja prava zaposlenog, prava koja pripadaju svima, ali pošto su ugovorom o radu regulisana, ona više i nisu prava, ujezičkom značenju pojma pravo.⁴⁸

Dvojaka su ograničenja zaposlenog. Prvo, zaposleni ne može da radi za konkurentskog poslodavca; to je ograničenje slobode rada, na koje je zaposleni pristao i, drugo, ograničenje slobode preduzetništva, na koju je, takođe, zaposleni svojom voljom pristao. Osnovano se može postaviti pitanje zloupotrebe ovog instituta, odnosno poštovanje prava na dostojanstvo na radu. Ova klauzula ima smisla samo ako bi se radom zaposlenog mogla prouzrokovati šteta i stoga treba nastojati da se zaštiti ekonomski slabija strana radnog odnosa – zaposleni. Ta zaštita treba da se odnosi na sprečavanje pritiska poslodavca da se zabrana konkurencije pošto – poto, često i bez osnova, unese u ugovor o radu. Da bi se izbegle zloupotrebe poslodavca, mnoga zakonodavstva primenu ove klauzule uslovljavaju visokim dohotkom službenika ili rukovodećom funkcijom, pri čemu se i prostorno i vremenski ograničava njeno dejstvo.⁴⁹

Ugovor o nekonkurenciji prema nemačkom pravu mora biti u pisanoj formi, ograničenje sloboda takmičenja ne može biti duža od dve godine nakon što je ugovor prestao, a za vreme netakmičenja poslodavac mora da plati zaposlenom godišnju sumu novca koja odgovara najmanje polovini jednogodišnje plate zaposleni je primio pre raskida ugovora. Osim toga, ova klauzula važi samo ako poslodavac ima opravdan poslovni interes u nekonkurenciji zaposlenog i ako je pakt, s obzirom na region, vreme i predmet ne izaziva nerazumne nedostatke za zaposlenog, uzimajući u obzir okolnosti svakog pojedinačnog slučaja.⁵⁰

Dobra je praksa mnogih evropskih radnopravnih propisa da se opštim aktom poslodavca ili ugovorom o radu utvrdi prostorno važne zabrane konkurencije, pri čemu se mora poći od vrste posla koja se ne može obavljati uz poštovanje realnih elemenata.⁵¹ Ako zaposleni, i

48 R. Brković, *op. cit.*, 257.

49 *Ibid.*

50 Manfred Weiss, Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, Frankfurt 2010, 147.

51 R. Brković, *op. cit.*, 258.

pored toga što je pristao na zabranu konkurencije, obavlja poslove koji su protiv interesa poslodavca, poslodavac ima pravo da od zaposlenog traži naknadu štete.⁵² Obaveza poštovanja klauzule biće suspendovana ako poslodavac zaposlenom nezakonito da otkaz. Svakako, rok od dve godine je dug, suviše se štiti interes poslodavca, a na uštrb interesa zaposlenog, čime se zloupotrebljava i dostojanstvo radnika.⁵³

Dakle, ako je zabrana konkurencije važeća po prestanku radnog odnosa, zaposleni ima ili mogućnost da uopšte ne radi u periodu do dve godine, ili da „rizikuje“ i zaposli se kod drugog poslodavca (kog raniji poslodavac smatra konkurentom), što kao sankciju podrazumeva naknadu štete. Upravo u ovakvom scenariju su vidljivi pogubni efekti nasumičnog i nedovoljno opravdanog uključivanja klauzule zabrane konkurencije u ugovor o radu, te bi se čak moglo argumentovati ne samo da je aspekt slobode rada koji podrazumeva pravo osobe da bira zaposlenje doveden u pitanje, odnosno onemogućen, već i da je reč o svojevrsnom pritisku koji čini opravdanim da se potencijalno govori čak i o prinudnom radu.⁵⁴

Često u praksi zaposleni nije u mogućnosti da sam naknadi prozrokovanu štetu. Stoga, ima mesta da se Zakonom o radu ovo pitanje reguliše i drugačije. Ako zaposleni prekrši zabranu konkurencije, onda je moguće postupiti na sledeći način: prvo, treba propisati, gde postoje mogućnosti, zajedničku odgovornost zaposlenog i konkurentskog poslodavca za naknadu štete. Naime, korist od rada zaposlenog pripada i konkurentskom poslodavcu; drugo, ugovorom mogu biti propisane i obaveze konkurentskog preduzeća da plati ugovornu kasnu u određenom procentu od vrednosti posla koji je obavljen u tom preduzeću, s obzirom da je zaposleni prihvatio i taj sastavni deo antikongkurentne klauzule. Zaposleni se poslodavcu kod kojeg je u radnom odnosu ili kod kojeg je bio u radnom odnosu, obavezao na „vernost“, i da će za slučaj nepoštovanja zabrane konkurencije odgovornost snositi i konkurentska firma jer je i ona nosilac koristi koja je postignuta radom zaposlenog. Predložena rešenja poznata su u uporednom pravu i stoga zaslužuju pažnju. Opravdano je, takođe, da zaposleni koji poštuje zabranu konkurencije, zbog ekvivalencije interesa bude i kompenzovan od poslodavca nekim pravom koje se vezuje za „lojalnost“ poslodavcu.

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*

54 M. Kuzminac, *op. cit.*, 430.

Radniku bi za vreme trajanja zabrane konkurencije trebalo obezbediti pravo na naknadu plate koja bi se isplaćivana kontinuirano ili u jedno-kratnom iznosu. Ovo pitanje trebalo bi regulisati zakonom.⁵⁵

9. ZAKLJUČAK

Kao što je već rečeno, ugovorom o radu može se predvideti klauzula kojom se određuju poslovi koje zaposleni ne sme obavljati u svoje ime i za svoj račun, kao ni u ime i za račun drugog pravnog ili fizičkog lica, bez prethodne saglasnosti poslodavca kod koga je zaposlen. Ipak, u praksi, ova klauzula mora da bude jasno definisana u pogledu svog trajanja, vrste poslova koji su predmet zabrane i teritorijalnog važenja iste. Precizno definisanje klauzule zabrane konkurencije u ugovorima o radu omogućilo bi veću sigurnost i time bi se smanjio broj sporova koji nastaju povodom ovog pravnog pitanja. Naime, ovakvo zakonsko rešenje poslodavci često koriste neopravdano, te bi se preciziranjem sprečile zloupotrebe.

Prema Zakonu, zabrana konkurencije može se ugovoriti isključivo pod uslovom da zaposleni tokom rada kod poslodavca stiče nova, posebno značajna tehnološka znanja, širok krug poslovnih partnera ili dolazi do saznanja važnih poslovnih informacija i tajni. Međutim, poslodavci često precenjuju rizike i potencijalne koristi ovog instituta. Na svakom radnom mestu, zaposleni može steći nova znanja i kontakte, a ograničavanje slobode izbora novog poslodavca može dovesti do gubitka smisla ove odredbe. Ova odredba Zakona je široko postavljena, te zahteva od zakonodavca bliže objašnjenje šta su nova posebno značajna tehnološka znanja, a šta nisu, kao i koja su to saznanja, važne poslovne informacije i tajne koje poslodavac opravdano želi da zaštiti. Ukoliko nema jasnog razgraničenja, poslodavac ima mogućnost da svako saznanje ili informaciju ugovori kroz klauzulu zabrane konkurencije.

Dalje, kako se opštim aktom i ugovorom o radu utvrđuje teritorijalno važenje zabrane konkurencije, u zavisnosti od vrste posla na koji se zabrana odnosi, u svakom konkretnom slučaju treba jasnije odrediti namere i ciljeve ugovornih strana, odnosno, da li će se zabrana odnositi na određeni grad, regiju ili teritoriju cele države.

Treba istaći da poslodavac ima pravo da od zaposlenog zahteva naknadu štete u slučaju kršenja zabrane konkurencije.

55 R. Brković, *op. cit.*, 258–259.

U skladu sa Zakonom, poslodavac i zaposleni mogu ugovorom o radu predvideti uslove zabrane konkurencije u koji će važiti po prestanku radnog odnosa, ali ne duže od dve godine od dana prestanka radnog odnosa. U pitanju je razumno zakonsko rešenje. Naime, u vremenu velikog napretka u kome živimo, u periodu od dve godine pre svega značajna tehnološka znanja postaju zastarela.

Ovaj institut dobija poseban značaj kada zaposleni razmatra promenu radne sredine. Način na koji je klauzula formulisana utiče na stepen slobode zaposlenog pri izboru novog poslodavca.

Klauzula zabrane konkurencije zahteva pažljivo balansiranje interesa poslodavca i zaposlenog. Njena pravilna primena doprinosi zaštiti poslovnih tajni, ali preterano restriktivno tumačenje može narušiti slobodu zaposlenih i otežati tržište rada.

Stevan Adžić
Lawyer, Serbia

NON-COMPETITION CLAUSE AND EMPLOYEE RIGHTS

Summary

The non-competition clause applies to positions where an employee can acquire specialized knowledge or access important information during their employment. Its purpose is to protect the employer from potential harm caused by the disclosure of information or secrets to third parties, while also limiting the employee's rights to work after the employment relationship ends. The employment contract specifies the duration of the non-competition period, which, according to the current Labor Law, cannot exceed two years. Additionally, this clause can be geographically limited to avoid competition in the local market. In case of a breach of the non-competition obligation, the employer has the right to claim damages.

Key words: *Non-competition. – Employment contract. – Trade secrets. – Loyalty. – Freedom to work.*

LITERATURA

- Begović B., Pavić V., *Uvod u pravo konkurencije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012.
- Brković R., „Zabrana konkurencije poslodavcu i dostojanstvo radnika na radu“, *Radno i socijalno pravo* 1/2008.
- Despax, M., Rojot, J., Laborde, J., *Labour law in France*, Kluwer Law International 2011.
- Hajdú, J., *Labour Law in Hungary*, Kluwer Law International, The Netherlands 2010.
- Jacobs, A., *Labour Law in the Netherlands*, The Hague: Kluwer Law International 2004.
- Jovičić, K., „Poslovne tajne – određenje i osnovi zaštite“, *Strani pravni život* 1/2018.
- Jankovec, I., „Zakon o preduzećima i klauzula konkurencije“, *Radno i socijalno pravo* 1–3/1997.
- Kirchner, J., Mittelhman, E., *Labour conflicts, Key aspects of German employment and labour law*, (eds. Kirchner Jens, Kremp Pascal, Magotosch Michael), Springer, Berlin 2010, 130.
- Kusovac, V., „Neka pitanja u vezi zabrane konkurencije“, *Pravo* 23/2006.
- Kuzminac M., „Zabrana konkurencije u ugovoru o radu –(ne)opravdano ograničenje slobode rada“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 2/2022.
- Lubarda B., „Konkurencija u oblasti radnog prava“, *Pravo i privreda* 5–8/2002.
- Lubarda, B., *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Beograd: Pravni fakultet – Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2012.
- Lubarda B., *Uvod u radno pravo: sa elementima socijalnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2016⁴.
- Mićović, M., *Klauzula sukoba interesa i zabrane konkurencije*, Institut za pravne i društvene nauke, Beograd 2006.
- Muidža, I., „Dužnost poštovanja zabrane konkurencije“, *Pravo i privreda* 2/2024.

Popović, A. T., *Smetnje za zasnivanje radnog odnosa: legitimni ciljevi i ograničenja*, doktorska disertacija (neobjavljena), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016.

Risak Martin E., *Labour Law in Austria*, Kluwer Law International, The Netherlands 2010.

Živković B., *Zabrana konkurencije*, Bilten Okružnog suda u Beogradu 73/2006.

Weiss, M., Schmidt, M., *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, Frankfurt 2010.

Article history:

Received: 30. 11. 2024.

Accepted: 20. 12. 2024.

Vladimir Mikić*

PREDSTAVLJANJE STUDENATA NA UNIVERZITETIMA I PRAVNIM FAKULTETIMA U DRŽAVAMA ZAPADNOG BALKANA

Modeli zastupanja studenata na univerzitetima i pravnim fakultetima država Zapadnog Balkana koncentrisani su na nekoliko središnjih tema. Upotrebom uporednopravnog metoda, u radu je analizirana strateška pozicija studentskih predstavnika u okvirima sistema visokog obrazovanja i studentskog organizovanja. Utvrđeni su normativni osnovi za obezbeđivanje autonomije studentskog predstavljanja i ispitane garancije za zastupljenost studenata u senatu, savetu i drugim telima univerziteta, ali i nastavno-naučnom veću i ostalim organima pravnih fakulteta.

Studentski predstavnici na najuglednijim univerzitetima i pravnim fakultetima u državama Zapadnog Balkana raspolažu aktivnim i pasivnim biračkim pravom. U radu je istraženo i osetljivo pitanje ekskluzivnosti studentskih predstavničkih tela u oblasti izbora studenata u organe i tela univerziteta i fakulteta. Visokoškolske ustanove snose obavezu da finansiraju rad studentskih predstavničkih tela, a ova tela imaju i naročite, zakonom i statutom precizno propisane uloge.

Ključne reči: *Studentski predstavnici. – Univerzitet. – Visoko obrazovanje.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Formalni izvori prava posvećeni studentskom organizovanju i učešću studentskih predstavnika u univerzitetskim i fakultetskim organima i telima na teritoriji Zapadnog Balkana brojni su i sadržajni. Za potrebe ovog rada istražena je sadržina takvih izvora u: Bosni i Hercegovini (BiH), Crnoj Gori, Srbiji, Severnoj Makedoniji i Hrvatskoj,

* Naučni saradnik na Institutu za uporedno pravo, Beograd, v.mikic@iup.rs; mikic.vlada@gmail.com, <https://orcid.org/0009-0001-8706-4175> (Republika Srbija).

i u nju su uključeni zakonski propisi, statuti univerziteta i fakulteta i pravilnici o radu studentskih predstavničkih tela. Poseban akcenat stavljen je na ulogu studentskih predstavnika *pravnih* fakulteta u fakultetskim, a time, posredno, i univerzitetskim organima odlučivanja.

Crna Gora i Severna Makedonija materiju studentskog organizovanja uredile su *opštim* zakonom o visokom obrazovanju. Hrvatska, Srbija i – kao entitet u okviru BiH – Republika Srpska, opredelile su se da pitanje studentskog organizovanja uredi usvajanjem *lex specialis*-a (uglavnom je reč o sažetim propisima, kojima su studentsko organizovanje i predstavljanje regulisani na jednostavan način, mada ne bez karakteristika minucioznosti).

Kad je reč o *zakonskim* aktima posvećenim visokom obrazovanju, najstariji (i najmanje revidiran) je relevantni propis BiH: usvojen je relativno davne 2007. godine, a godinu dana kasnije usvojen je zakonski propis o visokom obrazovanju (Severne) Makedonije. Crna Gora je 2014. godine usvojila zakon kojim je uredila, u okviru visokog obrazovanja u celini, i studentsko predstavljanje, što je Hrvatska učinila osam godina kasnije. Zakoni posvećeni *isključivo* studentskom organizovanju usvojeni su u Hrvatskoj (2007), Republici Srpskoj (2016) i Srbiji (2021). Moguće je prepoznati značajne podudarnosti u rešenjima sadržanim u pravnim propisima posvećenim studentskom organizovanju (i visokom obrazovanju) u državama Zapadnog Balkana.

U radu je istražena pozicija studentskih predstavnika u organima i telima fakulteta i univerziteta, od utvrđivanja osnova studentskog predstavništva, do priznavanja autonomije studentskih predstavničkih organa. Ispitani su i oblici zastupljenosti studentskih predstavnika u senatima i savetima univerziteta, nastavno-naučnim većima fakulteta (NNV) i drugim organima visokoškolskih ustanova. U pretposljednem delu rada istražene su različite forme studentskog organizovanja i načela koja stoje iza njega, uključujući i nabranje propisa kojima je zajemčeno aktivno i pasivno biračko pravo u svojstvu studenta. Visokoškolske ustanove imaju obavezu da finansijski potpomažu rad studentskih predstavničkih tela, koja i sama imaju obaveze propisane zakonom, statutom i pravilnikom.

2. IUS REPRESENTATIONIS STUDENATA U ORGANIMA I TELIMA UNIVERZITETA I PRAVNIH FAKULTETA

Relevantnim pravnim propisima uređene su *osnove* student-skog predstavljanja. Tako, zakonom je propisano da se statutom, kao najvišim aktom samostalne visokoškolske ustanove uspostavlja *potencijalni pluralizam* studentskih organizacija.¹ Studentski parlament (SP) definisan je kao „institucionalni oblik organizovanja studenata“,² „organ fakulteta“,³ „studentsko izborna predstavničko tijelo“,⁴ „krovno studentsko tijelo“,⁵ ili, jednostavno, kao „univerzitetsko telo“. ⁶ Po drugom rešenju, „u okviru Univerziteta deluju (...) studentske organizacije“. ⁷ S druge strane, hrvatski je zakonodavac odlučio da napravi razliku između „studentskog zbora“, „studentske organizacije“ i „studentske udruge“, definišući svaku od njih.⁸ Pored studentskih predstavničkih tela, zakonom je određeno i da interese studenata štiti i inokosni organ, studentski *pravobranilac*,⁹ odnosno studentski

- 1 Zakon o visokom obrazovanju Crne Gore – ZVOCG, *Službeni list CG*, br. 44/2014, 52/2014 – ispr., 47/2015, 40/2016, 42/2017, 71/2017, 55/2018, 3/2019, 17/2019 – dr. zakon, 47/2019, 72/2019 i 74/2020), čl. 111.
- 2 ZVOCG, čl. 112, st. 1. Po čl. 60, st. 2 istog zakona, „visokoškolska ustanova ima (...) [SP]“.
- 3 Statut Univerziteta u Beogradu – Pravnog fakulteta – SPFUB, <https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2023/03/Preciscen-tekst-Statuta-UB-PF-sa-izmenama-iz-2023.-za-Savet.pdf>, 20. 8. 2024, čl. 34, st. 1.
- 4 Statut Studentskog zbora Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu – SSZPF, https://www.pravo.unizg.hr/wp-content/uploads/2023/02/Statut_Studentskog_zbora_PFZG.pdf, 20. 8. 2024, čl. 1.
- 5 Statut Univerziteta u Sarajevu – SUS, <https://www.unsa.ba/sites/default/files/dodatak/2023-07/Statut%20Univerziteta%20u%20Sarajevu.pdf>, 20. 8. 2024, čl. 209, st. 1.
- 6 Statut Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ u Skoplju – SUSKM, Služben vesnik na Republika Severna Makedonija, 130/19, čl. 148, st. 3. SP na nivou fakulteta predstavlja „fakultetsko telo“ (SUSKM čl. 129, st. 4).
- 7 Statut Univerziteta u Novom Sadu – SUNS, Univerzitet u Novom Sadu – dokumenti, analitika i arhiva, 01–173/1, 01–173/1/19, čl. 37, st. 1.
- 8 Zakon o studentskom zboru i drugim studentskim organizacijama – ZSZRH, *Narodne novine*, 71/2007–2182, čl. 1, st. 2–4.
- 9 ZSZRH, čl. 3, st. 1 (preciznija pravila o ovom studentskom funkcioneru propisana su čl. 17 istog zakona); Zakon o studentskom organizovanju na području Kantona Sarajevo – ZSOKS, čl. 26; *Službene novine Kantona Sarajevo*, 11/10, SUSKM čl. 51–57; SSZPF, čl. 33. Reč je o *nezavisnom telu* (SUSKM, čl. 148, st. 4).

ombudsman.¹⁰ Vodeće (kolegijalno) predstavničko telo studenata uživa autonomiju i ovlašćeno je za upražnjavanje zaštite prava i interesa studenata.¹¹ Prema dosta širokoj formulaciji, ovo telo „zastupa interese studenata i daje doprinos društvenim, kulturnim, akademskim ili fizičko-rekreativnim potrebama studenata“.¹²

Autonomija studentskog predstavničkog tela dodatno je ojačana odredbama prema kojima su nadležnost, način izbora i „organizacija rada“ SP uređeni statutom SP.¹³ S druge strane, autonomija studentskog predstavljanja omeđena je pravom univerziteta da usvaja statut studentskog predstavničkog tela (doduše, na njegov predlog).¹⁴ Zakonodavac se obavezao na „obezbeđivanje učešća studenata u upravljanju“ visokoškolskim ustanovama, „naročito kada je reč o pitanjima koja se odnose na kvalitet obrazovanja i studentskog standarda“.¹⁵

Propisima je utvrđena i zastupljenost studentskih predstavnika u senatu univerziteta. Senat čini „najviše akademsko tijelo“, a u njegovom su sastavu „predstavnici akademskog osoblja i studenti“.¹⁶ Numerički obziri ovde su od posebnog značaja, jer senat univerziteta (odnosno NNV)

10 SUNS, čl. 86, st. 15, tač. 3.

11 ZVOCG, čl. 112, st. 1; Zakon o visokom obrazovanju – ZVOSM, *Službeni glasnik Republike Makedonije*, 35/08, čl. 156, st. 2; Zakon o studentskom organizovanju – ZSORS, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 58/16 i 63/21, čl. 13, tač. 3; Zakon o studentskom organizovanju – ZSOS, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 67/21, čl. 5, st. 2; ZSZRH, čl. 2, st. 3; ZSOKS, čl. 3, st. 2; Statut Univerziteta u Banjoj Luci – SUBL, https://unibl.org/uploads/files/strane/statut/Statut-UNIBL-2022_1.pdf, 20. 8. 2024, čl. 86, st. 1 i čl. 92, st. 1; Statut Univerziteta Crne Gore, Bilten Univerziteta Crne Gore – SUCG, br. 337/15 i 447/18, čl. 170; SUSKM, čl. 58; Statut Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci – SPFBL, <https://pf.unibl.org/wp-content/uploads/2018/12/1.-STAT-UT-PF-izmjene-iz-juna-2017.-PRAVI-KONA-NA.pdf>, 20. 8. 2024, čl. 94, st. 1; SPFUB, čl. 72a, st. 1; Statut Pravnog fakulteta u Novom Sadu – SPFNS, <https://pf.uns.ac.rs/wp-content/uploads/2021/08/1.-Statut-2018.pdf>, 20. 8. 2024, čl. 43 st. 1; SSZPF, čl. 1.

12 Okvirni zakon o visokom obrazovanju u Bosni i Hercegovini – OZVOBH, *Službeni glasnik BiH*, br. 59/07 i 59/09, čl. 40, st. 2.

13 ZVOCG, čl. 112, st. 3.

14 ZSZRH, čl. 7, st. 1.

15 ZVOSM, čl. 3, st. 2, tač. 9 (slično je propisano odredbom čl. 156, st. 1 istog akta, ali i u Zakonu o visokom obrazovanju – ZVOS, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 88/2017, 73/2018, 27/2018 – dr. zakon, 67/2019, 6/2020 – dr. zakoni, 11/2021 – autentično tumačenje, 67/2021, 67/2021 – dr. zakon i 76/2023, čl. 14 t. 9 i čl. 65 st. 2).

16 OZVOBH, čl. 16, st. 1.

statut SP usvaja i glasovima većine ukupnog broja studentskih predstavnika u relevantnom telu.¹⁷ Prema jednom rešenju, kada senat odlučuje „o pitanjima od značaja za studente“, ali i predlaganju kandidata za rektora, njegov sastav „se proširuje za 10 predstavnika studenata“.¹⁸ Studenti su u senatu zastupljeni u različitim procentima. Radi se o 20%,¹⁹ 15%,²⁰ odnosno 10%.²¹ Isti procenat (15%) važi za zastupljenost studenata u NNV fakulteta.²² Prema jednom rešenju, studenti biraju između 10 i 15% predstavnika u fakultetskom NNV.²³ Naročito je autentično rešenje prema kojem su članovi senata univerziteta iz reda predstavnika studenata – „predstavnici studenata iz svakog ciklusa“.²⁴ Nalik tome, studenti postdiplomskih studija ne mogu da čine više od 20% korpusa studentskih predstavnika u senatu univerziteta.²⁵ Prema jednom rešenju, senat ima 23 člana, a jedan od njih je student prorektor.²⁶

Isto tako, članovi univerzitetskog *saveta* imenuju se i iz reda studenata,²⁷ a isto važi i za članstvo u upravnom odboru (UO) univerziteta.²⁸ Savet ima najmanje 11 članova, od čega je najmanje jedan

17 ZSZRH, čl. 7, st. 1.

18 Statut Univerziteta u Beogradu, Glasnik Univerziteta u Beogradu – SUB, br. 201/18, 207/19, 213/20, 214/20, 217/20, 230/21, 232/22, 233/22, 236/22, 241/22, 243/22, 244/23, 245/23 i 247/23, čl. 42, st. 3.

19 ZSOS, čl. 8 st. 2; ZVOS, čl. 65 st. 3; SUCG, čl. 33, st. 1, tač. 4. Isto važi za fakultetsko *vijeće* (SUCG, čl. 63, st. 2, tač. 5); SPFBL, čl. 23, st. 1.

20 OZVOBH, čl. 16 st. 4; SUSKM, čl. 150, st. 1, tač. 5. Isto važi kada je reč o savetu univerziteta ili fakulteta u Srbiji (ZVOS, čl. 62 st. 5 ZVOS); Statut UBL, čl. 35, st. 1.

21 Zakon o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti – ZVORH, *Narodne novine*, br. 119/2022–1834, čl. 12, st. 2 (i, shodno, Statut Sveučilišta u Zagrebu – SSZ, https://www.unizg.hr/fileadmin/rektorat/O_Sveucilistu/Dokumenti_javnost/Dokumenti/Strateski_dokumenti/statut/Statut_SUZG_ZAVRSNO_fin_fin_travanj2023.pdf, 20.8.2024, čl. 23, st. 6); ZVOSM, čl. 51, st. 1. Isto važi i za najviši fakultetski organ – *veće* (ZVORH, čl. 19, st. 2; SPFSZ, čl. 16, st. 2, tač. 4).

22 Čl. 56 st. 1 SUBL. Na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu studenti čine 20% sastava Nastavno-naučnog veća (čl. 36, st. 5 SPFNS).

23 SUSKM, čl. 230, st. 4.

24 OZVOBH, čl. 16, st. 4 i SUBL, čl. 35, st. 3.

25 ZVORH, čl. 12, st. 2.

26 SUNS, čl. 6, st. 2.

27 ZVOCG, čl. 12, st. 3.

28 ZVOCG, čl. 46, st. 1. ZVOCG, čl. 47, st. 2 ima *zbnjujuće preteću* odredbu: prema njemu, „u sastav upravnog odbora iz stava 1 ovog člana obavezno se biraju predstavnici studenata“, kao da drugim zakonskim odredbama nije pro-

(odnosno, ukupno dva)²⁹ predstavnik studenata.³⁰ Prema jednom modelu, studentski predstavnici biraju četiri od 27 članova saveta fakulteta,³¹ a po drugom rešenju, u okviru saveta univerziteta koji ima 31 člana, deluje pet predstavnika studenata, ali kada se odlučuje o studentskim pitanjima, Savet ima 29 članova, pri čemu u radu saveta učestvuje šest predstavnika studenata koje bira SP.³² Procentualno postavljeno, studentski predstavnici čine 15% članstva u savetu univerziteta.³³ Savet Pravnog fakulteta ima 27 članova, od kojih četiri člana bira fakultetski SP,³⁴ odnosno ima 17 članova, od kojih tri čine predstavnici studenata.³⁵

Studenti koji su članovi saveta univerziteta, iz razumljivih razloga (osim izuzetno),³⁶ ne imenuju se na isti mandatni period kao drugi članovi. Tako, umesto četiri godine (kao kod drugih članova saveta), njihov je mandat – dve godine. Ovo važi za savet,³⁷ senat,³⁸ UO,³⁹ studenta prorektora,⁴⁰ NNV fakulteta,⁴¹ odnosno „stručnim organima

pisano upravo (ali, prećutno) *obavezno* prisustvo studenata u univerzitetskim telima i organima. Slično važi i za odredbu prema kojoj u *fakultetskom* organu upravljanja „*moraju* biti zastupljeni predstavnici akademskog osoblja, drugih zaposlenih i studenti“ (čl. 48, st. 2; kurziv autora članka). Od ukupno 11 članova univerzitetskog upravnog odbora, jedan član je iz redova studentskih predstavnika (čl. 25, st. 2 t. 3 SUBL; čl. 56 st. 2 t. „c“ SUS). Studentski predstavnici čine tri člana Upravnog odbora (čl. 25, st. 1 t. 4 SUCG).

29 SUSKM, čl. 227, st. 1 tač. 2.

30 ZVOSM, čl. 58, st. 1.

31 SUB, čl. 68, st. 2.

32 SUNS, čl. 45, st. 2 i čl. 66, st. 6.

33 SUNS, čl. 88, st. 3.

34 SPFUB, čl. 11, st. 2.

35 SPFNS, čl. 23, st. 2, tač. 4.

36 „Mandat člana Saveta iz reda studenata je četiri godine (...)“ (SPFNS, čl. 23, st. 4).

37 ZVOCG, čl. 12, st. 2 i st. 4; ZVOSM, čl. 58, st. 2; SUB, čl. 38, st. 4; SPFUB, čl. 11, st. 4. Prema liberalnijem rešenju, „mandat članova Saveta Univerziteta iz reda studenata je četiri godine, osim ako u međuvremenu izabrani član izgubi status studenta ili ga Studentski parlament Univerziteta razreši dužnosti“ (SUNS, čl. 45, st. 5). Umesto tri godine, predstavnik studenata u univerzitetskom savetu ima mandat koji traje jednu godinu (čl. 127, st. 5 SUSKM).

38 SUCG, čl. 34, st. 1; SUSKM, čl. 151, st. 3; SSZ, čl. 27, st. 2.

39 ZVOCG, čl. 46, st. 4; SUCG, čl. 27. Mandat članova univerzitetskog upravnog odbora traje četiri godine, ali studentski predstavnik u ovom telu ima jednogodišnji mandat (SUS, čl. 56, st. 8).

40 SUB, čl. 36, st. 11.

41 SUB, čl. 68, st. 7.

fakulteta“.⁴² Studentski predstavnici u sastavu UO i Senata Univerziteta u Banjoj Luci bira se na jednogodišnji mandat.⁴³ Svet Univerziteta u Beogradu ima 6 od ukupno 41 člana iz reda studentskih predstavnika.⁴⁴ S druge strane, mandat članova univerzitetskog SP traje dve godine⁴⁵ i moguće ga je jednom obnoviti.⁴⁶ Zakonom su – za pohvalu – precizno pobrojana četiri uslova za prestanak mandata člana SP, od kojih su dva neposredno vezana za pozitivne rezultate studentskog predstavnika na studijama.⁴⁷

Studentski predstavnici su, razume se, zastupljeni i u stručnim organima fakulteta,⁴⁸ ali i u većima grupacija,⁴⁹ obrazovno-naučnom savetu i naučnom veću fakulteta, te odboru za samovrednovanje univerziteta i državnog saveta za primenu programa visokog obrazovanja,⁵⁰ komisiji koja sprovodi izbor rektora,⁵¹ ali i Nacionalnom savetu za visoko obrazovanje⁵² i relevantnim organima Nacionalnog tela za akreditaciju,⁵³ te univerzitetskom odboru za statutarne pitanja,⁵⁴ odboru za finansije,⁵⁵ odboru za kapitalne investicije,⁵⁶ fakultetskoj disciplinskoj komisiji,⁵⁷ odboru za kulturu i sport⁵⁸ i drugim (brojnim) univerzitetskim i fakultetskim organima i telima. Kada se razmatraju

42 SPFUB, čl. 24, st. 5 SPFUB.

43 SUBL, čl. 29, st. 2.

44 SUB, čl. 38, st. 2.

45 ZSZRH, čl. 6, st. 3; ZSOS, čl. 7, st. 4 i st. 7.

46 ZSZRH, čl. 6, st. 3.

47 ZSURH, čl. 6, st. 3. Slično tome, „za članstvo u studentski parlament može se kandidovati redovan student koji prvi put upisuje godinu studija u kojoj se kandiduje“ (ZSORS, čl. 11, st. 1).

48 „Vijeće ustanove čine akademsko osoblje i predstavnici studenata, u skladu sa statutom ustanove“ (ZVOCG, čl. 55, st. 2). Najmanje jedan član SP učestvuje u radu dekanskog kolegijuma fakulteta (ZVOSM, čl. 66, st. 2).

49 Studentski predstavnici čine 15% članstva *vijeća područja* (SSZ, čl. 30, st. 5, tač. 2).

50 ZVOSM, čl. 62, st. 4 i st. 6, čl. 77, st. 2 i čl. 82, st. 1.

51 SUNS, čl. 59, st. 5.

52 ZVOS, čl. 11, st. 2.

53 ZVOS, čl. 16, st. 2, tač. 3, čl. 20, st. 3 i čl. 21, st. 1, tač. 2.

54 SUNS, čl. 73, st. 1, tač. 4.

55 SUNS, čl. 75, st. 1, tač. 5; SUS, čl. 96, st. 3.

56 SUNS, čl. 77, st. 1, tač. 4.

57 SUCG, čl. 151, st. 2.

58 SUS, čl. 97, st. 3, tač. „c“.

studentska pitanja, student prorektor je uključen u rad rektorskog kolegijuma univerziteta,⁵⁹ a isto, na planu fakulteta, važi za učešće studenta prodekana u radu dekanskog kolegijuma.⁶⁰

Relevantnim propisima određen je ekskluzivitet predstavljanja studenata u univerzitskim i fakultetskim telima. Ovo znači da tela koja službeno predstavljaju studente imaju isključivo pravo predlaganja članova relevantnih univerzitskih i fakultetskih tela i organa. Tako, članove univerzitskog saveta iz reda studenata „predlažu studentski parlamenti ustanova visokog obrazovanja“⁶¹, dok predstavnike studenata u UO univerziteta bira SP,⁶² a isto važi i za senat⁶³ i NNV fakulteta.⁶⁴ Nalik tome, studentske predstavnike u senatu univerziteta bira SP,⁶⁵ a studenta prorektora bira i razrešava univerzitski savet, upravo na predlog SP⁶⁶ (isto važi i za studente prodekane).⁶⁷ Prema jednom – više nego originalnom rešenju – predstavnici studenata u savetu univerziteta dolaze „iz reda studenata koji nisu disciplinski kažnjavani na Univerzitetu ili fakultetu“,⁶⁸ a isto važi i za lica koja se kandiduju za članstvo u univerzitskom SP.⁶⁹ Najzad, studentskim predstavnicima pripada i pravo da predlažu donošenje odluka organa univerziteta.⁷⁰

Studentsko predstavničko telo ima predsednika⁷¹ i zamjenika predsednika,⁷² čiji mandat – jednom obnovljiv – traje godinu da-

- 59 SUB, čl. 27, st. 3; SUCG, čl. 43, st. 6. U članstvo rektorskog kolegijuma imenuje se i jedan predstavnik kojeg izabere univerzitski SP (SSZ, čl. 38, st. 3).
- 60 SUCG, čl. 72, st. 2; SPFNS, čl. 35, st. 1; SPFUB, čl. 16, st. 1 i čl. 17, st. 2.
- 61 ZVOCG, čl. 12, st. 5. Vrlo slično rešenje sadržano je u: ZSZRH, čl. 5, tač. 1–2; ZSOS, čl. 6, tač. 2; čl. 46, st. 2 i SUNS, čl. 88, st. 4; SPFUB, čl. 11, st. 2 i st. 5; SPFNS, čl. 23, st. 2, tač. 4.
- 62 ZVOCG, čl. 46, st. 3; SUCG, čl. 25, st. 8; SUS, čl. 56, st. 2, tač. „c“.
- 63 SUSKM, čl. 33, st. 4; SUSKM, čl. 150, st. 1, tač. 5.
- 64 SPFNS, čl. 37, st. 3.
- 65 SUBL, čl. 35, st. 2.
- 66 SUB, čl. 36, st. 5 i st. 8. Studenta prorektora *bira* SP univerziteta (SUNS, čl. 65, st. 4). Ovo važi za univerzitski senat (SUS, čl. 78, st. 7).
- 67 SUB, čl. 66, st. 4.
- 68 SUNS, čl. 46, st. 2 i čl. 86, st. 9 (SUS, slično je propisano odredbom čl. 57, st. 2, tač. „f“). Veoma slično rešenje propisano je odredbom čl. 43, st. 3 SPFNS.
- 69 SUNS, čl. 46, st. 2 i čl. 86, st. 9.
- 70 OZVOBH, čl. 16, st. 3; ZSORS, čl. 13, st. 4; ZSOS, čl. 6, tač. 7–8.
- 71 ZSZRH, čl. 6 st. 1; ZSORS, čl. 14, st. 1; SUNS, čl. 86, st. 14, tač. 3; SPFBL, čl. 94, st. 4; SSZPF, čl. 12 t. „a“, čl. 24 *et seq.*
- 72 ZSZRH, čl. 8, st. 4; ZSORS, čl. 14, st. 3.

na.⁷³ Isto telo *ex lege* ima i komisiju za sprovođenje konkursa javnih nabavki,⁷⁴ ali i komisiju za sprovođenje izbora za studentske predstavnike.⁷⁵

3. FORME I NAČELA STUDENTSKOG ORGANIZOVANJA

Studentima je zajemčeno pravo da biraju i da budu birani u predstavnička studentska tela,⁷⁶ odnosno pravo „na aktivno učestvovanje u donošenju odluka“ u oblasti studentskog predstavništva.⁷⁷ Garancije u oblasti održavanja studentskih izbora snosi uprava univerziteta.⁷⁸ Prema restriktivnijem – a po autoru ovog teksta, dobrodošlom – rešenju, zakonom su postavljene granice za uživanje pasivnog biračkog prava u studentskim predstavničkim telima. Tako, za studentskog predstavnika ne može da bude kandidovan student koji u poslednje dve godine studija nije prikupio najmanje 60 ECTS bodova, ili koji drugi put tokom studija ponavlja godinu.⁷⁹ Prema restriktivnijem – a po autoru ovog teksta, dobrodošlom – rešenju, zakonom su postavljene granice za uživanje pasivnog biračkog prava u studentskim predstavničkim telima.⁸⁰ Pravo studenata da budu birani znači, *implicite*, i pravo izbora u relevantne organe i tela univerziteta i fakulteta. Obaveza je

73 ZSZRH, čl. 8, st. 4; ZSORS, čl. 14, st. 4.

74 ZSZRH, čl. 12, st. 4–5.

75 ZSZRH, čl. 15, st. 2.

76 OZVOBH, čl. 36, st. 2, tač. 3; ZVOCG, čl. 103, st. 1, tač. 7; ZSZRH, čl. 2, st. 2 i čl. 14, st. 1–2; ZVOSM, čl. 150, st. 1, tač. 7 i st. 2, tač. 6 i 9–10; ZSOKS, čl. 9, st. 1 i čl. 39, st. 1; ZSOS, čl. 7, st. 1; ZVOS, čl. 101, st. 2, tač. 10; SUBL, čl. 130, st. 3–4; SUNS, čl. 92, st. 2; SPFUB, čl. 3 i čl. 70, st. 1, tač. 9; SPFNS, čl. 43, st. 2.

77 ZVOS, čl. 101, tač. 3. Student ima pravo na „sudjelovanje u radu studentskih organizacija na Sveučilištu i sastavnicama“ (SSZ, čl. 65, st. 3, tač. 16).

78 „Čelnici visokih učilišta dužni su (...) omogućiti svim studentima ravnopravno sudjelovanje u izborima“ (ZSZRH, čl. 3, st. 2).

79 ZSZRH, čl. 14, st. 3.

80 „Za studentskog predstavnika ne može se kandidirati student koji u posljednje dvije godine studija nije sakupio minimalno 60 ESPB ili koji drugi put ponavlja godinu tijekom studija koji se izvodi prema propisima koji su vrijedili prije stupanja na snagu Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju te u ostalim slučajevima predviđenim statutom studentskog zbora“ (ZSZRH, čl. 14, st. 3).

visokoškolske ustanove da studentima obezbedi slobodu okupljanja⁸¹ i slobodu udruživanja,⁸² ali i da *finansira* aktivnosti studentskog predstavničkog tela.⁸³ Visokoškolska ustanova vrši nadzor nad procesima trošenja sredstava od strane studentskih tela.⁸⁴

Studentsko organizovanje zasnovano je na demokratskom principu.⁸⁵ Zakonom je prilično rigidno propisan i sastav studentskih predstavničkih tela.⁸⁶ Pored toga, ova tela imaju pravo da se udružuju u asocijacije na nacionalnom,⁸⁷ entitetskom⁸⁸ i međunarodnom nivou.⁸⁹

Zakonom i univerzitetskim propisima određeni su i posebni oblici odnosa između visokoškolskih ustanova i studentskih predstavnika. Tako, svaka visokoškolska ustanova u raspoložuje „ovlašćenjem“ da „ustanovljava pravne odnose sa studentima“.⁹⁰ Još važnije, univerziteti i fakulteti imaju dužnost pružanja podrške studentskim predstavnicima. Oni podležu obavezi da učestvuju u finansiranju studentskih predstavničkih tela i da im pružaju „administrativno-tehničku podršku“,⁹¹ a uprava univerziteta u obavezi je da obezbedi zakonitost rada studentskih predstavničkih tela, uključujući zakonito i blagovremeno sprovođenje studentskih izbora.⁹²

Studentska predstavnička tela imaju određene dužnosti. SP „brine o kvaliteti života studenata, a posebice o kvaliteti studijskog

81 OZVOBH, čl. 38, tač. 2.

82 ZSZRH, čl. 1, st. 1; SUCG, čl. 169.

83 ZVOCG, čl. 64, st. 1, tač. 7 i ZVOCG, čl. 113; vrlo slično: čl. 3, tač. 3, čl. 12, st. 1 i st. 7 ZRZRH; čl. 30, st. 1, tač. 1 i čl. 35, st. 1, tač. 2 ZSORS; čl. 5, st. 4 i čl. 9, st. 3–4 ZSOS; čl. 210, st. 1 SUS; čl. 70, st. 1 SUSKM; čl. 56, t. „a“ SSZPF.

84 ZSZRH, čl. 13, st. 1; ZSORS, čl. 35, st. 2.

85 OZVOBH, čl. 40, st. 2; ZSOKS, čl. 3, st. 1.

86 ZSZRH, čl. 9.

87 OZVOBH, čl. 40, st. 3; ZSOKS, čl. 14 i čl. 17; ZVOS, čl. 3 i čl. 30. Prema ZSZRH, čl. 4, st. 3 „na razini Republike Hrvatske ustrojava se Hrvatski studentski zbor kao koordinativno tijelo studentskih zborova visokih učilišta“. Detaljnija pravila o radu ovog tela propisane su odredbama čl. 8 istog akta. Prema čl. 15 st. 1 ZSOS, „radi ostvarivanja zajedničkih interesa i pune reprezentativnosti studenata osniva se Nacionalni savez studentskih organizacija“.

88 ZSORS, čl. 6, st. 3 i (opsežnije) čl. 18–21.

89 SUNS, čl. 86, st. 14, tač. 11. Reč je o članstvu „u međunarodnim organizacijama i asocijacijama studenata“ (OZVOBH, čl. 40, st. 3).

90 OZVOBH, čl. 19, st. 1; SUS, čl. 14, st. 1, tač. 30.

91 ZSZRH, čl. 3, st. 1 (veoma slično: ZSORS, čl. 35, st. 1, tač. 3).

92 ZSZRH, čl. 3, st. 2.

procesa, studentskom standardu, ostvarivanju studentskih prava i drugim pitanjima važnim za studente“ i podstiče vannastavne aktivnosti studenata.⁹³ Zakonodavac insistira i na javnosti rada studentskih predstavničkih tela.⁹⁴ Postoje i izvesna ograničenja u postupanju studentskih predstavnika. Studenti – članovi Senata nisu ovlašćeni da glasaju u postupku izbora članova nastavnog osoblja.⁹⁵ Isto tako, studentskim predstavničkim telima zabranjeno je političko i stranačko angažovanje.⁹⁶ Prema jednom naročito promišljenom rešenju, studentima prava i obaveze miruju, pored ostalog, i u slučaju „vršenja rukovodnih funkcija u studentskom predstavničkom telu“.⁹⁷

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Različiti su oblici uređivanja principa studentskog predstavništva u zakonima, statutima i pravilnicima visokoškolskih ustanova (sa posebnim naglaskom na pravne fakultete) u državama Zapadnog Balkana. Studentskim predstavnicima zajemčena je gotovo isključiva institucionalna forma zastupanja (prilično brojne) studentske populacije, naročito u svetlosti činjenice da su najčešće studentska predstavnička tela jedina ovlašćena za predlaganje studentskih predstavnika u najviše i najznačajnije organe i tela univerziteta u fakulteta. Relevantnim pravnim okvirom određeni su i – često prilično izdašni – garantovani oblici predavljanja studenata u tim organima i telima, ponekad izraženi u procentualnoj formi.

Studentska predstavnička tela uživaju autonomiju u odnosu na upravu visokoškolskih ustanova. Istovremeno, studentima je zajemčeno pravo da biraju svoje predstavnike i da budu birani na funkcije u studentskim predstavničkim telima, a visokoškolske ustanove dužne su da doprinose finansijskoj autonomiji (i stabilnosti) studentskih predstavnika. Studentska tela mogu da se udružuju u asocijacije kreirane na

93 ZSZRH, čl. 5, tač. 5 i 7.

94 ZSZRH, čl. 13, st. 1; ZSOKS, čl. 4, st. 1, tač. „c“ i st. 4 i čl. 46, st. 1; ZSOS, čl. 3, st. 3 i čl. 5, st. 3.

95 ZVORH, čl. 12, st. 6.

96 ZSOKS, čl. 3, st. 3. „Studentski zbor je nepolitička, nestranačka (...) organizacija“ (SSZPF, čl. 2, st. 1).

97 SPFBL, čl. 84, tač. „d“.

državnom (nacionalnom) i međunarodnom nivou. S druge strane, studentski predstavnici imaju i određene dužnosti, propisane zakonom, statutom i pravilnikom.

Vladimir Mikić, PhD

Research Associate at the Institute for Comparative Law, Belgrade

REPRESENTATION OF STUDENTS AT UNIVERSITIES AND FACULTIES IN THE WESTERN BALKANS COUNTRIES

Summary

Models of student representation at universities and law faculties in the countries of the Western Balkan are revolving around several central topics. Using the comparative legal method, the paper analyzes the strategic position of student representatives within the framework of the higher education system and laws on student organizations. Normative bases for ensuring the autonomy of student representation are examined, as well as guarantees for student representation in the senate, council and other bodies of the university, the lecturing and scientific councils and other bodies of law faculties.

Students' representatives at the most prestigious universities and law faculties in the countries of the Western Balkans have active and passive voting rights. The paper also explores the sensitive issue of the exclusivity of student representative bodies in the field of electing students to bodies of universities and faculties. Higher education institutions are obliged to finance the work of student representative bodies, and these bodies also have special roles prescribed in detail by law and statute.

Key words: *Students Representatives. – University. – Higher Education.*

Article history:

Received: 21. 8. 2024.

Accepted: 20. 10. 2024.

*Dr Filip Mirić**

PERSONALNA ASISTENCIJA KAO PREDUSLOV ZAPOŠLJAVANJA I RADNOG ANGAŽOVANJA OSOBA SA INVALIDITETOM**

Kvalitet života osoba sa invaliditetom u mnogome zavisi od njihovog radnog angažovanja. Uspješnim radnim angažovanjem osobe sa invaliditetom ostvaruje svoje lične i profesionalne ciljeve i postaje aktivan član društva. Personalna asistencija je važan oblik vaninstitucionalne podrške osobama sa invaliditetom upravo u procesu rada. Njena suština je u tome da je u fokusu pažnje sam korisnik i njegove potrebe. Personalna asistencija omogućava osobama sa invaliditetom da se uključe u društvene tokove i zadovolje svoje lične, profesionalne i socijalne potrebe. Ona je zapravo otežavanje filozofije samostalnog života, čiji su principi: mogućnost izbora, samostalnost u donošenju odluka, kontrola rada asistenata, odgovornost i pravo na grešku. U radu će, pored zakonske i podzakonske regulative u Republici Srbiji, od značaja za primenu personalne asistencije, biti prikazana i njena primena u Nišu. Takođe, u radu će biti izneti predlozi za reformu zakonske i podzakonske regulative, kako bi se primena ovog oblika vaninstitucionalne podrške osobama sa invaliditetom unapredila.

Ključne reči: *Osobe sa invaliditetom. – Personalna asistencija. – Zapošljavanje – Radno angažovanje.*

* Autor je naučni saradnik i samostalni stručnotehnički saradnik za studije i studentska pitanja II i III stepena studija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, filip@prafak.ni.ac.rs, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3066-070X> (Republika Srbija).

** Rad predstavlja rezultat autorovih višegodišnjih istraživanja različitih aspekata funkcionisanja servisa personalne asistencije, te je svojevrsni nastavak istraživanja sprovedenog za potrebe izrade rada F. Mirić, Personalna asistencija kao oblik vaninstitucionalne pomoći osobama sa invaliditetom, *Zbornik radova – Četvrte međunarodne konferencije Položaj marginalizovanih grupa u društvu*, Centar modernih znanja, Banja Luka 2019, 613–617. Ovaj rad je proširen radnopravnim aspektom personalne asistencije, budući da zapošljavanje i radno angažovanje osoba sa invaliditetom predstavljaju važne činioce kvaliteta njihovog života, ali i kvaliteta života samih personalnih asistenata.

1. UVODNE NAPOMENE

Samostalni život predstavlja osnovu nezavisnosti osoba sa invaliditetom. Da bi se on ostvario u punoj meri, neophodno je osobama sa invaliditetom omogućiti širok spektar usluga iz oblasti socijalne zaštite. Kvalitet života predstavlja skup činilaca koji utiču da se osoba oseća zadovoljnom i da vodi ispunjen i koristan život.¹ Kvalitet života osoba sa invaliditetom zavisi od vaninstitucionalne podrške. Personalna asistencija je važan oblik vaninstitucionalne podrške osobama sa invaliditetom.² Njena suština je u tome da je u fokusu pažnje sam korisnik i njegove potrebe. Personalna asistencija omogućava osobama sa invaliditetom da se uključe u društvene tokove i zadovolje svoje lične, profesionalne i socijalne potrebe. Ona je otelotvorenje filozofije samostalnog života, čiji su principi: mogućnost izbora, samostalnost u donošenju odluka, kontrola rada asistenata, odgovornost i pravo na grešku. U radu će, pored zakonske i podzakonske regulative u Republici

- 1 Filip Mirić, „Kvalitet života osoba sa invaliditetom u Srbiji“, *Socijalna misao* 2/2014, 47(a).
- 2 Na ovom mestu bilo bi korisno ukazati na terminološke razlike pojmova invaliditet i invalidnost. Prema čl. 3 Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom (*Službeni glasnik RS*, br. 33/2006, 13/2016) izraz „osobe sa invaliditetom“ označava osobe sa urođenom ili stečenom fizičkom, senzornom, intelektualnom ili emocionalnom onesposobljenošću koje usled društvenih ili drugih prepreka nemaju mogućnosti ili imaju ograničene mogućnosti da se uključe u aktivnosti društva na istom nivou sa drugima, bez obzira na to da li mogu da ostvaruju pomenute aktivnosti uz upotrebu tehničkih pomagala ili službi podrške. Sa druge strane, normativno posmatrano, invalidnost je definisana čl. 21 Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju (*Službeni glasnik RS*, br. 34/2003, 64/2004 – odluka USRS, 84/2004 – dr. zakon, 85/2005, 101/2005 – dr. zakon, 63/2006 – odluka USRS, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019 – odluka US, 86/2019, 62/2021, 125/2022, 138/2022, 76/2023) i ona postoji kad kod osiguranika nastane potpuni gubitak radne sposobnosti, odnosno kad kod profesionalnog vojnog lica nastane potpuni gubitak sposobnosti za profesionalnu vojnu službu i kada kod policijskog službenika nastane potpuni gubitak radne sposobnosti za profesionalno vršenje policijskih poslova, zbog promena u zdravstvenom stanju prouzrokovanih povredom na radu, profesionalnom bolešću, povredom van rada ili bolešću, koje se ne mogu otkloniti lečenjem ili medicinskom rehabilitacijom. U smislu ostvarivanja prava na naknadu za negu i pomoć drugog lica i s tim u vezi, prava na korišćenje servisa personalne asistencije, prema mišljenju autora, prevladajući je koncept invaliditeta jer ne podrazumeva odsustvo radne sposobnosti.

Srbiji, od značaja za personalne asistencije, biti i analizirana njena primena u Nišu. Na ovaj način se mogu uočiti ključni problemi u funkcionisanju servisa personalnih asistenata. Kao jedan od najvećih problema, izdvaja se projektno finansiranje personalne asistencije u svim gradovima Srbije i ograničena finansijska sredstva za ovu namenu, što u mnogome utiče na njegovu održivost i smanjuje kvalitet života osoba sa invaliditetom i izvesnost zaposlenja samih asistenata. Rešavanje ovog i svih ostalih problema u vezi sa funkcionisanjem personalne asistencije u Srbiji će svakako doprineti ostvarivanju principa socijalne pravde i stvaranju humanijeg i pravednijeg društva kome treba težiti. U nastavku rada biće prikazan normativni okvir za ostvarivanje prava na personalnu asistenciju, kao i određeni predlozi za poboljšanja uslova za ostvarivanje ovog prava.³

2. PERSONALNA ASISTENCIJA KAO OTELOTVORENJE SAMOSTALNOG ŽIVOTA

Prema definiciji sadržanoj Rečniku invalidnosti, autorke Milice Novković Ružičić, personalna asistencija predstavlja „organizovani vid podrške osobi sa invaliditetom u obavljanju svakodnevnih aktivnosti, pri čemu ona sama bira i obučava svog asistenta/asistentkinju i određuje kada, gde i kakva joj je asistencija potrebna. Između osobe sa invaliditetom – korisnika/korisnice i njegovog/njenog personalnog asistenta/asistentkinje uspostavlja se profesionalni odnos. U zemljama gde je ovaj program razrađen postoje različiti vidovi obuke personalnih asistenata. Način pokrivanja troškova rada i zaštita prava i jedne i druge strane regulišu se ugovorom. Termin je preuzeo i u nevladinom sektoru u Srbiji proširio Centar za samostalni život invalida Srbije pred kraj XX veka.“⁴ Iz iznete definicije proizilaze i osnovne karakteristike servisa personalne asistencije: 1) korisnik sam bira svog asistenta/asistentkinju i obučava u skladu sa svojim potrebama i kontroliše njegov rad; 2) između asistenta i korisnika uspostavlja se profesionalni odnos,

3 Filip Mirić, „Personalna asistencija kao oblik vaninstitucionalne pomoći osobama sa invaliditetom“, *Zbornik radova – Četvrte međunarodne konferencije Položaj marginalizovanih grupa u društvu*, Centar modernih znanja, Banja Luka 2019, 613–614.

4 Milica Ružičić, *Rečnik invalidnosti*, „Dnevnik“ štamparija, Centar „Živeti uspravno“, Novosadsko udruženje studenata sa hendikepom, Novi Sad 2003, 46.

koji se definiše posebnim ugovorom; 3) servisom personalne asistencije se u potpunosti afirmiše filozofija samostalnog života osoba sa invaliditetom, prema kojoj osobe sa invaliditetom imaju prava da odlučuju o svim pitanjima značajnim za svoj život i rad, uključujući i pravo na grešku. Personalna asistencija je veoma značajna za kvalitet života osoba sa invaliditetom jer im omogućava samostalni život. Ovo podrazumeva pravo osoba sa invaliditetom da biraju s kim će i gde živeti i pristup spektru servisa podrške u lokalnim zajednicama, uključujući i servise personalnih asistenata. One imaju pravo pristupa uslugama u lokalnoj zajednici koje su dostupne svim građanima.⁵

Imajući u vidu istorijski kontekst, ideja o servisu personalne asistencije je nastala kao kritika institucionalizacije osoba sa invaliditetom.⁶ Servis personalne asistencije je nastao u skandinavskim zemljama. Danas je najrazvijeniji u Švedskoj, gde pravo na ovaj oblik socijalne zaštite ostvaruju osobe sa intelektualnim, fizičkim i senzornim invaliditetom, autizmom i neurološkim oštećenjima.⁷ Reforma servisa personalne asistencije je započeta i u Irskoj koja sledi iskustva drugih zemalja u ovoj oblasti. U nastavku rada biće prikazan normativni okvir za funkcionisanje servisa personalne asistencije u Srbiji, kao i predlozi za njegovo poboljšanje.⁸

3. PRAVNI OKVIR ZA FUNKCIONISANJE SERVISA PERSONALNE ASISTENCIJE U SRBIJI I NJEGOVA PRIMENA NA TERITORIJI GRADA NIŠA

3.1. Pravni okvir za funkcionisanje servisa personalne asistencije u Republici Srbiji

Imajući u vidu da personalna asistencija predstavlja oblik vaninstitucionalne podrške osobama sa invaliditetom, ona je primarno

5 Damjan Tatić, *Uvod u međunarodnu konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom*, Centar za samostalni život invalida Srbije, Beograd 2006, 14.

6 Andrew Power, Janet Lord, Allison DeFranco, *Active Citizenship and Disability – Implementing the personalisation of support*, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Carpe Town, Singapore, Sao Paulo, Delhi, Mexico City, Cambridge University Press 2013, 10.

7 Anna Arstein-Kerslake, *Disability Human Rights*, Basel 2006, 90.

8 F. Mirić (2019), *op. cit.*, 614–615.

definisana Zakonom o socijalnoj zaštiti Republike Srbije⁹ (u daljem tekstu: ZSZ). Odredbom čl. 40 ZSZ propisano je da je jedna od usluga u oblasti socijalne zaštite i usluga podrške za samostalni život (stanovanje uz podršku i personalna asistencija). Sredstva za finansiranje ovih usluga obezbeđuju se iz budžeta lokalne samouprave.

Kako bi se utvrdili bliži uslovi za pružanje usluga iz oblasti socijalne zaštite, 2013. godine je usvojen Pravilnik o bližim uslovima i standardima za pružanje usluga socijalne zaštite¹⁰ (u daljem tekstu: Pravilnik). Ovim Pravilnikom je propisano da je svrha personalne asistencije pružanje odgovarajuće individualne praktične podrške koja je korisniku neophodna za zadovoljavanje ličnih potreba i uključivanje u obrazovne, radne i društvene aktivnosti u zajednici, radi uspostavljanja što većeg nivoa samostalnosti (član 100 Pravilnika). Usmerene su ka održavanju i unapređenju kvaliteta života korisnika, u zavisnosti od identifikovanih potreba i kapaciteta za samostalno obavljanje određenih aktivnosti, kao i kapaciteta porodice korisnika i dostupnih resursa i po potrebi uključuju: 1) pomoć u održavanju lične higijene i zadovoljavanju osnovnih ličnih potreba (pomoć pri oblačenju i svlačenju, obavljanju fizioloških potreba, kupanju, pranju kose, itd.); 2) pomoć u održavanju higijene stana, obavljanju svakodnevnih aktivnosti i zadovoljavanju osnovnih životnih potreba; (obezbeđivanju ishrane, nabavku namirnica, spremanje obroka, hranjenje, održavanju čistoće prostorija i itd.); 3) podizanje, premeštanje (transfer) i pomoć pri kretanju unutar i izvan korisnikove kuće, radnog mesta i mesta gde se odvijaju društvene i obrazovne aktivnosti, pomoć u korišćenju prevoza; 4) pomoć u korišćenju terapijskih i zdravstvenih usluga i korišćenju i održavanju pomagala; 5) pomoć pri komunikaciji, socijalnim kontaktima i zadovoljavanju socijalnih, kulturno-zabavnih, i drugih potreba; 6) pomoć pri obavljanju različitih radnih, obrazovnih i društvenih aktivnosti. Na osnovu identifikovanih potreba i procene dostupnih resursa, pružalac usluge i korisnik određuju obim i vrstu angažovanja personalnog asistenta (član 102 Pravilnika). Usluge personalne asistencije mogu obuhvatati i druge aktivnosti sa ciljem uključenja korisnika u socijalne procese.

9 Zakon o socijalnoj zaštiti, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 24/2011, 117/2022 – Odluka US.

10 Pravilnik o bližim uslovima i standardima za pružanje usluga socijalne zaštite, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 42/2013.

Sa aspekta uslova za korišćenje prava na personalnu asistenciju, posebno je zanimljiva odredba člana 99 navedenog Pravilnika. Odredbom ovog člana su propisani uslovi za dostupnost usluge personalne asistencije. Usluge personalne asistencije dostupne su punoletnim licima sa invaliditetom sa procenjenim I ili II stepenom podrške, koja ostvaruju pravo na uvećani dodatak za tuđu negu i pomoć, imaju sposobnosti za samostalno donošenje odluka, radno su angažovana ili aktivno uključena u rad različitih udruženja građana, sportskih društava, političkih partija i drugih oblika društvenog angažmana, odnosno uključene su u redovni ili individualni obrazovni program.

Uslov da osoba mora da uz ispunjenje ostalih kumulativno predviđenih uslova, ostvaruje i pravo na uvećani dodatak za tuđu negu i pomoć, mnoge društveno angažovane osobe sa invaliditetom dovodi u suštinski neravnopravan položaj u odnosu na ostale građane jer ih lišava prava da budu korisnici personalne asistencije, kao vaninstitucionalnog oblika pomoći i podrške osobama sa invaliditetom jer ne ostvaruju pravo na uvećani dodatak za tuđu negu i pomoć. Suštinski, ostvarivanje prava na uvećani dodatak za tuđu negu i pomoć zavisi od mogućnosti same osobe sa invaliditetom da samostalno, ili uz tuđu pomoć u određenoj meri, zadovoljava svoje osnovne životne potrebe i zavisi od vrste i stepena oštećenja. Naime, prema odredbi čl. 94 Zakona o socijalnoj zaštiti pravo na uvećani dodatak za pomoć i negu drugog lica ima lice iz čl. 92, st. 1 ovog zakona za koje je, na osnovu propisa o penzijskom i invalidskom osiguranju, utvrđeno da ima telesno oštećenje od 100% po jednom osnovu ili da ima organski trajni poremećaj neurološkog i psihičkog tipa i lice iz čl. 92, st. 1 ovog zakona koje ima više oštećenja, s tim da nivo oštećenja iznosi po 70% i više procenata po najmanje dva osnova. Na osnovu iznetog, može se pretpostaviti da je intencija usvajanja ovakvog pravnog rešenja, smanjenje broja potencijalnih korisnika usluge personalne asistencije.

Priroda personalne asistencije je sasvim drugačija. Ona ima za cilj da, kroz mere aktivne podrške doprinese socijalnoj inkluziji osoba sa invaliditetom, podstičući njihov aktivizam, ostvarivanje prava na rad, zapošljavanje i obrazovanje. Izmenom člana 99 navedenog Pravilnika, na taj način što bi se izostavio uslov da korisnik personalne asistencije mora da ostvaruje pravo na uvećanu tuđu negu i pomoć, umesto čega je dovoljno da dokaže status osobe sa invaliditetom, bi se, prema mišljenju autora, na pravi način ostvarila svrha Pravilnika

i same personalne asistencije kao oblika pomoći osobama sa invaliditetom i time značajno uticalo na inkluziju ovih ljudi u sve društvene tokove.¹¹ Da bi se uočile sve specifičnosti primene servisa personalne asistencije u praksi u nastavku rada, biće prikazano kako ovaj servis funkcioniše na teritoriji Niša.

3.2. *Funkcionisanje servisa personalne asistencije na teritoriji Grada Niša*

Servis personalne asistencije u Nišu postoji od 2010. godine. Kao pozitivna okolnost, može se oceniti činjenica da su već nekoliko godina unazad (prema informacijama kojima raspolaže autor, od 2018. godine), sredstva za finansiranje servisa personalne asistencije i usluge ličnog pratioca obezbeđena iz budžeta Grada Niša, što pozitivno utiče na održivost ovih servisa podrške osobama sa invaliditetom.¹² Ipak u pravnom položaju personalnih asistenata, postoji jedan normativni problem koji ima višestruke negativne posledice. Naime, prema informacijama kojima autor raspolaže, asistenti su, već nekoliko godina, angažovani na osnovu zaključenih ugovora o obavljanju privremenih i povremenih poslova, sa odgovarajućim pružaocem usluga, koje je odredio Grad Niš. Budući da priroda personalne asistencije ne odgovara privremenim i povremenim poslovima, smatramo da ovakav ugovor nije odgovarajući, za ovu vrstu poslova. Jedan od predloga za prevazilaženje ovog pravnog problema je da asistenti budu angažovani na osnovu zaključenih ugovora o radu na određeno vreme, čime bi im bila garantovana sva prava iz radnog odnosa, što bi uticalo na poboljšanje njihovog radnopravnog položaja.

U skladu sa odredbama Pravilnika, Komisija za izbor korisnika usluga personalnih asistenata i ličnih pratilaca Grada Niša usvojila je Kriterijume za izbor korisnika usluga personalnih asistenata i ličnih pratilaca.¹³ Navedenim Kriterijumima detaljno su propisani uslovi za korišćenje usluge personalne asistencije i usluge ličnih pratilaca (namenjene licima uključenim u obrazovni proces). Kako bi se sprečila

11 F. Mirić (2019), *op. cit.*, 615–616.

12 *Ibid.*, 616.

13 Kriterijumi za izbor korisnika usluga personalnih asistenata i ličnih pratilaca Grada Niša, <https://www.gu.ni.rs/wp-content/uploads/KRITERIJUMI-PERSONALNI-ASISTENTI-I-LICNI-PRATIOCI-2021-KOMISIJA.pdf>, 28. 7. 2024.

diskriminacija osoba sa invaliditetom, kao kriterijumi za rangiranje učesnika po javnim pozivima za korišćenje personalne asistencije navedeni su: porodični status osobe sa invaliditetom, radno angažovanje i angažovanje u sportskim udruženjima, volonterski rad itd. Svaka od ovih aktivnosti donosi određeni broj poena, na osnovu čega se formira rang lista kandidata za uslugu personalne asistencije. Broj korisnika se određuje prema raspoloživim finansijskim sredstvima. Imajući u vidu način finansiranja personalne asistencije u Nišu, korisnici ne snose troškove ove usluge, iako je takva mogućnost predviđena i odredbama Zakona o socijalnoj zaštiti. Ovom merom se svakako utiče na poboljšanje finansijske sigurnosti osoba sa invaliditetom u Nišu, ali se ujedno, i smanjuje broj korisnika, što predstavlja njen negativni aspekt. Predloženim izmenama Pravilnika o uslovima za korišćenje usluga iz oblasti socijalne zaštite, u smislu da pravo na personalnu asistenciju ubuduće ne zavisi od visine naknade za tuđu negu i pomoć, već od radnog angažovanja, društvenih aktivnosti i potreba samih korisnika, kao i plaćanjem participacije za korišćenje navedene usluge ostvarila bi se na pravi način, svrha ove usluge iz oblasti socijalne zaštite.¹⁴ Kritički posmatrano, porodični status, kao jedan od kriterijuma za ostvarivanje prava na personalnu asistenciju, može predstavljati oblik diskriminacije samih osoba sa invaliditetom, te bi trebalo voditi računa o obimu i načinu njegove primene, kako se jedna dobra intencija ne bi pretvorila u svoju negaciju.

Personalna asistencija ima značajnu ulogu prilikom zapošljavanja i obavljanja svakodnevnih poslova osoba sa invaliditetom, čime se obezbeđuje njihova lakša mobilnost i transfert do i od radnog mesta, kao i pomoć na samom radnom mestu, sve od zavisnosti od radnih zadataka, poslova i individualnih obaveza osoba sa invaliditetom. Prema potrebama i mogućnostima trebalo bi angažovati i radnih asistenata, što bi zahtevalo njihovu dodanu obuku i profesionalnu specijalizaciju, što je naredni korak u razvoju ovog servisa podrške u vremenu koje dolazi.

14 F. Mirić (2019), *op. cit.*, str. 615–616; Kriterijumi za izbor korisnika usluga personalnih asistenata i ličnih pratilaca Grada Niša, <https://www.gu.ni.rs/wp-content/uploads/KRITERIJUMI-PERSONALNI-ASISTENTI-I-LICNI-PRATIOCI-2021-KOMISIJA.pdf>, 29. 7. 2024.

4. ZAKLJUČAK

Personalna asistencija predstavlja važan segment socijalne zaštite. Ona je namenjena pre svega, radno i društveno angažovanim osobama sa invaliditetom, kako bi na što efikasniji način zadovoljile svoje svakodnevne potrebe. Nju ne treba posmatrati samo kroz prizmu pomoći osobama sa invaliditetom, već ona ima i razvojnu komponentu. Naime, na ovaj način se omogućava da osobe sa invaliditetom razviju svoje lične i profesionalne potencijale i time doprinesu razvoju sredine u kojoj žive.

Osim navedenog, pregledom dostupne literature, uočeno je da je svega nekoliko naučnih i stručnih radova domaćih autora posvećenoj personalnoj asistenciji. Opravdanje za ovakvo stanje se može naći i u činjenici da je ova usluga relativno nova u sistemu socijalne zaštite u Srbiji. Zbog toga, ovaj rad treba shvatiti i kao skromnu težnju autora da pokrene širu naučnu, stručnu i društvenu diskusiju o servisu personalne asistencije.

Personalna asistencija ima značajnu ulogu prilikom zapošljavanja i obavljanja svakodневnih poslova osoba sa invaliditetom, čime se obezbeđuje njihova lakša mobilnost i transfert do i od radnog mesta, kao i pomoć na samom radnom mestu, sve od zavisnosti od radnih zadataka, poslova i individualnih obaveza osoba sa invaliditetom.

Kao i svaku drugu uslugu iz oblasti socijalne zaštite i servis personalne asistencije bi trebalo kontinuirano razvijati i usavršavati. Jedan od, čini se, korisnih predloga je da se pravo na korišćenje personalne asistencije u Srbiji ne uslovljava visinom naknade za tuđu negu i pomoć koji korisnik prima, već stepenom njegovog radnog i društvenog angažovanja i realnim potrebama. Plaćanjem participacije za korišćenje navedene usluge bi se sasvim sigurno povećao i broj korisnika, imajući u vidu ograničena finansijska sredstva za ovu namenu. Na ovaj način bi ova usluga, prema mišljenju autora, u potpunosti ostvarila svoj cilj.

Kao što je navedeno uočen je izvestan napredak u servisu personalne asistencije i ličnih pratilaca u Republici Srbiji. Kao pozitivna okolnost, može se oceniti činjenica da su već nekoliko godina unazad sredstva za finansiranje servisa personalne asistencije i usluge ličnog pratioca obezbeđena iz budžeta Grada Niša, što pozitivno utiče na odr-

živost ovih servisa podrške osobama sa invaliditetom. Ipak, budući da je finansiranje ovih servisa podrške prepušteno samim lokalnim samoupravama, usled njihovog neravnomernog razvoja, ove usluge nisu na jednakim osnovama i pod jednakim uslovima dostupne svim osobama sa invaliditetom kojima su potrebne, što, prema oceni autora predstavlja posebno težak oblik diskriminacije. Reč je o posebno teškom problemu, čijem rešavanju treba pristupiti sistemski i multidisciplinarno, kako bi personalna asistencija kao oblik podrške osobama sa invaliditetom ostvarila svoj puni inkluzivni potencijal i tek se tada može govoriti o istinski inkluzivnoj društvenoj zajednici, koja počiva na načelima ravnopravnosti i pravednosti, kao osnovnim pravnim principima i vrhovnim moralnim vrednostima.

Filip Mirić, PhD

Faculty of Law, University of Niš

PERSONAL ASSISTANCE AS A FORM OF SUPPORT FOR EMPLOYMENT OF PERSONS WITH DISABILITIES

Summary

The quality of life of persons with disabilities largely depends on their employment. With successful employment, people with a disability can achieve their personal and professional goals and becomes an active member of society. Personal assistance is an important form of non-institutional support for persons with disabilities in the work process. Its essence is that the focus of attention is on the user himself and his needs. Personal assistance enables people with disabilities to join social activities and meet their personal, professional and social needs. It is actually the embodiment of the philosophy of independent living, the principles of which are: the possibility of choice, independence in decision-making, control over the work of assistants, responsibility and the right to make mistakes. In addition to the legal and by-law regulations in the Republic of Serbia, which are important for the application of personal assistance. Its application in Niš paper will be also indicated in the paper. Also, some proposals for the reform of

legal and sub-legal regulations and by-laws, in order to improve the implementation of this form of non-institutional support for persons with disabilities will be analyzed and discussed.

Key words: *Persons with disabilities. – Personal assistance. – Employment.*

LITERATURA

- Arstein-Kerslake, A. (Ed.), *Disability Human Rights*, Basel 2006.
- Power, A., Lord, J., deFranco, A., *Active Citizenship and Disability – Implementing the personalisation of support. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Carpe Town, Singapore, Sao Paulo, Delhi, Mexico City*, Cambridge University Press 2013.
- Mirić, F. „Kvalitet života osoba sa invaliditetom u Srbiji“, *Socijalna misao* 2/2014, 47–57.
- Mirić, F. „Personalna asistencija kao oblik vaninstitucionalne pomoći osobama sa invaliditetom“ *Zbornik radova – Četvrte međunarodne konferencije Položaj marginalizovanih grupa u društvu*, Centar modernih znanja, Banja Luka 2019, 613–617.
- Ružičić, M., *Rečnik invalidnosti*, „Dnevnik“ štamparija, Centar „Živeti uspravno“, Novosadsko udruženje studenata sa hendikepom, Novi Sad 2003.
- Tatić, D., *Uvod u međunarodnu konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom*, Centar za samostalni život invalida Srbije, Beograd 2006.

Article history:

Received: 20. 10. 2024.

Accepted: 20. 11. 2024

UPUTSTVO ZA AUTORE

Časopis *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe* je međunarodni časopis u kojem se objavljuju radovi koje odobri Uredništvo, a na osnovu dve pozitivne recenzije anonimiziranog teksta rada. Tekstovi se predaju u elektronskom obliku urednicima na e-mail adrese: *nenad.tesic@ius.bg.ac.rs*, *milena@ius.bg.ac.rs* i sekretarki: *marija.vlajkovic@ius.bg.ac.rs*.

Uredništvo će, po pravilu, obavestiti autore u roku od dva meseca po prijemu teksta rada. Rad će biti prihvaćen za objavljivanje pod uslovom da nije istovremeno predat drugom časopisu na objavljivanje, odnosno da nije reč o već objavljenom delu. U pogledu ove okolnosti Autori potpisuju odgovarajuću izjavu.

Tekstovi po pravilu ne treba da budu duži od jednog tabaka, na engleskom jeziku kome se daje prednost u pogledu objavljivanja ili na regionalnom jeziku jugoistočne Evrope pisani latinicom. Izuzetno, maksimalni obim teksta je 1,5 tabak. Jedan tabak iznosi 16 strana od 28 redova sa 66 znakova u redu, odnosno 28.800 znakova.

U gornjem levom uglu navodi se akademska titula, ime i prezime autora, a u fusnoti ustanova u kojoj je autor zaposlen ili druga afilijacija, država autora, godina rođenja, elektronska adresa, Orcid broj.

Tekst namenjen za rubriku „Članci“ mora da na početku sadrži rezime s osnovnim nalazima rada, obima do 150 reči i do pet ključnih reči, a na kraju spisak korišćene literature i „Summary“ sa ključnim rečima na engleskom jeziku. Ceo rad, uključujući i „Summary“ na stranom jeziku, podležu stručnoj lekturi.

Naslov rada se piše na sredini, velikim slovima – verzalom (font 14). Podnaslovi se pišu na sredini, velikim slovima (font 12) i numerišu se arapskim brojevima. Ukoliko podnaslov sadrži više celina, one sa takođe označavaju arapskim brojevima, i to: 1.1. – kurzivom, malim slovima (font 12), 1.1.1. – običnim malim slovima (font 12), itd. sa manjim fontom.

Rad mora da sadrži listu referenci (pod naslovom: „Literatura“) koja obuhvata bibliografske izvore (poput članaka, udžbenika, monografija i sl.) i daje se isključivo u zasebnom odeljku nakon teksta i ispod rezimea na engleskom jeziku. Reference se navode na dosledan način, prema abecednom redosledu prezimena autora, zatim prvog slova imena pa rada, kako glase u originalu.

Radovi se predaju u elektronskom obliku. Redakcija zadržava pravo da prilagođava rad opštim pravilima uređivanja časopisa i standardu regionalnog jezika u jugoistočnoj Evropi.

Pristigli radovi prolaze kroz anonimnu recenziju kao i program za detekciju plagijarizma.

Urednici i članovi Uređivačkog odbora nisu odgovorni za stavove autora iznete u radovima objavljenim u ovom časopisu.

PRAVILA CITIRANJA

1. **Knjige** se navode na sledeći način: prvo slovo imena (posle čega sledi tačka) i prezime autora, naziv kurzivom, mesto izdanja kurentom – obično, godina izdanja. **Prilikom prvog citiranja navodi se puno ime i prezime autora.** Ako se navodi i broj strane, on se piše bez ikakvih dodataka (poput str., p., pp., ff., dd. i slično). Posle mesta izdanja ne stavlja se zarez. Ukoliko se navodi i izdavač, piše se kurentom – obično, pre mesta izdanja. Navođenje naziva izdavača nije obavezno, ali je poželjno.

Primer prvog citiranja: Tatjana Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001, 95–98.

1.1. Ukoliko knjiga ima više izdanja, može se navesti broj izdanja u superskriptu (npr. 2012⁵).

1.2. Ukoliko se upućuje na fusnotu, posle broja strane piše se skraćena „fn.“.

Primer: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001, 1 fn. 1.

2. **Članci** se navode na sledeći način: prvo slovo imena (sa tačkom) i prezime autora staviti u zagradi (osim kod prvog navođenja), naziv članka kurentom – obično pod navodnicama, naziv časopisa (novina ili druge periodike) kurzivom, broj i godište, broj strane bez

ikakvih dodataka (kao i kod citiranja knjiga). **Prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora.**

Ukoliko je naziv časopisa dug, prilikom prvog citiranja u zagradi se navodi skraćenica pod kojom će se periodika nadalje pojavljivati.

Primer prvog citiranja: Meliha Powlakić, „Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (ZPFSR) 1/2003*, 196.

3. Ukoliko postoji **više autora knjige ili članka** (do tri), razdvajaju se zarezom.

Primer: M. Petrović, M. Popović, V. Ilić.

Ukoliko se citira knjiga ili članak sa više od tri autora, navodi se prvo slovo imena i prezime samo prvog od njih, uz dodavanje skraćene reči *et alia* (*et al.*) kurzivom. Samo prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora.

Primer: N. Gavella *et al.*

4. Ukoliko se u radu citira samo jedan tekst određenog autora, **kod ponovljenog citiranja** tog teksta, posle prvog slova imena i prezimena autora, sledi *op. cit.* i broj strane.

Primer: M. Powlakić, *op. cit.*, 23.

Ukoliko se citira **više radova istog autora**, bilo knjiga ili članaka, a pošto je prvi put naziv svakog rada naveden u punom obliku, posle prvog slova imena i prezimena autora, stavlja se u zagradi godina izdanja knjige ili članka. Ukoliko iste godine autor ima više objavljenih radova koji se citiraju, uz godinu se dodaju slova a, b, c, d, itd., posle čega sledi samo broj strane.

Primer: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53.

5. Ukoliko se citira tekst sa više strana koje su tačno određene, one se razdvajaju crticom, posle čega sledi tačka. Ukoliko se citira više strana koje se ne određuju tačno, posle broja koji označava prvu stranu navodi se „i dalje“ s tačkom na kraju.

Primer: M. Powlakić, *op. cit.*, 23–34.

Primer: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53 i dalje.

6. Ukoliko se citira podatak s iste strane iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, koristi se latinična skraćunica za *ibidem* u kurzivu, s tačkom na kraju (bez navođenja prezimena i imena autora).

Primer: *Ibid.*

Ukoliko se citira podatak iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, ali s različite strane, koristi se latinična skraćunica *ibid.*, navodi se odgovarajuća strana i stavlja tačka na kraju.

Primer: *Ibid.*, 23.

7. Kada se citira **članak u zborniku radova**, posle naziva zbornika koji je pisan italikom, u zagradi se navode imena urednika. Ukoliko ih je više stavlja se naznaka „eds.“ pre njihovih imena, a ako je samo jedan urednik, naznaka pre njegovog imena je „ed.“, odnosno odgovarajuća skraćunica u drugom jeziku (npr. u nemačkom „Hrsg.“, na srpskom ili drugom jeziku ovog govornog područja „ur.“) pre imena.

Primer: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

8. **Propisi** se navode punim nazivom u kurentu – obično, potom se kurzivom navodi glasilo u kome je propis objavljen, a posle zarezava broj i godina objavljivanja, ponovo u kurentu – obično. Ukoliko će se pomenuti zakon citirati i kasnije, prilikom prvog pominjanja posle crte navodi se skraćunica pod kojom će se propis dalje pojavljivati.

Primer: Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78 ili Zakon o izvršnom postupku – ZIP, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04.

Ukoliko je propis izmenjivan i dopunjavan, navode se sukcesivno brojevi i godine objavljivanja izmena i dopuna.

Primer: Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, *Službeni glasnik RS*, br. 62/03, 64/03, 58/04 i 62/04.

9. **Član, stav i tačka propisa** označava se skraćenicama čl., st. i tač., a iza poslednjeg broja se ne stavlja tačka.

Primer: čl. 5, st. 2, tač. 3 ili čl. 5, 6, 9 i 10 ili čl. 4–12, itd.

10. Navođenje **sudskih odluka** treba da sadrži što potpunije podatke (vrsta i broj odluke, datum kada je donesena, publikacija u kojoj je eventualno objavljena).

11. Latinske i druge **strane reči**, internet adrese i sl. se pišu kurzivom.

12. Citiranje tekstova s **interneta** treba da sadrži naziv citiranog teksta, adresu internet stranice ispisanu kurzivom i datum pristupa stranici.

Primer: J. Basedow *et al.*, „Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?“, <http://faz.net/-019m8q>, 24.5.2007.

13. Inostrana imena se transkribuju na latinici na srpskom jeziku ili drugom jeziku ovog govornog područja kako se izgovaraju, a prilikom prvog pominjanja u tekstu njihovo prezime se navodi u zagradi u izvornom obliku na stranom jeziku kurzivom, npr. Godme (*Gaudemet*).

14. Za „videti“ koristi se skraćenica „vid.“, a za „uporediti“ se koristi skraćenica „upor.“

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

The periodical *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe* is an international, peer-reviewed journal. All submitted articles will be evaluated by two reviewers.

Manuscripts should be submitted in electronic form to the editors: *nenad.tesic@ius.bg.ac.rs*, *milena@ius.bg.ac.rs* and secretary: *marija.vlajkovic@ius.bg.ac.rs*

The editorship will, under normal circumstances, inform the authors of their decision within two months after the receipt of the submission. Articles are accepted for review on the understanding that they are not being considered concurrently by any other journal and that there is a serious commitment to publication. In this regard, the Authors are required to sign a corresponding statement (author's statement).

In the upper left corner, it is necessary to indicate academic title, first and last name of the Author and in the footnote the institution where the Author is employed or other affiliation, state, year of birth, e-mail address and Orcid Id.

Articles should not normally exceed 28,000 characters in length; therefore, a precise character count should be included with each article submitted.

An abstract of the article of maximum 100–150 words should be included together with 3–5 keywords suitable for indexing and online search purposes. Articles should also include a list of references. The whole text, including references and abstracts, should be double-spaced with margins of at least one inch on all sides. Pages should be numbered consecutively throughout the paper. Authors should also supply a shortened version of the title, not exceeding 50 character spaces, suitable for the running head.

The title should be centred, in bold caps, font size 14. Subtitles should be centred on pages, recto and numbered (for example, 1.1., 1.1.1. etc.).

The paper must contain a list of references with bibliographical sources (articles, books monographs, etc.) that is provided in a separate section after the text of the article and summary in Serbian in the end. References should be listed in alphabetical order in the following order: The author's surname, first letter of the name, title of the paper/book etc.

Authors are requested to ensure that their articles follow the editorial style and format adopted by the periodical *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe*. The Editors reserves the right to adapt texts to the law review's style and format.

Submitted papers will undergo a blind peer review process and will be controlled through an anti-plagiarism software.

The Editors and Members of the Editorial Board do not hold themselves liable for the views expressed by the contributors.

REFERENCE STYLE

1. **Books:** first letter of the author's name (**except when referencing for the first time, full name and surname should be provided**) and the author's last name, title written in verso, place of publication in recto, year of publishing. When the author is referenced for the first time, state the author's full name and surname. If the page number is specified, it should be written without any supplements (like p., pp., f., dd. or others). The publisher's location should not be followed by a comma. If the publisher is stated, it should be written in recto, before the publisher's location.

Example of first-time reference: Tatjana Josipović, *Zemljišno-knjižno pravo*, Zagreb 2001, 75–86.

1.1. If a book has more than one edition, the number of the edition can be stated in superscript (for example: 2001²).

1.2. Any reference to a footnote should be abbreviated and numbered after the page number.

Example: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001, 1 fn. 1.

2. **Articles:** first letter of the author's name (**except when referencing for the first time, full name and surname should be provided**) and author's last name, article's title in recto with quotation

marks, name of the journal (law review or other periodical publication) in verso, volume and year of publication, page number without any supplements (as in the book citation). If the name of a journal is longer than usual, an abbreviation should be offered in brackets when it is first mentioned and used later on.

Example of first-time reference: Meliha Powlakić, “Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2003, 196.

3. If there is **more than one author** of a book or article (three at most), their names should be separated by commas.

Example: M. Petrović, M. Popović, V. Ilić.

If there are more than three authors, only the first name should be cited, followed by the abbreviation *et alia* (*et al.*) in verso.

Example: N. Gavella *et al.*

If there is more than one place of publication, a dash is used to separate the places.

Example: H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ABGB, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom I- und Rom II-VO*, Wien – New York 2010³.

4. **Repeated citations to the same author** should include only the first letter of his or her name, the last name, *op. cit.*, and the page number.

Example: M. Powlakić, *op. cit.*, 23.

If two or more references to the same author are cited, the year of publication should be provided in brackets. If two or more references to the same author published in the same year are cited, these should be distinguished by adding a, b, c, etc. after the year:

Example: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53.

5. If **more than one page is cited from a text** and the pages are specified, they should be separated by a dash, followed by a period. If more than one page is cited from a text but without specification, *et seq.* should follow the number which notes the first page.

Example: M. Powlakić, *op. cit.*, 23–34.

Example: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53 *et seq.*

6. If the **same page of the same source was cited in the preceding footnote**, the Latin abbreviation for *Ibidem* should be used, in verso, followed by a period.

Example: *Ibid.*

If the same source (but not the same page) was cited in the preceding footnote, the Latin abbreviation for *Ibidem* should be used, in verso, followed by the page number and a period.

Example: *Ibid.*, 23.

7. When an article that has been published in a **collection of articles** or an edited monograph is being published after reference to the name of the author and the title of the article is being made, the title of the monograph should be written in verso and the names of the editors should follow in brackets as well as the reference to their editorship (eds., Hrsg. or ur.), publisher, place and year of publication and page numbers.

Example: A. Buchanan, "Liberalism and Group Rights", *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

8. **Statutes and other regulations** should be provided with a complete title in recto, followed by the name of the official publication (e.g. official gazette) in verso, and then the number (volume) and year of publication in recto. In case of repeated citations, an acronym should be provided on the first mention of a given statute or other regulation.

Example: Personal Data Protection Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 97/08.

If the statute has been changed and supplemented, numbers and years should be given in a successive order of publishing changes and additions.

Example: Criminal Procedure Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 58/04, 85/05 and 115/05.

9. **Articles of the cited statutes and regulations** should be denoted as follows:

Example: Art. 5 (1) (3); Arts. 4–12.

10. **Citation of court decisions** should contain the most complete information possible (category and number of decision, date of decision, the publication in which it was published).

11. **Latin and other foreign words and phrases** as well as **internet addresses** should be written in verso.

12. Citations of **webpages**, websites or e-books should include the title of the text, the source address (URL) and the date, when the website was last visited.

Example: J. Basedow *et al.*, “Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?“, <http://faz.net/-019m8q>, last visited 24 May 2007.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
340.137

Harmonius : Journal of Legal and Social
Studies in South East Europe / glavni urednik
Christa Jessel-Holst. – God. 1, br. 1 (2012)– . –
Beograd : Harmonius : Univerzitet u Beogradu,
Pravni fakultet, Centar za publikacije 2012–
(Beograd : Dosije studio). – 23 cm

Godišnje.

ISSN 2334-6566 = Harmonius

COBISS.SR-ID 195094540



www.harmonius.org



ISSN 2334-6566



9 772334 656000