

# STUDIA IURIDICA MONTENEGRINA

# ČASOPIS STUDIA IURIDICA MONTENEGRINA

*Glavni i odgovorni urednik* prof. dr Zoran Stojanović  
(*Editor-in-Chief*)

*Redakcija* prof. dr Zoran Stojanović (Podgorica)  
(*Editorial Board*) prof. dr Olivera Vučić (Beograd)  
prof. dr Vilim Bouček (Zagreb)  
prof. dr Slobodan Panov (Beograd)  
prof. dr Marko Petrak (Zagreb)  
prof. dr Davorin Lapaš (Zagreb)  
prof. dr Marija Karanikić Mirić (Beograd)

*Izdavački savjet* akademik Dragan K. Vukčević, predsjednik  
(*Editorial Council*) akademik Đordje Borožan  
akademik Viljem V. Smirnov  
prof. dr em. Mihajlo Dika  
prof. dr Budimir P. Košutić  
prof. dr Miodrag Orlić

*Sekretar* mr Andrej Brakanović  
(*Secretary of Editorial Board*)

*Priprema za štampu* Bojan R. Popović  
*Prepress* Medeon, Podgorica

*Izdavač* FPN UDG  
*Publisher* Ul. Oktoih br. 1  
Podgorica  
*e-mail:* sim@udg.edu.me  
*web:* <http://studiaiuridica.me/>

Časopis izlazi dva puta godišnje

2|2019

## SADRŽAJ

### ČLANCI:

#### RODOLJUB ETINSKI

Slučaj Renckhoff i preoblikovanje neprofitnog korišćenja interneta . . . /7/

#### SLOBODAN I. PANOV

Porodični zakoni Crne Gore i Srbije: skica komparativne analize . . . /31/

#### MARKO PETRAK

Kodificiranost građanskog prava u Jugoistočnoj Evropi —  
pouke za Crnu Goru . . . . . /51/

#### JELENA ĐURIŠIĆ

Krivično djelo proganjanje u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore . . . /89/

#### BOJAN BOŽOVIĆ

Međunarodna nadležnost za online potrošačke ugovore  
u Evropskom međunarodnom privatnom pravu . . . . . /103/

### PRIKAZI:

#### ANDREJ BRACANOVIĆ

Bart Wauters and Marco de Benito,  
*The History of Law in Europe: An Introduction* . . . . . /117/

#### IZ PRAVNE ISTORIJE

Slučaj izricanja smrtne kazne strijeljanjem iz 1853. godine . . . . . /123/

#### IN MEMORIAM

Akademik Slobodan Perović (1932–2019) (Akademik Zoran Rašović). . . /131/



---

# ČLANCI



## The Renckhoff case and the reshaping of the non-for-profit use of material on the Internet<sup>..</sup>

The digital technology and the Internet created new technical possibilities concerning use and protection of copyrighted works, such as storage of work in digital format in memory of computer, search engines, social platforms, transmission on demand, various types of linking, website-blocking, electronic protection of copyrighted works or automated computational analysis of information in digital format. They make copyright law much more complex. The *Renckhoff* case is significant in the context of discussion whether law, including EU law provides the copyright holders and users with equitable sharing of the benefits derived from the new technical possibilities. The Court of the EU interpreted the right to communication and making a work available to the public. The Court's weighing and balancing of various involved factors looks problematic from the standpoint of the equitable sharing of benefits. The judgment might be understood as established a rebuttable presumption that all contents on the Internet are under the copyright protection and that the non-commercial user is obliged to investigate existence of the copyright protection. If such understanding were correct, *Renckhoff* might endanger the freedom of expression and information and other non-for-profit uses of the Internet.

*Key words:* Copyright, Internet, Communication, Making available, Public

### Introduction

The functions and uses of the Internet<sup>1</sup> have been changing over the time. The early Internet served primarily to facilitate the public

<sup>..</sup> Professor, Faculty of Law of University of Novi Sad and Faculty of Law UDG Podgorica. e-mail: rodoljub.etinski@hotmail.com

<sup>..</sup> The article transmits the lecture held at the Bar School of EU Law on 20 April 2019. The author published the paper concerning the *Renckhoff* case under title "The Relevance of Prior Knowledge on the Existence of Copyright in Balancing Freedom of Expression and Copyright Integrity in Renckhoff (C-161/17)" in *Noua Revistă de Drepturile Omului*, 1/2019. The published paper is limited only to the designated issue. This paper considers also other relevant issues.

<sup>1</sup> The term Internet is used in this text with capital first letter, except in quotations. The word should be used as a proper noun., not as a common noun. However, the word is also used as the common noun. See [https://en.wikipedia.org/wiki/Capitalization\\_of\\_Internet](https://en.wikipedia.org/wiki/Capitalization_of_Internet). For the time being the use of the word with capital I prevails. <https://blog.oxforddictionaries.com/2016/04/05/should-you-capitalize-internet/> That grammatical issue is not legally neutral here. Even it was created by man, the Internet should

access to information and to make easier private communication.<sup>2</sup> In the 1990s the commercial wave began to spread. Later, the Internet was used for creating a new form of sociability — on-line communities in which all participants can be reader or viewer and publisher simultaneously.<sup>3</sup> “To maintain this structure, the community model requires the continued neutrality of the network so that non-professional, unprofitable and politically controversial communication will not be marginalized. It must be possible to introduce innovative designs for new forms of association without passing through bureaucratic or commercial gatekeepers”<sup>4</sup>

The Internet has become the broadest worldwide forum of meeting all various people, ideas and interests. The protection of copyrighted works is one interest among many other important interests. The specific technical characteristics of digitalization and the Internet have opened various possibilities of the factual and legal regulation of plurality of the rights and underlying interests. In the last two decades the legal regulation of the use of the Internet has been expanding. Justice and reasonableness require that the legal regulation takes into account all various and frequently competing interests, attributes appropriate importance to each of them and establishes a fair balance among them. Justice and the principle of equality require also that new technical possibilities, created by digitalization and the Internet brings equal benefits to all various users of the Internet. It seems, however, that some disbalances have occurred in respect to interest of the copyright holders and users. “Many users feel that restrictions on use of copyrighted material on the internet are at odds with established practices of non-commercial ‘sharing’ and reusing of content, often done to create something new — a phenomenon sometimes referred to as the ‘remix culture’ — a form of which is user-generated content.”<sup>5</sup>

The *Renckhoff* case<sup>6</sup> is a good illustration of the problem. Different possible interpretations of the key provisions of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001

---

be treated in legal terms as unique entity, such as the Sea. Thus, the Internet should be treated as *res communis omnium*. The users of the Internet are already named “internauts”. See E. Arezzo, *Hyperlinks and Making Available Right in the European Union — What Future for the Internet After Swensson*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2014, p. 525.

<sup>2</sup> A. Feenberg, Introduction, Toward a Critical Theory of Internet, in *(Re)Inventing of the Internet, Critical Case Studies*, ed. A. Feenberg and N. Friesen, Rotterdam, Sense Publishers, 2012 e-book, ISBN: 978-94-6091-734-9, p. 11.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> D.J. Gervais, Making Copyright Whole: A Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations, *University of Ottawa Law & Technology Journal*, 1/2008, p. 11.

<sup>6</sup> Case C-161/17 Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff, judgment of 7 August 2018.

on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society (hereinafter: the InfoSoc Directive) and guiding motives underlying the different interpretation illustrate different possibilities of sharing benefits brought by digitalization and the Internet. The case demonstrates different visions of the fair balance between copyright and other fundamental rights.

The main issue was whether a school pupil infringed the right of communication and making available of a work to the public by downloading of a photo from the website of a travel magazine and uploading the photo to the website of her school. The Advocate General Campos Sánchez-Bordona proposed to the Court of the European Union (hereinafter: the CJEU or the Court) to reply that there was no infringement, but the Court replied contrary. Interested parties, participating in the proceedings before the CJEU, the Commission, Italy and France took also different positions. The Advocate General began his Opinion by an observation that it had been established practice not very long ago that the pupils illustrated their school projects with photos and drawings published in books and magazines, then that they presented them in school and that the authors of the used images did not claim royalties. He observed further that the pupils are doing the same today but in digital format and by using the Internet for searching for images and for displaying their homework.<sup>7</sup> Thus, he noted that the case was of the importance “to the daily lives of millions of pupils in Europe”.<sup>8</sup>

The *Renckhoff* case is of relevance for the copyright holders and users and it might affect interest of members of the groups on the social platforms such as Facebook or Twitter, as well as members of the public. The case is focused on the interpretation of the right to communication and making available of a work to the public as laid down in Article 3 (1) of the InfoSoc Directive, but the fundamental issue underlying the case is how the public interest address the protection of copyright in the Internet environment. The text will show two approaches. First, traditional approach according to which the high protection of copyright stimulates investment in creativity and increases competitiveness of the society. And second, the new one, that the protection of copyright should not obstacle the process of development of new unlicensed creativity on the Internet and should be proportional to protection of other fundamental rights such as the freedom of expression and information and the right to education. The freedom of expression includes also the expression by photos.<sup>9</sup>

The analysis of the interpretation of the right to communication and making available of a work to the public in *Renckhoff* requires

<sup>7</sup> Case C-161/17 *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff*, Opinion of the Advocate General of 25 April 2018, paras 1 and 2.

<sup>8</sup> *Ibid.*, para 52.

<sup>9</sup> *Von Hannover v. Germany* (No 2), App. Nos. 40660/08 and 60641/08, judgment of 7 February 2012, para 103.

the exploration of more issues including the meaning of the term public, relevance of knowledge about the existence of copyright in the work, significance of for-profit or non-for-profit motive of transmission, distribution of burden of the copyright protection between the right-holder and the user and weighing and balancing of interests protected by competing fundamental rights. The judgment in *Renckhoff* might endanger some established non-commercial uses of the Internet not only of millions of pupils but also many others.

The paper begins with exposition of the facts of the case and the question referred to the CJEU. It continues by presenting the applicable law and the interpretation of the Court. Then, the paper considers striking of a fair balance between competing rights, analyzes the consequences of the judgment and investigates different motives underlying the judgment and the opinion of the Advocate General.

### *The facts of the case and the question referred to the CJEU*

A pupil of a school in the Land of North Rhine-Westphalia found a photograph of the Spanish city Cordoba on an internet portal of an on-line travel magazine. She inserted the photo in a school project and indicated the travel magazine portal as a source. The name of the photographer was not stated on the travel portal.<sup>10</sup> There were no restrictive measures preventing the downloading, uploading and thus reproducing of the photo on a new web site. The school project was a Spanish language work and the image was inserted in the project only as a suitable illustration. With the assistance of a teacher, the project with the inserted photo was then posted on the school website.

The author of the photograph, a professional photographer Mr. Renckhoff initiated a judicial proceeding and claimed removal of the image from the school portal and damages, arguing that the image had been posted on the school website without his consent and it was violating his copyright. The national court of the first instance ordered the Land of North Rhine-Westphalia, which was liable for the acts of the school, to remove the photo from the school website and to pay 300 euros.<sup>11</sup> The national court of the second instance confirmed that the reproduction right and the right to make available the work to the public had been infringed.<sup>12</sup>

Acting under an appeal on the legal issues, the national court of the final instance, the German Federal Court considered that an

---

<sup>10</sup> The Advocate General informs that the photographer stated at the hearing that the “impressum” for the online travel magazine contains a copyright information but that the facts of the order for reference do not include such information. The Opinion, f. 13. He gave the Opinion under the assumption of the absence of the copyright notice in the online travel magazine.

<sup>11</sup> *Renckhoff*, Opinion., paras. 6–9.

<sup>12</sup> *Ibid.*, para 10.

interpretation of the terms “communication to the public” in Article 3 (1) of the InfoSoc Directive was of decisive importance for the settlement of the case and asked the CJEU to clarify the meaning of the clause. The Federal Court referred the following question: “Does the inclusion of a work — which is freely accessible to all internet users on a third-party website with the consent of the copyright holder — on a person’s own publicly accessible website constitute a making available of that work to the public within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29/EC if the work is first copied onto a server and is uploaded from there to that person’s own website?”<sup>13</sup>

### *The law applicable to the case*

#### *The right to communication and making available to the public as laid down in Article 3 (1) of the InfoSoc Directive*

The right to communication and making available of a work to the public is a right from copyright set, one of the most lucrative author’s rights. Copyright was born at the beginning of XVIII century and recognized by the Statute of Anne of 1710 in England as the property right of writers serving to safeguard their economic interest against printers, booksellers and other persons who print, reprint and publish books and other writings without consent of authors or other proprietors of such books and writings.<sup>14</sup> Copyright was thus envisaged to govern the relationship between the author and economic actors who benefited from the work. One of the purposes of the Statute was, however, to encourage “learned men to compose and write useful books”, which might be qualified as the public interest. An economic analysis summarizes the economic approach to copyright law observing that “[F]or copyright law to promote economic efficiency its principal legal doctrines must, at least approximately maximize the benefits from creating additional works minus both the losses from limiting access and the costs of administering copyright protection.”<sup>15</sup>

Victor Hugo contributed a lot to elaboration of copyright as a natural right in the framework of public interest concerning fostering creativity.<sup>16</sup> The public interest requires that the protection of copyright does not unreasonably obstacle creation of new works.<sup>17</sup> The original minimalist normativity of the 1886 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (hereinafter: the Berne Convention) was leading by such understanding. Over the time, the

<sup>13</sup> *Ibid.*, para 34.

<sup>14</sup> <https://www.copyrighthistory.com/anne.html> visited 15 May 2019.

<sup>15</sup> W. M. Landes, R. A. Posner, An Economic Analysis of Copyright Law, *Journal of Legal Studies* 2/1989 p. 326, quoted by D. J. Gervais, *op. cit.*, p. 6.

<sup>16</sup> D. J. Gervais, *op. cit.*, p. 5.

<sup>17</sup> *Ibid.*

set of copyright authorizations has been expanded by amendments to the Berne Convention and new treaties.

The rights of communication of a work to the public were established as the specific rights under the Bern Convention. They cover the performances of dramatic, dramatic-musical and musical works, recitations of literary works in respect to all communications; all literal and artistic works in respect to broadcasting and other wireless diffusion and rebroadcasting by a new organization; the cinematographic adaptation of the works in respect to transmission by wire.<sup>18</sup> The Berne Convention includes also the terms “made available to the public.” They do not denote, however, a specific right of the author but they signify the fact that the work has become accessible to the public.

The specific rights of communication, as established by the Bern Convention, do not satisfy new communicative possibilities and needs created by digital technology and the Internet.<sup>19</sup> These new possibilities and needs were addressed by the 1996 WIPO Copyright Treaty at international level. New possibilities include *inter alia* the possibility that the Internet user can access any work stored in memory of the remote computer at any time and from any place at the Internet, which has become known as a “communication on demand”. The right of communication to the public was adapted to new circumstances and formulated in a general way in Article 8 of the WIPO Copyright Treaty which states:

“...authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.”

Article 3 (1) of the InfoSoc Directive transposed Article 8 of the WIPO Copyright Treaty in EU law in the following way:

“1. Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

.....

3. The rights referred to in paragraphs 1 and 2 shall not be exhausted by any act of communication to the public or making available to the public as set out in this Article.”

<sup>18</sup> P. B. Hugenholtz, S. C. van Velze, Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a “New Public”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 7/2016, p. 799. See overview of the revision conferences and adopted amendments to the Bern Convention at Daniel J. Gervais, *op. cit.*, p. 8.

<sup>19</sup> I. H. Bath, Right of Communication to the Public in Digital Environment, *International Journal of Engineering Science Invention*, 4/2013, p. 2319.

By transposing the text, the EU legislator inserted the new term “to prohibit” in the text. Thus, under Article 8 of the WIPO Copyright Treaty the author has exclusive right to authorize the communication and under Article 3 (1) of the Directive the author has exclusive right to authorize and also to prohibit the communication. The EU legislator desired, most probably, to strengthen the author’s entitlement of control over the communication. It seems that the intent played a significant role in *Renckhoff*.

In Article 3 (1), the making available to the public of a work appears as a component of the wider right of authors to communication to the public.<sup>20</sup> It exists in Article 3 (2) as a specific separate right of the neighboring right-holders (performers, phonogram producers, film producers and broadcasting organizations).

### *Case law of the CJEU relevant for the interpretation of the right*

Case law informs on the meanings which the CJEU attributed to terms “act of communication” and “the public” as well as that the Court considered some other issues such as the knowledge on the legality of communication and for-profit or non-for-profit motive of activity as relevant for the interpretation.

In *Svensson and Others* and *Soulier and Doke*, the CJEU created the concept of the general internet public. The Court noted in *Svensson and Others* that when access to the work on the website was not restricted by any measure, the public consisted of all potential visitors to the website since all of them had free access to the work.<sup>21</sup> That was noted concerning hyperlink which had been installed on a new website and which enabled the visitors to the new website an access to the work posted on the original website.<sup>22</sup> The public of the new website was not a new internet public but a part of the internet public addressed by the original website. In *Renckhoff*, the CJEU referred to *Svensson and Others* and qualified its finding on the same-ness of the public by stressing the role of hyperlink. The Court, however, did not repeat its explanation as given in *Svensson and Others*.

<sup>20</sup> See, however, the difference between “communication to the public” and “making available to the public” in pp. E. Arezzo, Hyperlinks and Making Available Right in the European Union — What Future for the Internet After Swensson, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2014, pp. 539 and 540.

<sup>21</sup> Case C-466/12, *Svensson and Others*, judgment, 13 February 2014, para 26.

<sup>22</sup> See views of professional associations on legality of the use of various types of hyperlinks in Ch. L. Saw, Linking on the Internet and Copyright Liability: A Clarion Call for Doctrinal Clarity and Legal Certainty, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 5/2018, p 539. See also critique of the restrictive approach of the Court concerning legality of linking in E. Arezzo, *op. cit.*, p. 547.

The understanding of the internet public in *Svensson and Others* was repeated in *Soulier and Doke*, but in another factual context. A prior, explicit and unreserved authorization for posting of the work to the website without using of technological measures which restrict access to the work means the authorization for the communication of the work to the general internet public.<sup>23</sup> In *Renckhoff*, the CJEU invoked *Soulier and Doke* to underline the preventive nature of the right of communication, but the Court did not repeat its finding on the general internet public.

The Court considered in *GS Media* the relevance of the existence of knowledge of illegality of the posting the work on the original website and took into account nature of activity — for-profit or not-for-profit — for the qualification of an act as the act of communication in sense of Article 3 (1) of the InfoSoc Directive. The work was posted on the website without consent of the author and then it was presented on the new website via hyperlink. The issue in *GS Media*<sup>24</sup> was whether the posting of the work on the new website in such circumstance could be treated as an act of communication to the public in sense of Article 3(1) of the InfoSoc Directive. The Court was of the opinion that the assessment of the existence of an act of communication required “to take account of the fact that that person does not know and cannot reasonably know, that the work had been published on the internet without the consent of the copyright holder.”<sup>25</sup> Thus, knowledge or the existence of reasonable grounds enabling knowledge concerning the copyright protection was relevant for the assessment of the existence of an act of communication in circumstances as in *GS Media*.

In *GS Media*, the CJEU differentiated situations when the act had been undertaken for profit motive and when that was not the case. If the act was undertaken for gaining profit, the user was obliged to check whether copyright of the author was respected by posting the work on the original website.<sup>26</sup> If the act was performed for non-profit purpose, the user did not have such obligation. The judgment in *Renckhoff* does not inform that the CJEU considered the issues of the existence of knowledge and nature of the acts of the pupil and teacher.

Looking at recitals 9 and 10 of the preamble of the InfoSoc Directive, in the *Stichting Brein II* case<sup>27</sup> the CJEU distinguishes a high level of the protection for authors as the principle objective of the Directive that enables the authors to be rewarded for the use of their works, including in the event of communication to the public. The Court considers that this objective implies a broad interpretation of

<sup>23</sup> Case C-301/15, *Soulier and Doke*, judgment of 16 November 2016, para 36.

<sup>24</sup> Case C-160/15, *GS Media*, judgment 8 September 2016.

<sup>25</sup> *Ibid.*, para 47.

<sup>26</sup> *Ibid.*, para 51.

<sup>27</sup> C-610/15, *Stichting Brein*, judgment of 14 June 2017.

the concept of “communication to the public,” as it is explicitly stated in recital 23 of the preamble.<sup>28</sup> It finds that the concept includes two cumulative criteria — an “act of communication” and a “public”.<sup>29</sup> According to the CJEU the existence of the communication to the public should be assessed against a few criteria. The first two are “the indispensable role played by the user” and “the deliberate nature of his intervention.”<sup>30</sup> That means that without of an act of the user the work would not be available to customers or it would be available but only with difficulty and that the user knows the consequences of his intervention. “The public” indicates “an indeterminate number of potential viewers”.<sup>31</sup> An act of the communication to the public exists when new means of communication has been used or when a new public has been addressed. The new public means a public that has not already been taken into account by the copyright holders when they authorized an initial communication.<sup>32</sup> The Court also confirmed a relevance of the issue whether a communication was of the profit-making nature or not.<sup>33</sup> It has been specified by the Court that the concept of “communication to the public” necessitates an individual assessment.<sup>34</sup> Some findings in *Stichting Brein II* played important role in *Renckhoff*.

### *The Interpretation of the right to communication in Renckhoff*

In *Renckhoff*, the CJEU separates the public by websites in sense that each website has its own public. When consenting to the communication of the work on the website, the author has in view the public of that website.<sup>35</sup> Thus, according to the Court, when Mr Renckhoff authorized the on-line travel magazine to post on its website the photo of Cordoba, he had in mind the public of that website, not the public of the school website, which was another public.

The issue of knowledge was discussed in the opinion of Advocate General in *Renckhoff*. The referring German court asserted that the pupil and her teacher had been doing in full knowledge of the illegal consequences of their acts.<sup>36</sup> The Land of North Rhine-Westphalia and the Italian Government expressed the contrary opinion. The Commission thought also that the Court should take into account

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, para 22.

<sup>29</sup> *Ibid.*, para 24.

<sup>30</sup> *Ibid.*, para 26.

<sup>31</sup> *Ibid.*, para 27.

<sup>32</sup> *Ibid.*, para 28.

<sup>33</sup> *Ibid.*, para 29.

<sup>34</sup> *Ibid.*, para 23.

<sup>35</sup> *Renckhoff*, para 35.

<sup>36</sup> *Renckhoff*, Opinion, para 28.

aspects concerning knowledge of the pupil.<sup>37</sup> The Advocate General understood the case law of the Court related to determination of the existence of an act of communication as including the consideration of knowledge of intervening person of the consequences of her/his action.<sup>38</sup> He disagreed with the referring court concerning the existence of knowledge of the pupil and her teacher. The judgment in *Renckhoff* does not inform that the Court explored that issue.

It was very obvious in *Renckhoff* that the behavior of the pupil and her teacher was not motivated by profit. The Court did not attribute any importance to the fact but, quite contrary, emphasized the importance of payment of an appropriate reward to the author for each use of the protected work.<sup>39</sup> It alleged that if the posting of the photo on the school's website were not treated as an act of communication to the public, that would exhaust the right of the author contrary to Article 3 (3) of the InfoSoc Directive and leave the author without remuneration.<sup>40</sup>

It seems that the argument submitted by Mr. Renckhoff and France during the hearings and the Commission in written pleadings had decisive importance in the reasoning of the Court. They emphasized the difference in fact between this case and previous cases related to presentation of the work by hyperlink. The absence of hyperlink in this case deprives the copyright holder of "his power of control over the initial communication of that work".<sup>41</sup> The Court accepted the argument and stated: "Such a posting on a website other than that on which it was initially posted might make it impossible or at least much more difficult for the holder of a right of a preventive nature to require the cessation of that communication, *if necessary by removing the work from the website* on which it was posted with his consent or by revoking the consent previously given to a third party."<sup>42</sup> (Italic is added.) Before the acceptance of the argument, the Court reminded on its interpretation in previous cases concerning inevitability of the prior consent of the authors for any act of communication and the preventive nature of the right.<sup>43</sup> The preventive nature of the right allows the authors to intervene between possible users of their works and the communication to the public to prohibit such communication.<sup>44</sup> The right of communication of such preventive nature would become ineffective if the replacing of a work from one website to another website without using hyperlink were

<sup>37</sup> *Ibid.*, para 45.

<sup>38</sup> *Ibid.*, para 62.

<sup>39</sup> *Renckhoff*, para 34.

<sup>40</sup> *Ibid.*, para 33.

<sup>41</sup> *Ibid.*, para 28.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 30.

<sup>43</sup> *Ibid.*, para 29.

<sup>44</sup> *Ibid.*

not treated as a communication to a new public.<sup>45</sup> Thus, the principle of effectiveness requires such interpretation.

The Court again amplified the preventive nature of the right in the following way:

“As regards the act of communication constituted by the posting on a website of a hyperlink which leads to a work previously communicated with the authorisation of the copyright holder, the preventive nature of the rights of the holder are preserved, since it is open to the author, if he no longer wishes to communicate his work on the website concerned, to remove it from the website on which it was initially communicated, rendering obsolete any hyperlink leading to it. However, in circumstances such as those at issue in the main proceedings, the posting on another website of a work gives rise to a new communication, independent of the communication initially authorised. As a consequence of that posting, such a work may remain available on the latter website, irrespective of the prior consent of the author and despite an action by which the right-holder decides no longer to communicate his work on the website on which it was initially communicated with his consent.”<sup>46</sup>

In connection with that, the CJEU observed a new factual difference between *Svensson and Others* and *Renckhoff* which related to the effect of involvement of the administrator of the new website. In *Svensson and Others*, the installation of the clickable link on the new website was not treated as any involvement of the administrator of the site in the communication of the work to the public. Contrary to this, in *Renckhoff* the downloading to server of the pupil and uploading on the school website was treated as the involvement of the administrator of the school website of decisive importance.<sup>47</sup>

### *The exception for education*

Article 5 (3) of the InfoSoc Directive empowers the Member States to provide for exceptions or limitations to the rights guaranteed by Articles 2 and 3 of the Directive in the enumerated cases. The exception laid down in point (a) of the paragraph relates to the use “for the sole purpose of illustration for teaching ...as long as the source, including the author’s name, is indicated, unless this turns out to be impossible and to the extent justified by the non-commercial purpose to be achieved.” Article 5 (5) qualifies the exceptions and limitations stating that they “shall only be applied in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work or other subject-matter and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right-holder.”

<sup>45</sup> *Ibid.*, para 30.

<sup>46</sup> *Ibid.*, para 44.

<sup>47</sup> *Ibid.*, paras 45, 46.

The teaching exception has its origin in Article 10 (2) of the Bern Convention, as it was formulated on the Revision Brussels Conference in 1948.<sup>48</sup> The exception reads:

“It shall be a matter for legislation in the countries of the Union, and for special agreements existing or to be concluded between them, to permit the utilization, to the extent justified by the purpose, of literary or artistic works by way of illustration in publications, broadcasts or sound or visual recordings for teaching, provided such utilization is compatible with fair practice.”

The qualification in Article 5 (5) of the InfoSoc Directive, known as “the three-step test” was transplanted from Article 10 (2) of the WIPO Copyright Treaty. The last sentence of the agreed statement of the Contracting Parties attached to Article 10 informs that the three-step test “neither reduces nor extends the scope of applicability of the limitations and exceptions permitted by the Berne Convention.” The problem is that the scope of applicability is not precisely defined in the Bern Convention. Rather, as it is visible in the above quoted text of Article 10 (2) of the Berne Convention the issue of the scope of applicability was left to be determined by the Contracting Parties. It was already noted in literature that the Contracting Party were successful in precise determination of the rights but that determination of exceptions remained vague.<sup>49</sup>

In previous cases the CJEU saw exceptions as providing for a fair balance between the author’s rights and fundamental rights of the user and interpreted them strictly but preserving their effectiveness.<sup>50</sup> In *Renckhoff*, the Court neglected the principle of effectiveness in respect to the exception. It applied the principle only in the interpretation of the right.

The Italian Government and the Commission referred in *Renckhoff* to the possible application of the exception related to education as it is formulated in Article 5 (3) (a) of the InfoSoc Directive. The Land of North Rhine-Westphalia claimed that the exercise of the pupil and her teacher was justified by the exception. The Court disagreed. The text of the judgment indicated the conviction of the Court that the posting of the photo to the school website went beyond the border of the exception. The Court observed: “it suffices to state that the findings set out in paragraph 35 of the present judgment, relating to the concept of ‘new public’, are not based on whether the illustration used by the pupil for her school presentation is educational in nature, but on the fact that the posting of that work on the school website made it accessible to all the visitors to

<sup>48</sup> D.J. Gervais, *op. cit.*, p. 8.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>50</sup> Joined Cases C-403/08 and C-429/08, *Football Association Premier League*, judgment of 4 October 2001, paras 162, 163; Case C-145/10, *Painer*, judgment of 1 December 2011, paras 133, 134; Case C-201/13 *Deckmyn*, judgment of 3 September 2014, para 22, 23.

that website.”<sup>51</sup> The text might be understood to mean that if the pupil were use the photo preparing the homework in analogue format or in digital format but without posting it on the school website, there would not exist the prohibited act of communication. It might be too restrictive and non-contextual interpretation that might endanger on-line public teaching courses. Recital (42) of the preamble of the InfoSoc Directive attributed the proper weight to the non-commercial nature of the teaching. It speaks on the exception for non-commercial education and scientific research, including distance learning and states that the non-commercial nature of the activity should be determined.

### *A fair balance of competing rights and interests*

Considering the issue of the balance of copyright and other fundamental rights in *Renckhoff*, the Court referred to recitals 3 and 31 of the preamble of the InfoSoc Directive. The third recital connects the Directive with the four freedoms of the internal market, the fundamental principles of law, including intellectual property, freedom of expression and the public interest. Recital 32 requires the safeguarding a fair balance of rights and interests between the different categories of right-holders, as well as of different categories of right-holders and users. In connection with that, the recital elaborates on the need of reassessment of the existing limitations and exceptions in the light of the new electronic environment and on necessity of their harmonization in the context of the internal market.

In *GS Media*, the Court underlined importance of the Internet to the freedom of expression and information declaring that “the internet is in fact of particular importance to freedom of expression and of information, safeguarded by Article 11 of the Charter, and that hyperlinks contribute to its sound operation as well as to the exchange of opinions and information in that network characterized by the availability of immense amounts of information”.<sup>52</sup> In *Renckhoff*, the Court invoked *GS Media*, but restricted its invocation just to the role of hyperlinks in the sound operation of the informative service of the Internet and avoided its general observation on importance of the Internet to the freedom of expression and information. Contrary to the beneficial effect of hyperlink to the performance of the informative service, the Court observed “the publication on a website of a work without the authorisation of the copyright holder ... does not contribute, to the same extent, to that objective.”<sup>53</sup> In *GS Media*, however, under condition that hyperlink was installed for-non-profit

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, para 42.

<sup>52</sup> *Ibid.* para. 45.

<sup>53</sup> *Renckhoff*, para 40.

purpose, presence or absence of the consent of the copyright holder for the communication of a work on an original website was not considered as diminishing an informative function of the Internet. Accordingly, it is not easy to understand how absence of the authorization of the copyright holder for transmission of the work to a new portal affects the informative function.

The CJEU thought that its interpretation satisfied the fair balance between the interests of the copyright holders, based on intellectual property, as guaranteed by Art. 17 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the EU and interest of the users as protected by fundamental rights and in particular the freedom of expression and information laid down in Art. 11 of the Charter and the public interest.<sup>54</sup>

The Advocate General considers also that his quite contrary interpretation strikes the fair balance. Considering the division of a burden of the safeguarding of the respect for copyright, the Advocate General argued that it would be disproportional to require that a “normal” Internet user is more diligent than the right-holder and that the user investigates the existence of copyright.<sup>55</sup> He stated: “To do otherwise would be to restrict the use of information which is provided in huge quantities by the internet. Such a restriction could undermine the freedom of expression and of information enshrined in Article 11 of the Charter. In the present case, it would also prejudice the right to education in Article 14 (1) of the Charter.”<sup>56</sup> Obviously, the Court and the Advocate General attributed the different weight to the freedom of expression and information and to copyright.

The practice of the European Court of Human Rights (hereinafter: the ECtHR) is not irrelevant for the matter. Some factors and methods for measuring the relative weight of the rights when they are competing might be derived from the practice. The established factors and methods for determination of the breadth of a margin of appreciation might be relevant for measuring of the weight of the rights when they are competing. The concept of the margin of appreciation manifests belief of the ECtHR that national authorities are better situated than it is to resolve “the inherent conflicts between individual rights and national interests...”<sup>57</sup> The text of the European Convention on Human Rights (hereinafter: the ECHR) does not include the clause “margin of appreciation.” When Protocol No. 15 will enter into force, the clause will be implanted in the preamble of the Convention<sup>58</sup> The concept originates from domestic

<sup>54</sup> *Ibid.*, para. 41.

<sup>55</sup> *Ibid.*, para 78.

<sup>56</sup> *Ibid.*, para 79.

<sup>57</sup> E. Benvenisti, Margin of Appreciation, Consensus and General Standards, *Journal of International Law and Politics*, 1998–1999, p. 843.

<sup>58</sup> Article 1 of Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 24 June 2013.

law and has been used for the interpretation of the ECHR.<sup>59</sup> The margin of appreciation is in fact free space left by the ECtHR to the Contracting States to articulate competing interests and rights according to their national expectations. The space which is left to a Contracting State is not the same in all cases and its width depends on some factors which the ECtHR identified. In *Ashby Donald* the ECtHR found that the breadth of a margin of appreciation left to a Contracting Party to strike a fair balance between copyright and the freedom of expression depends on character of speech. If it is commercial speech, the margin is wider; if it is a speech in public interest, the margin is narrow.<sup>60</sup> That might implicate that non-commercial speech has more weight in competing with copyright than commercial speech.

### *Analysis of the consequences of the judgment in Renckhoff*

The CJEU had three reasonable interpretative outcomes at its disposal. First, the Court could have found, as that was proposed by the Advocate General, that the disputed act could not be qualified as an act of communication or making available of a work to the public. Second, the Court could have found that the disputed act had characteristics of an act as envisaged in Article 3 (1) of the InfoSoc Directive, but that it was excused by the exemption related to education. Third, the Court could have established that the disputed act was an act foreseen in Article 3 (1) of the InfoSoc Directive which was not justified by the exemption. The Court chose the third option. Such interpretation is not unreasonable, but it is not free of some difficulties.

The judgment might bring uncertainty to the non-commercial users of the Internet and discourage the pupils to use of the publicly accessible websites for their school projects and present their works by the Internet. There are a few points which might be problematic. The division of the internet public by websites in sense that each website has its own public might cause confusion in respect to publicly accessible websites. Underestimation of the issue of the existence of knowledge on the copyright protection and for-profit or non-for-profit motive of activity replaces the burden of the copyright protection from the right-holders to non-commercial users. It might disbalance the involved rights and interests and seriously undermine the freedom of expression and information via the Internet. All problematic points flow from the overestimation of importance of physical control of the right-holder over the communication.

---

<sup>59</sup> E. Brems, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, p. 242.

<sup>60</sup> *Ashby Donald and Others v. France* App No. 36769/08, judgment of 10 January 2013, para 39.

The Court based the judgment on the effectiveness of preventive nature of the right to communication, respectively on conviction that the physical control over the communication, which exists in circumstances of the link, serves best preventive nature. In connection with that, the Court did not, however, consider the relationship between two entitlements flowing from the right: to authorize and to prevent the act of communication. The issue is whether an unauthorized communication can be legally disrupted by author's prevention of an authorized communication? If the pupil used link instead of downloading and uploading, whether the photographer could use his entitlement to prevent communication by asking the travel magazine to move the photo from the portal? It might be an intervention in the contractual relationship between the photographer and the travel magazine.

The Court abandoned its explanation in *Svensson and Others* and *Soulier* that when the access to the work on the original website was not restricted by any measure, the public consisted of all potential visitors to the original website including visitors of the new website who by hyperlink could visit the work posted on the original website. The Court also left its finding in *Soulier and Doke*, according to which a prior, explicit and unreserved authorization for posting of the work to the website without using technological measures which restricted access to the work implicated the authorization for the communication of the work to the general internet public. In *Renckhoff*, the existence of hyperlink became decisive for the assessment whether there was an original or new public.<sup>61</sup> Thus, if the photo were presented to the school website via hyperlink, the public of the school website would not be a new public. The public of the school website is in physical sense, in sense of the members the same in both cases. It is not easy to see why the presence or absence of the hyperlink changes the legal qualification of the public. The hyperlink is an element of physical control over the communication in sense that by removing of the work from the original website the hyperlink is disabled and the access to the work via new website is not possible. Thus, the control is over the communication, not over the public. The control over the public in sense of the access to the website could be difficult to imagine in respect to publicly accessible websites, as it was the website of the travel magazine. It might be possible probably only by creating closed networks and sending passwords to the chosen members of the public. However, such a venture would be senseless in the case of websites like the travel magazine website, whose purpose is to attract attention of the broadest public.

It might be said, and it is one of the arguments of the Court, that the treatment of the public of the school website as an original public deprives the right to communication and making available

---

<sup>61</sup> See critique of the concept of a "new public" in general by P. B. Hugenholtz, S. C. van Velze, *op. cit.*, pp. 797–816.

of a work to the public of its unexhaustive character as that is determined in Article 3 (3) of the InfoSoc Directive. The argument is not very sustainable. In *Svensson and Others*, the Court interpreted that the public was consisted of all potential visitors to the website but only under condition that the access to the work was not restricted by any measure. If the access to the work is restricted and the hyperlink circumvents the technical measures of protection and thus enables the access to the public of the hyperlinked site which they would not have otherwise, the public of the hyperlinking site is a new public. The digital technology enables technical measures (cryptography technic),<sup>62</sup> paywall or a password protection by which the author can restrict the use of the work. Article 6 of the InfoSoc Directive obliges the Member States to provide legal protection against the circumvention of technical measures. Using technical measures enables the author to prevent the presentation of the work on another website by hyperlink or by downloading and uploading. Another measure at disposal of the author is the electronic rights-management information by which the author can inform on the terms and conditions of use of the work. The Member States are obliged under Article 7 of the InfoSoc Directive to extend the legal protection against the removal or change of the rights-management information. The authors have at their disposal measures by which they can technically or legally prevent presentation of their works on other websites and thus provide themselves with benefit of the unexhaustive character of the right.

That issue is closely connected with the issue of the relevance of knowledge on the existence of copyright in the work and of nature of activity — commercial or non-commercial. The issue might have indirect effect to interpretation of the communication and making available right. The indirect effect may come as the consequence of consideration of the role of knowledge in establishment of liability for a copyright infringement.<sup>63</sup> If liability cannot be established, there is no the infringement of copyright. The substance of the issue is who is obliged to carry burden of the copyright protection: the copyright holder or user?

In *GS Media*, the CJEU replied that the answer depends on the motive of the transmission of the work from the original website to the new website. If the transmission is motivated by earning profit, the user is obliged to explore whether the work is under the copyright protection. Consequently, the non-commercial users are not obliged to investigate whether the work is under the copyright protection.

<sup>62</sup> P. Kumik, Digital Rights Management, *Legal Information Management*, 2/2001, p. 21.

<sup>63</sup> C. L. Saw, *op. cit.* pp. 549–553. See further on the relevance of knowledge in R. Etinski, The Relevance of Prior Knowledge on the Existence of Copyright in Balancing Freedom of Expression and Copyright Integrity in Renckhoff (C-161/17), *Noua Revistă de Drepturile Omului*, 1/2019, pp. 9–22.

One of the points of the CJEU was the character of involvement of the pupil in transmission of the photo to the public. Contrary to *Svensson and Others* where the establishment of hyperlink was not treated as the involvement in the communication, the Court qualified the uploading of the photo to the school portal as the involvement of decisive importance. The position of the Court concerning character of involvement of transmitter in the assessment of the communication to the public was discussed in literature. It was proposed that the involvement of an administrator of website becomes the act of communication or making available only if without that involvement the work would not be accessible to the public.<sup>64</sup> The proposal is in line with the position of the Court in *Svensson and Others*. Thus, the relevant question in *Renckhoff* might have been whether the photo on the travel magazine portal was accessible to the public without the transfer to the school portal? The answer depends on the clarification of the meaning of the term “public”. If the visitors of the school portal are members of the general internet public, they have already had access to the photo on the magazine site. If they are, however, the new public, the separate public of the school portal, as the Court treated them, then the uploading of the photo to that portal provided them with the access. Thus, the finding of the Court on character of the involvement of the pupil and the teacher cannot be a self-standing argument.

In *Renckhoff*, it is not quite clear whether copyright in the photo was displayed on the travel magazine website. The Advocate General informs that Mr. Renckhoff's representative stated at the hearing that the ‘impressum’ for the online travel magazine contained a copyright notice for the magazine's contents. However, the Advocate General noted that the facts in the order for reference of the referring court do not include such information.<sup>65</sup> The judgment does not extend any information on the issue and the Court satisfied itself by repeating its observation from *Soulier and Doke* that the exercise of the right to the communication to the public was not subject to any formality under the Berne Convention. Article 15 of the Berne Convention, however, states that appearance of the name of the author on the work suffices that the author is, in the absence of proof to contrary, recognized as such and entitled to institute infringement proceedings. The Court did not mention this provision.

The issue whether copyright in the photo was indicated in on-line travel magazine is of importance. If there was no any adequate electronic rights-management information displayed on the website, the judgment in *Renckhoff* might implicate conclusion that there is a rebuttable presumption that all photos and other contents on the Internet are under the copyright protection and each user, including the non-commercial user, is obliged to check the existence of copyright

<sup>64</sup> C. L. Saw, *op. cit.* pp. 541 and 542.

<sup>65</sup> *Renckhoff*, Opinion, f. 13.

before downloading and uploading the work. If such conclusion were getting general validity, that would reshape the established non-commercial uses of the Internet. The Advocate General argued that shifting the burden of the copyright protection on the non-commercial users could undermine the freedom of expression and information and prejudice the right to education.<sup>66</sup> Besides, copyright should not be imposed against the will of the author. The author is an owner of his/her work and s/he should be free to dispose of it. The author is free to benefit from copyright or to relinquish it. Thus, if the author wants to benefit from copyright, s/he should indicate that.

If copyright in the photo was indicated, the use of the photo might be justified by the exception of education. The position of the Court that the posting of the photo, as an illustration inserted in the school project, on the school website goes beyond educational nature of the activity might underestimate the significance of the internet presentation of school projects (homework) in educational process of building of personality in information society.

Various versions of balance between authors' rights and users' rights have been advocated in international copyright law.<sup>67</sup> It looks, however, that methods of searching for the balance might be of importance. The CJEU and the ECtHR used different methods. The CJEU considers the matter in the framework of exceptions and limitations to copyright or in respect to specific copyright measures, specific forms of enforcement.<sup>68</sup> In the first case, the effect of fundamental rights of users is expressed by the exceptions and limitations themselves. In the second case, fundamental rights appear as an autonomous ground, but their effect is limited to the specific forms of enforcement of copyright. In *Ashby Donald* the ECtHR treats the enforcement measures, such as the criminal conviction for the breach of copyright or the award of damages as interference with the right of freedom of expressions and information<sup>69</sup> and makes the difference between the relative weight of commercial speech and non-commercial speech in balancing with copyright. The focus of the CJEU is on EU copyright law and the focus of the ECtHR is on the ECHR. Besides, the specific facts of a case might be more important in the method used by the ECtHR. It seems that in *Renckhoff* the CJEU opined that the balance between copyright and competing rights of users have been already established by the InfoSoc Directive itself and that the task of the Court was to come to the balance by interpreting only the Directive.

---

<sup>66</sup> *Renckhoff*, Opinion, paras 78 and 79.

<sup>67</sup> S. Al-Sharieh, Toward a Human Rights Method for Measuring International Copyright Law's Compliance with International Human Rights Law, *Utrecht Journal of International and European Law*, 22016, pp. 11, 15, 16.

<sup>68</sup> S. van Deursen, T. Snijder, The Court of Justice at the Crossroad: Clarifying the Role of Fundamental Rights in the EU copyright Framework, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 9/2018, pp. 1088 and 1089.

<sup>69</sup> *Ibid.*

## *The motives underlying the judgment and the opinion*

The reasoning of the Court and the Advocate General is usually inspired by their understanding of the best interest of the EU in specific circumstances of each case. It seems that the Advocate General and the Court did not understand in the same way what was the best interest of the Union in the specific circumstances of the *Renckhoff* case.

The motive of the Court might be indicated in paragraph 34 of the judgment where the Court emphasized that the specific purpose of the intellectual property was the protection of commercial exploitation of the work which enabled an appropriate reward for each use of the work. Here the Court referred to recital 10 of the preamble of the InfoSoc Directive which explained that the adequate legal protection of intellectual property was necessary to enable satisfactory returns of the investments spent in financing creativity and in particular production of phonograms, films or multimedia products. Recital 4 of the preamble discloses the intent of the EU legislator that by increased legal certainty and a high level of protection of intellectual property foster substantial investments in creativity and innovation and thus secure the growth and increased competitiveness of European industry. It could have led the Court to underline importance of the remuneration of the author for each use of the work.

An alternative social approach has appeared that was reflected in the Opinion of the Advocate General. Paragraph 78 of the Opinion and references thereto might cast some light to the basic reason of the Advocate General. He discussed there sharing of burden of the copyright protection between the right-holders and the non-commercial users and stated: "I do not believe it is logical to impose on that kind of user the burden of investigating whether images that are available on the internet, with no restrictions or warnings, are protected by copyright, where he wishes to use them for purposes such as educational ones." He found as he said "a forceful argument in favour of such a rebalancing" in the literature. Elkin-Koren, whose work the Advocate General referred to, turns attention to increased role of the users of copyright materials in creativity and to tension between such unlicensed creative material and growing restrictions on the freedom of the users to access, transform and share the copyrighted materials on the Internet. She argues that the recognition of the role of the creativity of the users in the promoting purpose of copyright law would require new approach to the copyright protection.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> In the footnote 57 of the Opinion the Advocate General referred to "Elkin-Koren, N., 'Copyright in a Digital Ecosystem', Okediji, R. L. (ed.), Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions, Cambridge University Press, New York, 2017, p. 132 et seq., especially p. 159."

## *Conclusions*

Digitalization and the Internet have created new technical possibilities concerning the use and protection of copyrighted works. Justice and the first principle of justice, the principle of equality require that law and jurisprudence secure a fair sharing of benefits of the new technical possibilities between the copyright holders and users. In the legal frame the fair sharing of benefits can appear as the issue of striking a fair balance between copyright and other fundamental rights.

By attributing a proper weight to the technical possibility at the disposal of the authors to protect their works on websites by electronic measures on one hand and by taking into account importance of the Internet for the freedom of expression and information on the other hand the Court found the right balance between copyright and the freedom of expression in *Svensson and Others* and *GS Media*.

Such balance is lost in *Renckhoff*. By interpreting the right of communication and making available of a work to the public, as it is laid down in Article 3 (1) of the InfoSoc Directive, the Court overvalued importance of the physical control of the author over the act of communication and neglected factors such the possibility of electronic protection of the work, legal control over the act of communication, non-for-profit use of the Internet, knowledge on the existence of copyright in the work or the role of the Internet in education for the information society.

## *Bibliography*

1. Al-Sharieh, S., Toward a Human Rights Method for Measuring International Copyright Law's Compliance with International Human Rights Law, *Utrecht Journal of International and European Law*, 2016.
2. Arezzo, E., Hyperlinks and Making Available Right in the European Union — What Future for the Internet After Swensson, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 5/2014.
3. Bath, I. H., Right of Communication to the Public in Digital Environment, *International Journal of Engineering Science Invention*, 4/2013.
4. Benvenisti, E., Margin of Appreciation, Consensus and General Standards, *Journal of International Law and Politics*, 1998–1999.
5. Brems, E., The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996.
6. Deursen, S. van, Snijder, T., The Court of Justice at the Crossroad: Clarifying the Role of Fundamental Rights in the EU copyright Framework, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 9/2018.
7. Etinski, R., The Relevance of Prior Knowledge on the Existence of Copyright in Balancing Freedom of Expression and Copyright Integrity in Renckhoff (C-161/17), *Noua Revistă de Drepturile Omului*, 1/2019.

8. Feenberg, A., Introduction, Toward a Critical Theory of Internet, in *(Re)Inventing of the Internet, Critical Case Studies*, ed. A. Feenberg and N. Friesen, Rotterdam, Sense Publishers, 2012 e-book, ISBN: 978-94-6091-734-9.
9. Gervais, D. J., Making Copyright Whole: A Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations, *University of Ottawa Law & Technology Journal*, 1/2008.
10. Hugenholtz, P. B., Velze, S. C. van, Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a “New Public”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 7/2016.
11. Kumik, P., Digital Rights Management, *Legal Information Management*, 2/2001.
12. Landes, W. M., Posner, R. A., An Economic Analysis of Copyright Law, *Journal of Legal Studies* 2/1989.
13. Saw, L. Ch., Linking on the Internet and Copyright Liability: A Clarion Call for Doctrinal Clarity and Legal Certainty, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 5/2018.

The Court of European Union, cases  
 Joined Cases C-403/08 and C-429/08, *Football Association Premier League*, judgment of 4 October 2001.

Case C-145/10, *Painer*, judgment of 1 December 2011.  
 Case C-466/12, *Svensson and Others*, judgment, 13 February 2014.  
 Case C-201/13 *Deckmyn*, judgment of 3 September 2014.  
*Case C-160/15, GS Media*, judgment 8 September 2016.  
 Case C-301/15, *Soulier and Doke*, judgment of 16 November 2016.  
 C-610/15, *Stichting Brein*, judgment of 14 June 2017.  
 Case C-161/17 *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff*, judgment of 7 August 2018.

The European Court of Human Rights, cases  
*Von Hannover v. Germany* (No 2), App. Nos. 40660/08 and 60641/08, judgment of 7 February 2012.  
*Ashby Donald and Others v. France* App No. 36769/08, judgment of 10 January 2013.

International treaties  
 The 1886 Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works  
 The 1996 WIPO Copyright Treaty  
 EU legislation  
 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

**SLUČAJ RENCKHOFF I PREOBLIKOVANJE  
NEPROFITNOG KORIŠĆENJA INTERNETA**

Rad istražuje kako je Sud Evropske unije tumačio pravo na komunikaciju i činjenje dostupnim publici autorskog dela u predmetu *Renckhoff*. Imajući u vidu konkretnе okolnosti slučaja, raniju praksu tumačenja tog prava i moguće posledice tumačenja, autor je izneo stav da je Sud pridao preveliki značaj postojanju fizičke kontrole nad komunikacijom.

Učenica jedne škole, pripremajući zadatak iz španskog jezika, našla je sliku španskog grada Kordobe na portalu jedne putničke agencije, skinula je sliku na svoj kompjuter, ugradila je u svoj domaći zadatak koji je uz pomoć nastavnice postavila na školski internet portal. Ona je navela ime portala putničke agencije sa koga je pruzela sliku. Ima autora fotografije nije bilo navedeno na putničkom portalu.

Pošto fotograf nije dao saglasnost da se njegova slika postavi na školski portal, on je tužio nemačku pokrajину Severnu Rajnu Vestfaliju pred nadležnim nemačkim sudom navodeći da je njegovo pravo na komunikaciju autorskog rada povređeno, te je tražio da sud naredi da se slika skine sa portala i da mu se nadoknadi šteta. Pošto je stvar po žalbi došla do nemačkog Saveznog suda, ovaj je tražio tumačenje navedenog prava od Suda Evropske unije, odnosno preliminarnu odluku o tome da li se akti skidanja slike sa portala putničke agencije i postavljanje slike na portal škole mogu kvalifikovati kao akt komunikacije autorskog dela publici u smislu člana 3 (1) Direktive o harmonizaciji copyright-a u informacionom društvu. Opšti pravobranilac je predložio Sudu da odgovori negativno, ali Sud je odgovorio pozitivno.

Učenica najverovatnije nije znala da fotografija čini zaštićeno autorsko delo i pitanje je da li je to uopšte mogla da zna jer o postojanju naznake autorskih prava na materijalu putničke agencije postoje kontradiktorne informacije. Presuda Suda ne kaže o tome ništa. Sud je zanemario ovu činjenicu suprotno svojoj ranijoj praksi, koja znanje o postojanju zaštite autorskih prava čini relevantnom. Takodje, suprotno svoj ranijoj praksi, Sud nije uzeo u obzir neprofitni karakter nove prezentacije slike. Navedene ranije stavove Sud je izneo u predmetima koji su se odnosili ne na skidanje dela sa portala i postavljanje na novi portal već na situacije kada je delo predstavljeno na novom portalu putem linika koji vodi do dela postavljenog na ranijem portalu. Sud je smatrao da link omogućava nosiocu autorskog prava stalnu fizičku kontrolu nad komunikacijom, jer ukljanjanjem dela sa ranijeg portala, autor čini link nedelotvornim. U slučaju skidanja dela i ponovnog postavljanja na novi portal fizička kontrola na komunikacijm je izgubljena i zato je reč o novom aktu komunikacije.

Sud je dao preveliki značaj fizičkoj kontroli zanemarujući značaj pravne kontrole nad komunikacijom, znanja o postojanju autorskih prava i neprofitnog karaktera akta. Sudska presuda može da se razume kao da je Sud njome ustanovio oborivu pretpostavku da je svaka fotografija ili drugi materijal na interntu pod zaštitom autorskih prava i da je svaki korisnik, uključujući i nekomercijalne korisnike dužan da ustanovi da li je sadržaj zaštićen pre nego što ga koristi za novo postavljanje na internetu. Ukoliko bi ovakvo razumevanje bilo ispravno, presuda bi značajno ograničila slobodu izražavanja i informisanja na internetu i ugrozila bi njegovo nekomercijalno korišćenje za druge svrhe.

*Ključne riječi:* autorsko pravo, internet, komunikacije, činjenje dostupnim



# Porodični zakoni Crne Gore i Srbije: Skica komparativne analize

U ovom radu autor vrši komparativnu analizu Porodičnog zakona Crne Gore i Porodičnog zakona Srbije. U delu ove kompleksne komparacije koji je tema ovog rada vrši se analiza sličnosti i razlika u sferi braka, tj. u sferi uslova za pravnu perfekciju braka.

*Ključne reči:* Crna Gora, Srbija: Porodični zakon, komparacija, brak

## 1. Smisao komparacije

Jedna od osnovnih supstancijalnih i metodoloških prepostavki/karakteristika ove teme i ovog rada jeste „greh odvažne sažetosti“, kako bi to sjajno rekla Branka Krilović — teoretičarka pozorišta. Sažetost, nužnost i neminovnost talenta apstrahovanja<sup>1</sup> — razlikovanja bitnog od nevažnog, jeste imperativna zbog samog opsega, bezobalnosti teme koju odlikuje naučni panoptikum. Poređenje dva zakonska teksta, sumaruma svih porodično-pravnih ustanova u pravnom sistemu, nužno implicira navedenu karakteristiku ovog teksta. I minimalna ambicioznost komparativne analize, čak i samo jedne od porodično-pravnih ustanova, čeličnom dijalektikom doseže, ili može da dosegne do spomenute atribucije odvažne sažetosti. Analiza dva zakonska teksta, tim pre, vodi nužnosti sažetosti koja se može verbalizovati, posebno u radu nemonografskog tipa i zadatog kvantuma, kao marginalije ili kao skica za analizu. Kao što je forma spoljna vidljiva manifestacija suštine, epifanija suštastva, tako i priroda teme implicira stil, opseg, razmah pera naučnika.

Jedan odličan pesnik, sin našeg čuvenog profesora Porodičnog prava Marka Mladenovića, ima stih da je *tri<sup>2</sup> mera srazmere stvari*. Uo-

\* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e mail: panov@ius.bg.ac.rs

<sup>1</sup> Pravo je deo duhovnosti, determinisan i umetnošću. *Media* koju su činili Leonid Šejka, Dado Đurić, Veličković, Ljuba Popović, Olja Ivanjicki... težila je univerzalnom duhu (a komparacija je deo metodološkog spektra univerzalnosti). Ova filozofija/logika Mediale korisna je i za pravo (recimo, za razlikovanje činjenica, kao materijalne tvari, od istine kao duhovne percepcije, mozaika i metafizike činjenica, informacija kao civilizacijskog suficita i istine kao civilizacijskog deficitia).

<sup>2</sup> O broju tri; „Ljubav udvoje brzo hladni i prelazi u tugu. Zato se bezdetnost u Starom Zavetu smatra prokletstvom. Puna ljubav je u troje, tako je na zemlji zato što je tako i na nebu. Broj tri je značajan u svim tvorevinama Trojedinog

bičajena, očekivana reakcija netalentovanog pravnika, tzv. pravnika zanatlje, ne i pravnika intelektualca, pravoslovca a ne pravoznala — kako bi to rekao pravnik Jovan Sterija Popović, povodom navedenog stiha, jeste njena neprikladnost, nepotrebnost, nereferentnost. Naravno da je evidentna netačnost, karikaturalnost takvog rezona. Pravo i književnost, posebno poezija, jesu u krugu iste uzvišene, aristokratske duhovnosti. Aristokratske, ne u političkom, klasnom, socijalnom smislu, nego u starogrčkom značenju aristosa kao oznake najboljeg, najetičnjeg, najistinitijeg, neporecivog... Metafizičnost najbolje poezije nas vodi ka sušastvu, ka esenciji bitka i života, dok dimenzionalno siromašna racionalnost može samo da „objasni“ površinu, prašinu ljudskog bića. U pojednostavljenoj, redukovanoj stilizaciji rečeno, duh poezije kao metafizike saznanja nam osvetjava polifone dimenzije istine (o svemu, pa i o pravu). Intelektualna, naučna „prokleta lepota“ prava jeste da se ta misterioznost, nepojmljivost pravnih instituta kao odraza individualno-kolektivne egzistencije, iskaže na jezički najprecizniji način. A preciznost izražavanja, kreacije, kontrole i evidencije više značnosti je temeljna osobina dobrog pesnika/književnika. Autori FGZ su pre pisanja zakona čitali Stendala da bi im stilizacija zakonskog teksta bila bliža savršenstvu ili odličnosti. Dakle, pesnički talenat je nužan, ne i dovoljan, uslov za pravnika koji je dika svoje profesije. Sledstveno tome, komparacija je nužna da bi se postigla srazmerna stvari, da bi se sa razumnom merom-srazmerom, objasnio neki pravni institut. Istina o pravnom fenomenu ili životnom fenomenu ili događaju je moguća ako se ne osiromašenom analizom, holizmom/sveobuhvatom svih referentnih/relevantnih supstanci sačini zgrada istine, misaona arhitektura koja ima svo bogatstvo referentnih elemenata koji su harmonično poređani u pripadajućem kvantu. Srazmerno.

Misao čuvenog pravnika Hegela je da je i put do istine — istina<sup>3</sup>. Misaona dezorientisanost nije ni pretpostavka/potencijal istina, a posebno nije sinonim istine. Komparacija jeste metod, stil i sadržaj misli koji nas vodi neporecivosti tvrdnje<sup>4</sup>, svetlo koje nas vodi istini. Komparacija bogati naša saznanja, komparacija nas vodi bogatstvu

---

”Tvorca“, vid. Sveti vladika Nikolaj, Kasijana-nauka o hrišćanskom poimanju ljubavi, Kragujevac, 2017, 33.

<sup>3</sup> Bog je ljubav i istina. Istina označava Onog koji je uvek isti. „Ja sam onaj koji jesam“ (Mojs. 3,14). „Ljubav i istina su nerazdvojni“, vid. Sveti vladika Nikolaj, Kasijana-nauka o hrišćanskom poimanju ljubavi, Kragujevac, 2017, 29, 42. „U Bogu nema promene“ (Jak. 1,17). Vrlina je bezpauzna i bez promene (na primer, krotost je nepokretno stanje duše, koje se ne menja i kad sluša poniženja i kad sluša pohvale (krotki će naslediti zemlju — Mt 5,5), vid. Sveti Jovan Lestvica, Hilandar, Sveta Gora Atomska, 2003, 81).

<sup>4</sup> Jedan od najboljih refleksivnih pesnika Momčilo Nastasijević pevao je da istina nije reč, već melodija reči. Reč tvrdnja solidno ilustruje ovu pesnikovu refleksiju, jer reč tvrdnja očigledno sadrži metafizičku notu nemeke nepromenljivosti, okamenjenosti, petrificiranosti istine kao takve. Istina nije samo racionalni kategorijalni aparat sadržan u reči, nego i metafizička dimenzija koja bogati saznavanje i vrednosti utvrđene neporecivosti — istine.

slojeva istine, komparacija naša saznanja čini apodiktičnim, proverenim u ne samo izolovanoj analizi, uvek suspektnoj *samospoznaji*, već analizi koja treba da izdrži i dovede do neosporive istinitosti supstancialne i kvantumsko dobro atributivne. Komparacija vodi sigurnijoj evidenciji suštastvenih i kvantitativnih atribucija pojma/ustanove.

Metod sazna(va)nja je samo prepostavka/mogućnost istine, nužan, ne i dovoljan uslov istine. Metod, uzgred rečeno, dominantno ima kakvoću racionalnog, metod je, najčešće, inter-subjektivan, sa konotacijom kolektivnog vlasništva i kolektivne pripadnosti. Istina, uzgred i vrlo površno konstatovano, ima kakvoću racionalnog a nadasve metafizičkog, sa prevashodstvom autorske/spisateljske individualnosti/originalnog pečata ličnosti tragaoca za istinom. Vrlina, u našem razumevanju, nije demokratskog porekla (Istorija uči da brojnost mislilaca, tačnije, „mislilaca“ nije garant niti signal istine. Nije narod na referendumu odlučio da je tačan heliocentrični, a ne geocentrični sistem, niti je kolektiv/većina konstatovala zakon gravitacije. Njegoš peva: Pokoljenja djelu sude *što je čije daju svjema*). Vrlina, kao i istina, nije demokratskog, već aristokratskog porekla, просветljena spoznaja pojedinca. Metod je važan, ali nije svemoguć. Metod istraživanja, metod saznavanja nije panacea, nije svemoćni lek koji garantuje svetlost istine. Moguće je i da tačan metod, sa deficitarnim intelektualnim talentom pisca, dovede do nigdnine.

Sve te prednosti komparacije su bogatije i opsežnije ako je i komparacija bogatija i opsežnija. Načelno rečeno, što se porede više pojmove/instituta istina je sjajnija i uzvišenija. Stoga je, uz svetost broja tri, pesnikova istina da je, čini nam se — minimum za tačno/tačnije poređenje ako se evidentira sličnost i razlika ustanova tri porodično-pravna sistema. Slažemo se. Istina bi bila uzvišenija, napor i zadovoljstvo autora analize veće, ako bi se poredile ustanove u tri porodično-pravna sistema. Uzgred, taj metodološki okvir primenili smo u našem udžbeniku *Porodično pravo*, gde je u jednoj dimenziji komparacije dat prikaz regulisanja porodično-pravnih instituta u tri pravna sistema: u porodičnim zakonima Srbije, Crne Gore i Republike Srpske. Mi ćemo iz brojnih razloga, što službene prirode koje se odnose na zadata obim autorskog teksta, što zbog zdravstvenih razloga (rad pišemo između dva boravka u Urgentnom centru, u vreme pendencije odluke lekara o važnoj medicinskoj intervenciji), revidirati ovu pesničku istinu o komparaciji i poreediti samo dva zakonska teksta: Porodični zakon Srbije i Porodični zakon Crne Gore. Pokušaćemo da uporedimo dva zakonska teksta trodimenzionalnom/trovrsnom analizom: skicom o strukturi zakonskih tekstova, saznanjem o stilu zakonopisca, stepenu njegove uspešnosti u smislenoj i preciznoj stilizaciji, i čini nam se, poređenjem u najvažnijoj dimenziji, evidenciji istovetnosti, sličnosti i različitosti u regulisanju sadržaja porodično-pravnih instituta. Opet, zbog pomenutog faktora redukcije, poredićemo samo najvažnije pravne institute u Porodičnom zakonu Crne Gore i Srbije.

Prethodno smo kazali autorovu nameru da se komparacija Porodičnog zakona Crne Gore i Srbije, u opsegu skice, učini u tri ravni,

u tri dimenzije. Uporedili bismo ove zakone u tri ravni: u komparaciji strukture, komparaciji stila/jezika i komparacije sadržaja.

Sledstveno vekovnom opstajavanju razumevanja Porodičnog prava, pa i strukture Porodičnog zakona, kao trihotomije<sup>5</sup>, uporedičemo najvažnije porodično-pravne ustanove u sferi Bračnog prava, Roditeljskog i Usvojeničkog/Starateljskog prava.

Ovaj rad smatramo prvim delom, te saznajno intrigantne, plodnosne analize. Dakle, počinjemo analizu poređenjem uslova za pravnu perfekciju braka.

## 2. *Bračno pravo*

### 2.1. *Pojam braka*

Oba zakona brak definišu kao zakonom uređenu zajednicu života, s tim da crnogorski zakon najpre navodi da je to zajednica života muškarca i žene<sup>6</sup>, dok srpski zakon ima samo džentlmensku definiciju, pa dami daje prednost navodeći da je to zajednica života žene i muškarca. Ova „džentlmentska“ definicija je retka, nedominantna u evropskom uporednom pravu<sup>7</sup>. Definisani kvantum rada nalaže odsustvo kompleksnije analize relacije džentlmenstva i načela ravnopravnosti polova, načela koje se snažno, detaljno i ne uvek precizno i tačno, akcentuje u životu i orkestriranoj interpretaciji u pravu. Načelo ravnopravnosti, samom semantikom reči *načelo*, određuje da je ta misao *na čelu* kolone/spiska argumenata. Osim semantike i pravni rezon govori da jedno od osnovnih načela pravnog sistema ima nespornu prednost u odnosu na, ne *načelo*, ne pravni stil argumentovanja, već manir džentlmenstva.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Vid. Marko Mladenović, *Porodično pravo*, Beograd 1981, 17.

<sup>6</sup> Posle definicije braka u čl. 3 PZ CG, sledi drugačiji redosled u čl. 16.

<sup>7</sup> Švedsko pravo ima takvu definiciju. Zakon o zakonski zvezzi in družinskih razmerjih u Sloveniji ima nedžentlmensku definiciju, ali se de lege ferenda predlaže tranzicija ka džentlmenstvu, vid. K. Zupančič, B. Novak, V. Žnidaršič-Skubic, M. Končina — Peternel, *Reforma družinskog prava*, Ljubljana 2005, 18 i 125. Rusko pravo, čl. 12 Porodičnog kodeksa, brak razume kao uzajamno dobrovoljnu saglasnost muškarca i žene da zaključe brak, vid. Александра Матвеевна Нечаева, *Семейное право*, Российская академия наук, Москва 2010, 53. O istom shvatanju braka kao saveza muškarca i žene koji proizvodi pravna dejstva u cilju sazdanja porodice, vid. Светлана Александровна Муратова, *Семейное право*, Москва, 2009, 68. U klasičnoj definiciji braka, brak je *voluntary union for life of one man and one women*, vid. P. M. Bromley, *Family Law*, London 1971, 12.

<sup>8</sup> Manir džentlmenstva može da ima svoju plemenitu i opravданu primenu prilikom razjašnjenja pravnog vakuma u pitanju koga od supružnika/bračnih drugova matičar, odnosno odbornik skupštine opštine prema čl. 36 st. 2 PZ Crne Gore, prvo pita o tome da li želi da zaključi brak. Na predavanjima smo objavljivali malo detaljnije zašto princip da „dame imaju prednost“ nije uvek u korist dama. Recimo, prilikom ulaska u lift koji nije izvesno savršeno ispravan. Ili, prilikom prednosti kod prvog ulaska u neku neizvesnu/neprijatnu situaciju/ambijent/atmosferu. I manir pomoći dami u nevolji može da bude delikatan i ne

O neslučajnosti ovakvog redosleda, već o vrednosnoj, promišljenoj, konsekventno sprovedenoj zamisli zakonopisca govori i činjenica da i kod definicije vanbračne zajednice postoji navedeni polni redosled supružnika (videti član 12 PZ CG i čl. 4 st. 1. PZ Srbije).

Tačnu, harmoničnu sintezu džentlmenstva i ravnopravnosti polova poznaje Porodični zakon Republike Srpske, koji najpre u redosledu supružnika pominje ženu, a u narednim članovima zakona najpre pominje muškarca, et cetera.

Osim ove razlike, oba zakona imaju tradicionalno pogrešnu, uobičajeno netalentovanu definiciju braka kao zakonom uređene zajednice života... Tim segmentom u definiciji se ne ističe posebnost braka u odnosu na druge fenomene koji su, takođe, zakonom uređene zajednice života. Na primer, i navijači/učešnici sportske priredbe, gledaoći, kao zakonska kategorija, su takođe tema/*junaci* zakona (o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama). Isto tako, i grupa studenata na predavanjima ili vežbama su odgovarajućim zakonom regulisana zajednica intelektualnog/studentskog života. Razlika je samo što je u ova dva primera implicitan plural, a kod braka je dozvoljena subjektivna kompozicija singularnog muškarca i

---

na polzu dame. Sećamo se sledećeg istinitog događaja: nakon sednice na fakultetu, jednoj profesorki je pala tašna na pod i čitav sadržaj te *misterije* se učinio transparentnim. Meni je gen džentlmena nalagao da pomognem dami u nevolji, ali mi je u idućoj sekundi presudila spoznaja da je pravo umetnost argumentovanja, umetnost lociranja snage argumenata od *pianissimo* (vrlo tiho), *pianissimo possibile* (što je moguće tiše) do *fortissimo* (vrlo jako), da pobedničku snagu ima princip očuvanja intime ženske tašne, izbegavanja uzrokovanja neprijatnosti dami usled nekog delikatnog elementa u sadržini tašne. Isti stil smatramo podobnim i kod činodejstvovanja službenog lica prilikom zaključenja braka. Prvo bi trebalo da bude pitan o saglasnosti za zaključenje braka muškarac: njegov eventualno negativan odgovor bi dao priliku dami da i ona učini željeni ili neželjeni „reciprocitet“ i smanji neprijatnost, da očuva „dostojanstvo“. Mada, sa pravno-formalnog aspekta, jedna, početna nesaglasnost isključuje potrebu da se pita drugi supružnik, pravno/materijalni rezon (npr. pitanje naknade štete za troškove svadbe) govori drugačije. Ako bi muškarac dao saglasnost za zaključenje braka, a žena izrekla nesaglasnost za brak, onda bi muškarac bio u neprijatnoj poziciji, što je, ipak, neka socijalna konvencija, dominantan rezon da je neprijatnost manje neprijatna za muškarca (zanimljivo je pitanje da li je muškarac psihički pogodniji, „jači“ da izdrži taj duševni bol/neprijatnost. Konkretni slučajevi potvrđuju netačnost stava/predrasude da je muškarac fizički jači: novine 15. avgusta informišu o dvometarskom muškarцу koji platio moli suprugu vrlo niskog rasta da ga ne tuče metlom). Intonacija člana 16 PZ CG govori da će žena biti pravopitani subjekt zaključenja braka („brak se sklapa saglasnošću volja žene i muškarca...“). Dok čl. 3 st. 2 PZ Srbije ne definiše redosled pitanja o saglasnosti izjave volje za zaključenje braka (brak se sklapa slobodnim pristankom budućih supružnika), PZ Crne Gore u ovom procesnom detalju netačno/neopravdano prednost daje ženi. Smatramo da čl. 3 PZ CG (da se brak zasniva na slobodnoj odluci muškarca i žene) ne demantuje našu prethodno kazanu tvrdnju. Argument ovom stavu jeste lociranost čl. 3 u uvodnom delu zakona, u domen osnovnih odredbi, dok je član 16 PZ CG lociran u referentni, nedeklarativni već pravno neposredno dejstvujući deo zakona koji reguliše postupak zaključenja braka.

singularne žene. Sa intelektualnog/naučno ambicioznog/tačnog rezona, brak je i dalje u svom sušastvu, zbog numinozuma (neiskazive misterioznosti) čoveka, žene i muškarca teško saznatljiv. Ne postoji formula za spoznaju izbora partnera, ne postoji formula vekovečito radosnog bračnog života. U ovakvoj zakonskoj definiciji braka nesporna je netalentovana, netačna, nepodobna administrativna stilizacija.<sup>9</sup>

Evidentiramo još jednu specifičnost, differentnost regula u crnogorskom i srpskom pravu. U PZ CG i u uvodnom delu, u delu osnovnih, načelnih odredaba (čl. 3) i u delu koji je referantan za zaključenje braka (čl. 15 i čl. 16) se kao bračni subjekti navode muškarac i žena. Suptilna, i ne samo suptilna, razlika postoji u PZ Srbije koji u delu zakona koji sadrži osnovne, načelne odredbe pominje ženu i muškarca kao bračne subjekte, dok u *specialis* delu zakona reguliše da brak zaključuju dva lica *različitog* pola (čl. 15). Različitost polova se pominje i kao naziv iznad člana 31, kao uslov da brak ne bude poništen. Iako je ova jezička distinkcija suptilne, prividno nevažne prirode, i ako ova tema može da bude tema ne samo jedne monografije, ovom prilikom samo ukazujemo na različitost i semantike i pravnih posledica uslova važnosti braka iskazane kao različitost polova ili kao suprotnost polova. Imajući na umu modernu konstrukciju o paleti, bogatom repertoaru polnih identiteta, brak ima različito pravno finale ako postoji različitost a ne postoji suprotnost polova. Mislimo na vjekovima dominantnu i skustvenu prijatnu konotaciju suprotnosti<sup>10</sup> koja teži radosnoj lirskoj integraciji.<sup>11</sup>

Još jedna nesavršenost: termin sklapanje braka ima neizbežnu automehaničarsku konotaciju (sklapanje motora) ili militarnu konotaciju (sklapanje i rasklapanje puške) za odrasle, a u dečjoj sferi asocijacije su lego kocke. Povrh toga, u građanskopravnoj sferi, na šta upućuje ugovorna komponenta/priroda braka ubičajen je termin zaključenja a ne sklapanja ugovora (vid. čl. 19 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore; čl. 26 ZOO Srbije, čl. 170 Nacrta Građanskog zakonika Republike Srbije). Ako misao učinimo nužno konsekventnom, uz disciplinovanu logičku dijalektiku, terminu sklapanje braka prirodni

<sup>9</sup> O dubljoj i višoj spoznaji i suptilnijoj terminologiji, o razlikovanju braka kao zajednice života i kao svete tajne, braka duhovnosti i svetovnosti, braka kao blazirane statike i braka pregnuća vrlini, braka eshatologije i braka provizorijuma, braka ljubavi i braka ljudskih prava, vid. Slobodan I. Panov, Duhovni i svetovni brak u Srbiji, Beograd 2013, str. 285–347.

<sup>10</sup> Suprotnost, a ne različitost, daje varnicu energetske kreacije (novog života ili života).

<sup>11</sup> Drugom prilikom govorićemo i o semantici bračnih subjekata. PZ CG i PZS termin bračni drug zamenili su terminom supružnika. Razlog ove terminološke izmene je u predrasudi o ideoološkoj konotaciji prethodnog termina. Podsećamo da je jedan od najuglednijih profesora u Kraljevini Jugoslaviji, prof. dr Živojin Perić, koji je emigrirao u Švajcarsku kada je ta ideologija stupila na istorijsku scenu u svojim radovima koristio termin *bračni drug*. U Bračnim pravilima Srpske pravoslavne crkve (čl. 16, 17, 69...) se koristi ovaj termin, iako je očigledna distanca istorijske Crkve prema toj ideologiji. Termin drugarstva je važan radostan element egzistencije...

*saveznik/antinom*, kada brak prestaje, jeste termin *rasklapanje* braka. Bojeći se optužbi za plagijat, ovo nije moja misao, iako ih je bilo puno originalnih i sa još nekim atributima. Priznajem da sam za ovu narodnu logiku čuo u Urgentnom centru leta 2019. od „kolege-pacijenta“. Često, uvek a i češće, misao tzv. vrhunskih intelektualaca, u sličnoj jezičkoj matrici a istoj suštinskoj ravni, već postoji u umnom folkloru naroda, kod kolektivnog intelektualca (Gramši). Anre Malro, čuveni i neobičan francuski intelektualac, ministar kulture u De Golovoj vlasti, je na molbu da pomogne Borisu Suvarinu/ tj. Lifšicu protiv sovjetske vlasti (vid. Boris Souvarine, Staljin, Zagreb, 1989, 5) odgovorio isto kao i seljak sa juga Srbije devedestih godina 20. stoljeća tada opozicionom političaru: pomoći će kad pobedite.

Dakle, veseli saznanje da terminu *sklapanje* braka dijalektički nužno odgovara *veseli/smešni* termin/antinom — *rasklapanje* braka. Novo nije automatski i bolje. U Zakonu o braku i porodičnim odnosima Srbije — ZBPOS (čl. 41...) koristio se termin *zaključenje* braka. Kandidujemo i termin nastanak braka, pa bi antinom bio vrlo prihvatljiv — prestanak (veseliji bi rekli nestanak braka). Recimo, član 3 PZ CG bi sasvim solidno zvučao i odražavao istinitu suštinu ako bi se napisalo da se brak zasniva na slobodnoj odluci muškarca i žene da nastane brak...ili da su u braku...<sup>12</sup>

## 2.2. *Uslovi za punovažnost braka*

2.2.1. *Bračnost*. Bračnost je tradicionalno prvonavedena bračna smetnja, jer brak ne može da bude *sklopljen*<sup>13</sup> ako je jedno lice već u braku. Monogamija<sup>14</sup> je pravno/kulturološka prepostavka ovoj normi. Ipak, razlika u stilizaciji postoji. Ovu situaciju reguliše čl. 47 PZ CG, odnosno čl. 33. PZ Srbije. Čitaoca upućujemo na sadržinu ovih članova, a mi ćemo analizirati razliku u stilizaciji i posledice ove različite dikcije. Prema zakonu Srbije, neće se poništiti novi brak, ako je raniji brak u međuvremenu prestao. Umesto sintagme raniji brak, trebalo bi precizirati/reći — neposredno prethodni brak, jer je moguće da je neko lice zaključilo dva ili više brakova pre ovde referentnog novog, kasnijeg braka. Dakle, raniji brak, osim singulara, u

<sup>12</sup> Kvalitet jezičkog stila oba zakonska teksta nije savršen, ali je nesporna bolja stilizacija (i kvalitetnija regulisanja) u PZ CG. O ovoj inspirativnoj temi pisaćemo u nekom sledećem radu.

<sup>13</sup> Oba zakona koriste, po nama ne baš savršen izraz *sklapanje* braka koji ima (auto) mehaničarsku konotaciju, poreklo i polje primene. Pogodniji nam je termin koji govori o *zaključenju* braka, što je, povrh svega, i pravno podobniji termin usaglašen i sa obligacionopravnom terminologijom *zaključenja* ugovora i sa terminologijom ostalih odredaba u PZ: u čl. 301 st. 2 PZ CG se koristi termin *zaključenje* bračnog ugovora; odnosno u čl. 188 st. 2 PZ CG; u čl. 314 st. 2 PZ CG se „sačinjava“ ugovor članova porodične zajednice kojim regulišu svoje imovinske odnose; usvojenje se „zasniva“ prema čl. 135 PZ CG, odnosno čl. 88 PZ Srbije.

<sup>14</sup> O relaciji na osnovu poliamorije, vid. tekst Elizabeth F. Emans Just monogamy?, u Brenda Hale, David Pearl, Elizabeth Cooke, Daniel Monk, The Family, Law & Society, cases & materials, Oxford New York 2009, 20 i dalje.

životu može da ima i plural (ako je, na primer, novi brak, kako kaže zakon, sklopljen 2019. godine, a prethodno su bili brakovi iz 2017. i 2018. godine, važeći ili nevažeći) i tada je situacija pravno kompleksnija, ali ne i komlikovanija jer se rešava po istoj formuli. Nije stilski i logički savršena formulacija u čl. 47 st. 3 PZ CG: *Neće se poništiti novi brak sklopljen za vrijeme trajanja ranijeg braka jednog od bračnih supružnika, ako je raniji brak prestao.* Ovakav način stilizacije neizostavno podrazumeva stanje konfuzije, stanje nemoguće dualnosti/oksimorona: da raniji brak i traje/postoji i da je prestao. Stoga je umetak/implant u PZ Srbije jezičkom preciznošću spasonosan za očuvanje smisla: da je raniji brak *u međuvremenu* prestao. Stav da se ta reč podrazumeva, pruža priliku da podsetimo na to da se bolje podrazumeva kada se izričito kaže.

PZ Srbije predviđa izuzetak da se neće poništiti kasniji brak ako je prethodno/u međuvremenu neposredno prethodni brak prestao. Prestao na bilo koji od zakonom predviđenih načina. Kratka analiza, upodobljena imperativnom obimu ovog članka, pokazuje različite pravne i nepravne posledice i stepen prihvatljivosti ove norme.

Priliku za detaljniju analizu ove norme pokazuje ovaj primer: lica A i B (bigamista) su u braku, a B-bigamista zaključi brak sa licem V. Poništava se kasniji brak lica B i V, osim ako je prethodni brak A — B prestao na bilo koji od zakonom definisanog načina.

Na primer:

a) Moguće je da brak A-B prestane nastupanjem pravnosnažnosti presude o razvodu u situaciji kada je B zaključio novi brak dok postupak za razvod nije završen pravnosnažnom presudom. Dakle, za vreme *pendencije*, čekanja pravnosnažnosti presude za razvod prethodnog braka. U ovom slučaju postoji najmanji osnov da se naglašava neetičnost konvalidacije novog braka. Proglašenje prvostepene presude referentnom je masovna greška i pojedinaca i medija.

Još jedan primer: ako je neposredno prethodni brak prestao razvodom, onda je moguće prepostaviti činjenični korpus da je bračni subjekt neposredno prethodnog braka, lice A, podneo tužbu za razvod usled saznanja za implicitnu, formalizovanu preljubu ili saznanja za novi brak „svog“ bračnog „druga“. Pri ovakvoj činjeničnoj pretpostavci, konstatujemo da očuvanje validnosti kasnijeg braka pokazuje da to baš i nije moralno savršen rezon (čime se pokazuje trend modernog porodičnog prava da je etički kriterijum nevažan ili sve više descedentno *važan* u bračnoj sferi), a uzgred pokazuje i nekoherenčnost bračno-pravnog sistema u Crnoj Gori. Zašto? Zato što čl. 40 PZ CG propisuje pravo i dužnost bračnih supružnika da jedan drugom budu vjerni, da se međusobno poštuju... Ovim pravnim detaljem, a podsećamo na naš stav da je detalj svedočanstvo, signal suštastva, ilustracija istine, pokazuje se da osnaženje, neponištavanje kasnijeg braka govori o nesankcionisanosti učinjene i, u načelu, lako dokazive/neoborivo prepostavljene prepostavke preljube u braku. Situacija može, ali i ne mora, da bude drugačija kod sporazumnog razvoda braka. Dakle, neprimena materijalne, supstancialne zakonske obaveze

vernosti biva nagrađena, favorizovana konvalidacijom braka prelubnika. Zanimljiva je moralna disciplina kada očekivanu kaštigu zamenuje neočekivana, neosnovana nagrada konvalidacije.

**b)** Moguće je da je brak A-B prestao usled pravnosnažne presude o poništenju tog braka.

Ovaj brak može da bude poništen usled alternativne nesavesnosti, nesavesnosti lica A ili lica B (ili kumulativnom nesavesnošću A i B). Kada je poništenje braka lica A i B, nastalo usled nesavesnosti/krivice lica A, onda moralni razlog prigovora konvalidacije kasnijeg, „bigamnog“ ili bigamnog braka — po pravilu, skoro i ne postoji.

Ako lice A zna za uzrok ništavosti braka ili ga proizvede, onda osnov za moralni prigovor konvalidacije kasnijeg braka ne postoji ili skoro ne postoji. Nećemo ovom prilikom ulaziti u suptilniju analizu. Moguće je da je lice A, na primer, i samo bigamista (neko bi ovo sankcionisanje nazvao moralnom retorzijom, metaforički rečeno — pravno *stradanje od vlastitog greha*).

Za razliku od Zakona o nasleđivanju, zakonska stilizacija PZ CG i PZ Srbije ne pravi razliku da li je lice B — bigamista savestan ili nije. Recimo, taj prethodni brak može da prestane *skrivljenim* ponašanjem bigamiste: falsifikovanjem dokaza o bračnom stanju ili sposobnosti za rasuđivanje ili o uzrastu ili o nepostojanju relevantnog srodstva ili učinjenom prinudom ili dovođenjem u zabludu. Recimo, ako bigamista uzrokuje razlog apsolutne ništavosti braka, onda takav prethodni brak treba da bude poništen jer deluje kogentna norma i stav/osećaj supružnika je pravno irelevantan. Kod apsolutne ništavosti prethodnog braka, ovaj izuzetak od načela bigamije deluje pravedno za savesno lice iz prethodnog braka. Kod relativne ništavosti prethodnog braka postupak se ne vodi po službenoj dužnosti, pa je moguće finale da neko od subjekata prethodnog braka ima različite interese i osećanja da li će koristiti pravo aktivne legitimacije.

**v)** Moguće je da je brak A-B prestao usled smrti/proglašenja nestalog lica umrlim. Moguće je da je nastupila smrt lica A ili lica B.

Razlika u regulama o bračnosti jeste i u specifikaciji u PZ CG kod prestanka braka smrću bigamiste — lica koje je istovremeno u dva braka (različite pravne sudbine-važeće i nevažeće).

Kratku analizu dajemo i u slučaju prestanka neposredno prethodnog braka smrću. Recimo, očekivana je, neiznenadujuća činjenična konstrukcija da lice A — supružnik iz prethodnog braka u koroti/pečalnosti krepa kada sazna da je lice B — *bigamista* u „novom“ braku sa licem V. Lice B postupa contra legem, ne primenjuje čl. 40 PZ CG i lice A, stoga, usled stresa, žalosti izgubi pravni i životni subjektivitet i brak prestane smrću tog lica. Teško je kod ovakvog činjeničnog stanja kvalifikovati moralno i pravno opravdanim finalom da se konvalidira/ da pravno pobedi kasniji brak. Dakle, pravo, javni poredak prihvata nevitešku, neplemenitu победу „novog bračnog para“ i gradnju harmonije i sreće novog bračnog dueta/ansambla na temelju smrti subjekta ranijeg braka, smrti koja može da bude uzrokovana neplemenitošću novih, aktuelnih bračnika. Ovo je zanimljiv

doprinos etičnosti, kao što je i zanimljiv doprinos istini propaganda da „vozač/autor Lolita ekspresa“ suicidno dela baš kad je isključena kamera za sprečavanje/prevenciju suicida.<sup>15</sup>

Moguće je i da konvalidacija braka lica B-V nastupi usled smrti bigamiste-lica B. U pravu Srbije, to je uslov za perfektuiranu zakonsku posledicu, tj. dovoljno je samo da lice B umre i da se brak sa licem A ne smatra više pravno relevantnim, a da se istovremeno konvalidira, smatra jedino važećim brak ex lica B sa licem V. To znači nastupanje i naslednopravne posledice da je lice V, kao preživelni supružnik ostavioca/lje zakonski i nužni naslednik. Moramo da pomenemo i Zakon o nasleđivanju Srbije koji reguliše situaciju gubitka naslednog prava preživelog (znanstveni pleonazam jer naslednik mora da doživi momenat delacije) supružnika. Dakle, supružnik, iako je u trenutku delacije bio u braku sa ostaviocem, gubi nasledno pravo kada je:

- podneta tužba za razvod braka, a nakon delacije se dokaže njena osnovanost (što je u našem konceptu razvoda *lahkoća/* pravni pleonazam);
- brak poništen nakon delacije usled dokazane nesavesnosti preživelog supružnika koja je postojala u trenutku zaključenja braka;
- tokom pravno-formalno važećeg braka trajno prestala zajednica života krivicom *preživelog* supružnika ili sporazumno. Konkretnizacija ovog uslova može da bude prilika za ozbiljnu stručnu polemiku i duele subjekata ostavinskog postupka.<sup>16</sup>

U PZ Crne Gore, regula o prestanku ranijeg braka usled smrti je drugačija. Norma PZ Crne Gore o ovom pitanju ima dve komponente. PZ CG u čl. 47 st. 3 sadrži, uz pomenuto razliku u stilizaciji, istu odredbu kao PZ Srbije: kasniji brak se neće poništiti ako je raniji brak prestao. PZ Crne Gore u čl. 47 st. 4 specifikuje situaciju koja nastaje usled smrti bigamiste, u našem primeru lica B. U slučaju smrti bigamiste, dakle, neće se poništiti kasniji brak ako je raniji brak poništen (diskutabilan je razlog ponavljanja ovog izuzetka) ili ako je novi brak trajao duže vreme, a supružnik iz ranijeg braka nije ništa preduzimao u cilju uspostavljanja bračne zajednice.

Ovu normu poznavao je i ZBPO Srbije (čl. 73 in fine). Smisao ovog izuzetka jeste u racionalnosti/smislenosti/etičnosti tranzicije fakticiteta u jurističku novu istinu. Nezainteresovanost, bezvoljnost, nemotivisanost, depresivnost, kapitulanstvo, neborbenost prethodnog bračnika, njegova očigledna distanca prema nekadašnjem bračniku — bigamisti. Svesni smo, u post-modernom stanju *duha*, svakako, deklarativenosti razlikovanja ličnosti i imovine. Ipak, ovaj pravni rezon vozdzanja faktičkog do pravnog, prisutan je i kod imovinsko-pravnih instituta. Na primer, kod zastarlosti, sticanja svojine održajem, kod konstituisanja i dekonstituisanja službenosti — zastare ili

<sup>15</sup> Ima još slučajeva kada u tragičnim dešavanjima kamere ne rade i ulazna vrata su zaključana.

<sup>16</sup> Detaljnije, v. Oliver Antić, Nasledno pravo, dvanaesto izdanje, Beograd, 2014, 152.

usucatio libertatis, u izvesnom smislu kod samopomoći ili kod posebnih sporova ...<sup>17</sup> Ova norma ima uticaja na specifično definisanje suštine braka. Brak nije pravni institut koji omogućava apsolutnu radosnu sigurnost, podrazumevanu bezbrižnu *vekovečitost braka*. Brak može da prestane, uz ove specificirane uslove, kada je supružnik bigamiste apsolutno pasivan (zakon veli ako nije ništa preuzeo da uspostavi bračnu zajednicu). Dakle, uninija, čamotinja duha, smrt volje supružnika bigamiste, ishodovaće „kaštigom“, sankcijom da se takav brak defavorizuje u odnosu na brak sa bigamistinim *novoljubljenim* subjektom. Skrećemo pažnju na stilizaciju uslova da *zastari* prethodni, raniji brak: potrebno je da bračni supružnik iz ranijeg braka *duge vreme nije ništa*<sup>18</sup> preduzima da bi *uspostavio bračnu zajednicu*.<sup>19</sup>

Ako je raniji supružnik bigamiste apsolutno pasivan, ako ništa ne preduzima, biće *sankcionisan*. Raniji supružnik bigamiste, pak, spašće svoj brak ako je nešto preduzima za „spas svog braka“. Koji akt spasenja braka je dovoljan? Po nama, bilo koji akt, činjenje ili nečinjenje, dare, facere, non facere koji je preduzet u cilju uspostavljanja bračne zajednice. Recimo, davanje poklona koji ima etabliranu bračnu simboliku, romantičnu reminiscenciju tih bračnika. Primer činjenja bi moglo biti u slučaju kada se učini benevolentna konkludencija — pravljenje omiljene torte, poseta u bolnici, slanje sms poruke... Zanimljivo je naći primer za nečinjenje koje svedoči o *bračnoj nameri*, tj. nameri da se uspostavi bračna zajednica. Recimo, nedislociranje, neizbacivanje stvari bigamiste koji se nalaze u stanu „tužnog supružnika bigamiste“ ili u zajedničkom stanu.

Možemo da primetimo još neke suptilnosti kod ove norme. Te suptilnosti, kao da favorizuju poziciju supružnika iz prethodnog braka. Recimo, prethodni supružnik umrlog bigamiste, po PZ CG, mora da preduzme nešto, bilo šta, da *uspostavi/ostvari* bračnu zajednicu. Na drugim relevantnim mestima (na primer, u čl. 17 gde se definiše cilj braka), pisac PZCG koristi sintagmu *ostvarivanja* zajednice života bračnika. Po svojoj zvučnosti (istina nije reč, već melodija reči), ostvarivanje zajednice života jeste glagol trajanja, nesvršeni glagol. Sintagma *uspostavljanje* bračne zajednice asocira na relevantnost/dovoljnost zajednice manjeg ranga i po intenzitetu sadržaja i po intenzitetu

<sup>17</sup> Zastarelost (vid. Oliver Antić, Obligaciono pravo, Beograd, 2008, 132...) ima dvostruki osnov: nezainteresovanost za sopstveno pravo i liberatorno, oslobađajuće dejstvo od nefunkcionalnog tereta, vid. Obren Stanković, Miodrag Orlić, Stvarno pravo, Beograd 1982, 52,54, 141, 298, 305.

<sup>18</sup> Dva ili tri vrlo delikatna pravna akvarela u zakonskoj stilizaciji.

<sup>19</sup> O elementima pojma zajednice života, teleološke supstancije braka pisali smo povodom jednog predmeta sa elementom inostranosti. Bez prethodnog uporišta u literaturi Porodičnog prava, pisali smo o pravno vrlo referentnom trenutku prestanka zajednice života (o nameri prestanka koja mora da bude objektivizovana, a ne mora da bude objektivna, opravdana, obrazložena), vid. Slobodan I. Panov, Razvod braka: pravno-sociološki profil u Evropi i Srbiji, Identitetski preobražaj Srbije, kolektivna monografija, ured. R. Vasić, B. Čučković, Beograd 2018, 174 i dalje.

vremena trajanja. Uspostavljena bračna zajednica, u svojoj supstancialnosti, znači i efemern trenutak koji ne mora da ima očekivani/podrazumevani intenzitet sadržaja i vremena trajanja koji sadrži termin, ne ostvarenja, nego ostvarivanja zajednice života supružnika.

Osim ove suptilnosti, možemo da konstatujemo kod stilizacije ove norme još jednu specifičnost. U čitavom zakonskom tekstu se koristi sintagma *zajednica života* bračnih supružnika. Na primer, kod definicije cilja braka (čl. 17 PZ CG); kod sankcije usled nekog drugog cilja braka (čl. 51)... Kod analizirane norme o prestanku braka smrću bigamiste, zakonodavac nalaže da je nešto preduzeto da se uspostavi *bračna zajednica*. Ima li razlike u značenju sintagme zajednica života i sintagme bračna zajednica. Nesporno je da je ovo vrlo zanimljivo i delikatno pravno-leksičko-semantičko pitanje. Uz pomenuti greh površnosti, možemo da kandidujemo sledeći pokušaj objašnjenja. Zajednica života supružnika<sup>20</sup> znači nedeklarativni, delatni, ne pravno-formalni, ostvareni egzistencijalni, na osnovu pravnog okvira, sadržaj braka. Bračna zajednica, intenzitetom i paletom značenja, je siromašniji, uži pojam i ako se ne može svesti isključivo, može se u solidnoj meri svesti na manifestacioni, ako ne deklarativni, onda ne i intenzivan supstancialni okvir kao kod prethodnog termina. Tako da možemo da konstatujemo da i ovo (ne)slučajno razlikovanje upotrebljenih sintagmi svedoči o nameri zakonopisca da, malo ili više, favorizuje<sup>21</sup> pravnu poziciju ranijeg supružnika umrlog bigamiste.

<sup>20</sup> Privid samorazumljivosti/lakorazumljivosti ovog pojma nestaje usled dilema o kvantitativnom, kvalitativnom faktoru i njegovoj bračnoj dijalektici. Kompleksnost povećava činjenica o, nekada, dovoljnosti singulara objektivnog elementa i nedovoljnosti plurala objektivnog elementa, o korisnosti objektivnog, a presudnosti subjektivnog elementa, vid. Slobodan I. Panov, Razvod braka: pravno-sociološki profil u Evropi i Srbiji, Identitetски preobražaj Srbije — prilozi projektu 2017 — kolektivna monografija, ured. R. Vasić, B. Čučković, Beograd 2018, 172–175.

<sup>21</sup> Ne samo privid favorizovanja, može da se zapazi i kod stilizacija korišćenih kod instituta zajedničke imovine bračnih supružnika. U članu 288 PZ CG se koristi sintagma manjeg ili umanjenog supstancialnog intenziteta: *Zajedničku imovinu čini imovina stečena radom bračnika tokom trajanja bračne zajednice...* Možemo primetiti da je zakonom dvostruko umanjen entuzijazam suda u istraživanju istinitog i potpunog činjeničnog stanja:

1. dovoljnoču da se kao element pojma zajedničke imovine bračnih supružnika utvrdi trajanje bračne zajednice, a ne zajednice života (naglašena je spoljašnost, ne unutarnji sadržaj pojma);

2. odsustvo sporazuma o deobi zajedničke imovine, prema čl. 294 PZ CG, znači da se zajednička imovina deli na jednakе delove. Deoba prema doprinosu supružnika u sticanju te imovine je moguća samo kada se kumulativno ispune dva uslova: da je udeo jednog od bračnika očigledno i značajno veći. Lako i tačno se konstataže da su oba termina/uslova za deobu prema radu, prema rezultatima rada vrlo akvarelni i nesporno teško konsensualno jasnog/preciznog/nespornog značenja. Očiglednost, svakako, ne asocira na obavezu sudskega entuzijazma u saznavanju istine o doprinosu.

Prema čl. 180 PZ Srbije, nema ovih uslova za primenu kriterijuma deobe prema veličini doprinosa pojedinog bračnika u sticanju zajedničke imovine.

PZ Srbije disciplinovano, bez izuzetka koristi termin zajednica života (kod definicije cilja braka u čl. 16; kod sankcije ako ovaj cilj ne postoji u konkretnom braku — čl. 32; kod prestanka braka razvodom na osnovu tužbe bračnika — čl. 41; kod pojma zajedničke imovine — čl. 171).

Nastavljamo sa poređenjem zakonskih regula o drugim bračnim smetnjama.

2.2.2. *Nesposobnost za rasuđivanje* je razlog apsolutne ništavosti braka. U čl. 18 i 34 PZ Srbije ova nesposobnost je bez atributa, bez specifikacije stila nerazumnosti, dok u čl. 146, u kome se „matično“ (što bi rekao univerzitetski argo, sleng, žargon) određuje tema potpune poslovne nesposobnosti — koristi sintagma nesposobnosti za normalno rasuđivanje. PZS u čl. 146 i 147 određuje da lice koje je potpuno lišeno poslovne sposobnosti ima pravni kapacitet mlađeg maloletnika (do 14 godina života, prema čl. 64), dok lice koje je delimično lišeno poslovne sposobnosti ima poslovnu sposobnost jednaku kao stariji maloletnik (preko 14 godina života). U čl. 147 in fine se kaže da sudskom odlukom može da se odredi koje pravne poslove može stariji maloletnik da preduzme samostalno. Lice koje je delimično poslovno sposobno *nije nesposobno za rasuđivanje, već neposredno svojim postupkom/postupcima ugrožava svoja i tuđa prava i interesu*. Lice koje je potpuno poslovno nesposobno nije u stanju, zbog nesposobnosti za rasuđivanje, da se stara o sebi i da zaštitи svoja prava i interesu. Dok lice koje je potpuno poslovno nesposobno nema bračni kapacitet, za lice delimične poslovne nesposobnosti se može reći da ima (vrlo) uslovni bračni kapacitet (ako konkretni razlog „mentalno-kognitivne nesavršenosti“ ne remeti ostvarenje cilja braka i prava i dužnosti u odgovarajućem standardu. Naravno da će biti vrlo zanimljiva konkretizacija i kvalifikacija, sa ovog aspekta, činjeničnog stanja in concreto).

Zanimljivo je da ova bračna smetnja/uzrok nevažnosti braka može da ima tri različite pravne posledice. Različito pravno finale povodom nesposobnosti za rasuđivanje zavisi od vremenske definicije: trenutka nastanka i trenutka prestanka.

Konkretno:

— ako nesposobnost za rasuđivanje postoji u trenutku zaključenja braka<sup>22</sup> i ne prestane/traje tokom braka, onda je to razlog apsolutne ništavosti braka;

<sup>22</sup> Vrlo je zanimljivo, teoretski i praktično, utvrditi koji je to trenutak zaključenja braka, koji je to pravni nano trenutak/sekund kada je brak perfektuiran u svom nastanku. Odgovor je važan i kod ovog instituta, ali i kod drugih (na primer, kod definicije zajedničke imovine bračnika, jer trenutak zaključenja braka, i logički i pravno, može da se smatra prepostavljenim početkom bračne zajednice koja radom konstituiše zajedničku bračnu imovinu; kod trenutka sticanja svojstva zakonskog i nužnog naslednika, kod drugih prava na osnovu statusa supružnika prema Zakonu o obligacionim odnosima...).

U pravnoj književnosti, (vid. Marko Mladenović, Porodično pravo-knjiga I, Beograd 1981, 332 i dalje), se kao trenutak nastanka braka kandiduju tri sekunda:

— ako nesposobnost za rasuđivanje postoji u trenutku zaključenja braka i tokom braka prestane, onda je pravna sankcija blaža: brak je relativno ništav<sup>23</sup>;

— ako je nesposobnost za rasuđivanje nastala nakon „sklapanja“ braka, onda to može da bude okolnost/faktor/činjenica koja je dovela do ozbiljne i trajne poremećenosti bračnih odnosa ili nemogućnost ostvarivanja<sup>24</sup> svrhe braka, što je osnov za podnošenje tužbe za razvod braka.<sup>25</sup>

*2.2.3. Srodstvo kao bračna smetnja.* Krvno srodstvo u oba zakona je u istom intenzitetu definisano kao bračna smetnja koja uzrokuje apsolutnu ništavost. Tazbinsko srodstvo, takođe, u oba zakona je identično definisano kao bračna smetnja. Kod tazbinskog srodstva primećujemo dve razlike zakona Srbije i Crne Gore. Obe te razlike obavezuju na konstataciju kvalitetnijeg teksta u PZCG. Tehnika navođenja krvnog srodstva kao bračne smetnje je, prema čl. 19 PZS, spisak konkretnih srodnika koji ne mogu da zaključe brak. Istu tehniku ima i čl. 21 PZCG. Kod tazbinskog srodstva kao bračne smetnje, PZS u čl. 21 koristi nepotrebno dvojnu tehniku, lošu „stereo stilizaciju“: stilizaciju iz porodično-pravne teorije o linijama i stepenima, a potom, u folklornom maniru/žargonu, konkretizuje ovu liniju i stepen navođenjem tazbinskih srodnika koji ne mogu međusobno da zaključe brak. PZCG u čl. 23 ima disciplinovanu, doslednu stilizaciju, pa se, kao i kod krvnog srodstva, tako i kod tazbinskog srodstva, folklornim žargonom navode lica koja zbog tazbinskog srodstva ne mogu međusobno da zaključe brak.

Druga favorizujuća činjenica za PZCG jeste u vrlo korisnoj izričitosti, preciznosti. Naime, u čl. 23 PZCG (isto i čl. 48 st. 1 ZBPOS) se kaže da označeni tazbinski srodnici ne mogu da zaključe brak i kada je prestao brak na osnovu koga su oni postali tazbinski srodnici.

---

trenutak saglasnosti afirmativnih volja supružnika za zaključenje braka; trenutak proglašenja da je brak zaključen i trenutak upisa braka u matičnu knjigu (rođenih i) venčanih. Član 301 st. 4 PZS daje jasan osnov za odgovor da je trenutak saglasnosti afirmativnih volja bračnika — trenutak kada je brak nastao, kada je zaključen. Isti zaključak postoji i prema čl. 36 i 37 PZCG.

U ruskom pravu, registracija braka se smatra kulminacionom tačkom forme braka u kome država ostvaruje zaštitu porodice, materinstva, deteta, vid. Александра Матвеевна Нечаева, Семейное право, Российская академия наук, Москва 2010, 52.

<sup>23</sup> Vid. čl. 48 PZCG čl. 34 PZS. Prema čl. 52 PZCG i čl. 217 PZS naknadno stečena sposobnost za rasuđivanje jeste osnov „eks-nesposobnog“ da podnese tužbu za poništenje braka u roku od jedne godine od faktičkog ili pravnog ozdravljenja: od sticanja sposobnosti za rasuđivanje, odnosno od pravnosnažnosti sudske odluke o vraćanju poslovne sposobnosti.

<sup>24</sup> PZS osnov za razvod definiše trajnim glagolom — ostvarivanje zajednice života supružnika, dok čl. 56 PZCG koristi svršeni glagol, trenutnog dejstva — ostvarenje svrhe braka. Ostvarivanje i ostvarenje podrazumeva različit i vremenski okvir, intenzitet „miroljubive bračne koegzistencije“ i različitu kondiciju supružnika i još dosta toga. PZCG pokazuje terminološku nedoslednost jer u čl. 17 definiše da je cilj braka *ostvarivanje* zajednice života.

<sup>25</sup> Vid. čl. 41 PZS i čl. 56 PZCG.

Pojednostavljeno: *jednom tašta — uvek tašta*.<sup>26</sup> Iako se ovakva trajna, doživotna statusna hipoteka tazbinskog srodstva smatra opštim mestom u porodičnopravnoj književnosti, ovakva izričita zakonska formulacija je vrlo korisna za pravnu sigurnost, za umanjenje akvalitnosti nekih pravnih instituta. Što bi rekao jedan profesor: *bolje se podrazumeva kad se izričito kaže*.

Treću specifičnost PZ CG ne bi mogli da ocenimo favorizujućom. Naime, PZ CG dispenzaciju od ove smetnje odlukom suda uslovjava postojanjem prethodno pribavljenog mišljenja organa starateljstva. Smatramo da činjenice o uslovu za dispenzaciju koji opravdavaju izuzetak, sud može vrlo lagodno i lagano da istraži/utvrdi i bez uslovljavanja prethodnim mišljenjem organa starateljstva. Ne primećujemo na ovu temu opravdanje za dominaciju pozicije organa starateljstva u odnosu na sud.

**2.2.4. Maloletstvo<sup>27</sup> kao bračna smetnja.** Punoletstvo, navršenih 18 godina života, jeste minimalni uzrast bračnika.<sup>28</sup> Ovo pravno-civilizacijsko pravilo ima dve specifičnosti. Zakon dozvoljava da brak zaključi i lice sa navršenih 16<sup>29</sup> godina života, ako to sud dozvoli. U pravu Srbije, sud može, ako postoje opravdani razlozi, da dozvoli zaključenje braka licu sa 16 godina života, ako je to lice dostiglo telesnu i duševnu zrelost potrebnu za vršenje prava i dužnosti u braku. Jednostavna formulacija imaće vrlo zanimljivu/kontroverznu/bezobalnu interpretaciju u sudskej praksi ili teoriji. Ako se može evidentirati korpus bračnih prava i dužnosti, vrlo je zanimljivo konkretizovati postojanje telesne i duševne forme/kondicije/potencijala za vršenje prava i dužnosti. Koji elementi i u kom intenzitetu u fizičko-duševnom profilu kandidata su relevantni za brak, kako se određuje njihova interferencija, kako se rangiraju i kako se kvantifikuju, da li je moguća kompenzacija jednog elementa profila drugim...<sup>30</sup> Uzgred, stopa razvoda u svetu i kod nas<sup>31</sup> svakako opravdava sumnju u postojanje ovih „bračnih performansi“ i kod lica koja su davno bila maloletna. Posebno zanimljivim smatramo obrazloženje suda, istinsko a ne uobičajeno formalizovano i bolesno površno i u netalentovanoj

<sup>26</sup> Ovu našu formulaciju sa predavanja, studenti na ispitu vozdižu u narodno autorstvo, prepisujući ne baš veliku misao u autorstvo narodnom umu. Što bi Njegoš rekao: što je čije daju svjema.

<sup>27</sup> O maloletničkim brakovima, vid. M. Janjić Komar, R. Korać, Z. Ponjavić, Porodično pravo, Beograd 1999, 97.

<sup>28</sup> Čl. 24 i 13 PZCG, odnosno 23 i 11 PZS.

<sup>29</sup> U engleskom pravu, capacity to marry ima lice koje je navršilo 18 godina života. Lice koje ima 16 godina života može da zaključi brak uz saglasnost roditelja ili lica sa roditeljskim ovlašćenjima, vid. Carolyn Hamilton and Kate Standley, Family Law in England and Wales, u knjizi Family Law in Europe, edited by Carolyn Hamilton and Kate Standley, London, Dublin, Edinburgh, 1995, 68.

<sup>30</sup> Smatramo da bi ova tema bila šampionska za radosno istraživanje spoznaje zakonskog pojma/uslova i primene u sudskej praksi.

<sup>31</sup> Slobodan I. Panov, Razvod braka: pravno-sociološki profil u Evropi i Srbiji, Identitetski preobražaj Srbije — prilozi projektu 2017 — kolektivna monografija, ured. R. Vasić, B. Čučković, Beograd 2018, 162 i dalje.

repeticiji (tzv. mustra sudskih odluka), da u jednom slučaju postoji opravdan razlog da se dozvoli zaključenje ovog braka, a da u drugom slučaju te opravdanosti nema. Dakle, poređenje „pobedonosnog“ psihofizičkog portreta u odnosu na nepobedonosni/gubitnički portret koji sprečava davanje ovakve dozvole suda.

Iako u svojoj supstancialnosti ovaj način emancipacije ima snažnu notu numinozuma (neiskazive misterije, dvojnosi nelakog saznavanja i nelakog iskazivanja saznatog), on je manje kompleksan u poređenju sa drugim načinom emancipacije, tj. sticanja potpune poslovne sposobnosti na osnovu dozvole licu sa navršenih 16 godina života koje je postalo roditelj a dostiglo je telesnu i društvenu zrelost da se samostalno *stara o sebi* — o sopstvenoj ličnosti, pravima i interesima.<sup>32</sup> Konstatujemo nekoliko zanimljivosti. Kod ovog načina emancipacije, ne na osnovu braka, već postignutog roditeljstva, zakon ne traži uslov opravdanosti. Dakle, dok je postojanje opravdanosti dobijanja dozvole suda notirano kod emancipacije kroz zaključenje braka uzrastom i profilom specifikovanog maloletnika, taj uslov opravdanosti kod emancipacije na osnovu roditeljstva zakon ne predviđa. Šta je razlog za ovaj „detalj“? U svojoj suštini, bračna namera maloletnika nema atribuciju perfektuirane činjenice, neotklonjive okolnosti, okolnosti koja se može izbeći ili odložiti, dok ta panorama atributa postoji kod emancipacije na osnovu roditeljstva. Konstatujemo još jedan teško shvatljiv „pravni detalj“. Dok je supstancialni, razumljiv uslov za emancipaciju brakom sveukupni psihofizički kapacitet za vršenje prava i dužnosti u braku, uslov za emancipaciju roditeljstvom je „talenat/potencijal/predikcija“ brige o sebi, tačnije o radosnijoj komponenti sebe, o pravima i interesima, a ne i o svojim obavezama (recimo, etička i socijalna svest o važnosti ispunjenja svojih dužnosti, etički nužna distanca prema egocentrizmu, znanje i praktikovanje tog znanja o ljubavi kao radosnoj žrtvi i o valjanom roditeljstvu kao bezpauznoj vrlini). Bilo bi zanimljivo sazнати koji razlog opravdava Prudon-Marksov duel filozofije bede vs. bede filozofije da je suština roditeljstva talenat/volja da se brine o sebi. Roditeljstvo podrazumeva samoodgovornost, shvatanje važnosti brige o sebi, svom zdravlju, socijalnom, finansijskom, obrazovnom kapacitetu. Ali je to pretpostavka za plasman tih vrlina prilikom brige o bebi, detetu, srodniku... Briga o sebi postoji, u arhitekturi nagona, kod svakog bića, a suština roditeljstva jeste radosna/celomudrena dužnost brige o detetu.

Konstatujemo još jednu *stilsku* grešku kod oba zakona. Oba zakona predviđaju da sud može *naknadno*<sup>33</sup> da dozvoli zaključenje braka specifikovanom maloletniku. Ovaj manir naknadnog dobijanja dozvole, pravno-politički, posebno pravno-vaspitno znači nesankcionisanje lica koje, svesno ili ne, ne primenjuje zakonom definisanu

<sup>32</sup> Vid. čl. 11 PZS.

<sup>33</sup> Naknadno odobrenje, nesankcionisanje neprimene zakona postoji i kod tazbinskog srodstva — vid. 48 in fine PZ CG; čl. 35 in fine PZS.

proceduru zaključenja braka. Suština funkcije prava je minimalna etičnost i razlikovanje ponašanja koje je po pravnoj normi od ponašanja contra legem. Zakon ne može na isti način da tretira lice koje traži dozvolu suda i lice koje bagateliše tu svoju dužnost (vaspitna mera za lice ravnodušno prema zakonskoj proceduri može da bude, na primer, finansijska — plaćanje administrativne takse/kazne kao minimalne sankcije kada se bagateliše norma ili kada je obavezano lice u stanju dolozne *docnje*).

Još jedno preciziranje čini se korisnim. Logika „bračne“ emancipacije jeste da je trenutak sticanja potpune poslovne sposobnosti trenutak zaključenja braka na osnovu dobijene dozvole suda. Samo dobijanje/postojanje dozvole suda ne dovodi automatski do emancipacije. Ostvarenje smisla ove ustanove postiže se tek trenutkom zaključenja braka na osnovu dozvole suda. Smisao bračne emancipacije je ostvarenje dostojanstva maloletnog bračnika. Bez potpune poslovne sposobnosti, bez potpune pravne slobode/autonomije zaključenja pravnih poslova, maloletni bračnik bi morao da traži dozvolu/saglasnost roditelja sledstveno čl 64 st. 2 PZ S. Ovakav opšti pravni princip ne doprinosi respektu maloletnog bračnika, posmatrano i sa pozicije bračnika, njegovog bračnog supružnika i drugih lica u njegovom societasu. Smisao emancipacije je pravna/životna pretpostavka/dimenzija dostojanstva ličnosti maloletnog bračnog namernika.<sup>34</sup> PZ CG (čl. 13 st. 2) i PZ S (čl. 11 st. 2) jasno kaže da se emancipacija ostvaruje u trenutku sklapanja/zaključenja braka na osnovu pravnosnažnosti dobijene dozvole suda. Jasno je, ali nije suvišno konstatovati, da dozvola maloletniku da zaključi brak nema dejstvo erga omnes, nego inter partes (u specifičnom smislu<sup>35</sup>). Odredbe Zakona o vanparničnom postupku Crne Gore (čl. 81 i 82 st. 2)<sup>36</sup> to jasno potvrđuju. I smisao ovog načina emancipacije govori da posedovanje adekvatnog/traženog psiho-fizičkog profila maloletnog bračnog

<sup>34</sup> Vid. Slobodan I. Panov, *Porodično pravo*, deseto izdanje, Beograd 2019, 101. Solidna, prihvatljiva terminologija za ova lica daje se u hrvatskoj literaturi, gde su nazivi za ženu i muškarca koji žele da zaključe brak *nevesta i ženik*, vid. Mira Alinićić, Ana Bakarić Abramović, Dubravka Hrabar, Dijana Jakovac Lazić, Aleksandra Korać, *Obiteljsko pravo*, Zagreb 2001, 47.

<sup>35</sup> Smisao sudske odluke kod bračne emancipacije je usmerena pro futuro, ex nunc, dok emancipacija na osnovu roditeljstva je usmerena ka ex tunc, na perfektuiranoj, nastaloj okolnosti.

<sup>36</sup> Nekada blagonaravije bračnika maloletnog namernika da zaključi brak može da ukrepi, osnaži plemeniti bračni potencijal maloletnika, a nekada *Ksantip* ili *Ksantipa* može da ga umanji ili poništi. Član 81 ZVP CG kaže: Predlog mora da sadrži lične podatke o licima koja žele da zaključe brak, činjenice na kojima se zasniva i dokaze o tim činjenicama... Član 82 ZVP CG kaže: Kad je predlog podnijelo maloljetno lice, sud će na pogodan način ispitati sve okolnosti koje su od značaja za utvrđivanje da li postoji slobodna volja i želja maloljetnika da zaključi brak, kao i da li je maloljetno lice dostiglo tjelesnu i duševnu zrelost potrebnu za vršenje prava i dužnosti u braku. Sud će pribaviti mišljenje zdravstvene ustanove, ostvariće odgovarajuću saradnju sa organom starateljstva, slušaće podnosioca predloga, njegove roditelje ili staraoca, lice sa kojim maloljetnik namjerava da zaključi brak...

*namernika* mora da se tumači i sa aspekta same ličnosti tog lica a, ne ali, i sa aspekta dijadnog bračnog odnosa (uz potpunu referentnost intersubjektivne očekivane harmonije u braku).

2.2.5. *Mane volje kao bračna smetnja.* PZ CG u čl. 3 (slično i čl. 3 st. 2 PZS) određuje da se brak zasniva na slobodnoj odluci muškarca i žene... Sloboda podrazumeva/prepostavlja istinu, što daje osnov za zaključak da ta volja za brakom ne sme da bude neslobodna-pod prinudom<sup>37</sup> i da treba da bude zasnovana na istini — bez prevare ili zablude. PZ CG u čl. 50 ima isto rešenje o vrstama zabluda kao i PZS. Razlike, ipak, postoje: PZCG nema naziv za zablude o fizičkoj i građanskoj ličnosti (sadržaj pojma je identičan rešenju PZS) i PZ CG pogrešno koristi plural govoreći o zabludi o bitnim osobinama ličnosti. PZS smislenije koristi singular, jer je dovoljna zabluda o jednoj referentnoj osobini bračnika da bi se taj brak poništio iz razloga relativne ništavosti. U odnosu na ZBPOS (čl. 77 in fine), i PZS i PZCG ne navode examli causa okolnosti koje mogu da budu kvalifikovane kao bitna osobina drugog bračnika koje „odvraćaju“<sup>38</sup> od zaključenja braka sa takvom osobom. Korisna je ta tehnika ranijeg zakonotvorca o nelimitiranom egzemplarlu koje mogu da budu svetionik, orijentir *Odiseju* u praksi da ne luta u okeanu faktografije.

Oba zakona imaju zajedničku „nesavršenost“ zakonske stilizacije, s tim da je jedan zakon manje loš. Konkretno, PZS u čl. 15 određuje da se brak...sklapa *davanjem izjava volja* pred matičarem. PZ CG u čl. 16 kaže da se brak sklapa *saglasnošću volja* žene i muškarca... Formulacija PZS je bogatija varijantama besmisla/pravnim i životnim netačnostima. Davanje izjava volja može da znači i da su te izjave nepodudarne (jedno lice kaže „DA“, a drugo lice „NE“) ili da su te izjave neafirmativno podudarne (oba lica kažu „NE“). U tom slučaju je ispunjen besmisленo formulisan zakonski uslov davanja izjava volja ali, naravno, da supstancialno brak nije zaključen/nastao. Formulacija PZ CG dozvoljava negativnu, neafirmativnu saglasnost

<sup>37</sup> Za razliku od Građanskog prava gde dominira načelo autonomije volje, u crkvenoj dogmatici autonomija volje je slabašna, heteronomija je demonska, a teonomija je spasonosna, *Veliki je onaj čovek koji se pobožno odriče svoje imovine, a svetao je onaj ko se odriče svoje volje*. Prinuda, tj. zloba je demonska znanost, veli Sveti Jovan Lestvičnik, Lestvica, Hilandar, Sveta Gora Atonska, 2003, 115, 133, 135.

<sup>38</sup> Kako kaže čl. 50 st. 2 PZ CG, u Crnoj Gori se traži i da je ova zabluda o bitnoj osobini uzrokovala ozbiljnu i trajnu poremećenost bračnih odnosa. Ovakvim dodatnim uslovom nalaže se sledeće preciziranje: ozbiljna i trajna poremećenost bračnih odnosa...je uslov tužbe za razvod braka. Ova zajednička sintagma „gradusne i vremenske poremećenosti bračnih odnosa“ zahteva distanciranje poništenja braka od razvoda braka. Objašnjenje je u vremenskoj dimenziji: ako referentna bitna osobina postoji u trenutku zaključenja braka — tada je to pravna sfera rušljivosti braka, a kada referentna bitna osobina nastane nakon zaključenja braka — tada je to sfera razvoda braka. Ujedinjujuća/zajednička osobina jeste nekogentnost/dispozitivnost ponašanja bračnika da li želi da bude aktivno legitimisan kod rušljivosti braka ili kod podnošenja tužbe za razvod braka.

volja lica. Suština braka jeste postizanje saglasnosti afirmativnih volja, volja da se zaključi brak.

*2.2.6. Starateljstvo kao bračna smetnja.* Za razliku od ZBPOS gde je starateljstvo bračna zabrana<sup>39</sup>, čl. 22 PZS kao bračnu smetnju navodi i starateljstvo. Brak nije moguć/apsolutno je ništav između staraoca i štićenika. Logika ovog rešenja je zakonska nemogućnost da status starateljstva, pozicija staraoca i štićenika, sa određenim/minimalnim elementom similarnosti roditeljstvu, doživi tranziciju u bračni status, u pravni kapacitet bračnika.

Opšte odredbe o starateljstvu daju i posebne razloge neharmoničnosti statusa bračnika i staraoca. Recimo, odredba (čl. 189 st. 2 PZCG; čl. 126 st. 2 PZS) da se za staraoca prvenstveno postavlja supružnik ili srodnik (ako je srodstvo pravno relevantno) govori o nespojivosti ove dve funkcije/statusa.

Posebni vidovi starateljstva daju i posebna obrazloženja postojanju ove bračne smetnje. Recimo, starateljstvo o maloletnom štićeniku, detetu bez roditeljskog staranja ukazuje na maloletstvo kao bračnu smetnju, dok starateljstvo o punoletnom štićeniku (čl. 124 PZS) ukazuje na poslovnu nesposobnost koja sprečava zaključenje braka. Kod tzv. starateljstva za posebne slučajeve (čl. 132) samorazumljivost starateljstva kao bračne smetnje nema tako jako dejstvo (npr. kod starateljstva nepoznatom vlasniku ili licu nepoznatog boravišta) ili nema nikakvog dejstva (kod lica stranog državljanstva). Pravno *manifejstvo* statusa bračnika i statusa staraoca, nespojivost ovih statusa, razumljivo je i sa aspekta smisla postojanja staraoca, odnosno njegovog cilja delanja: staralac ima obavezu da se stara o ličnosti štićenika (recimo, staralac mora da čuva, podiže, vaspitava maloletnog štićenika — što nije potrebno/prikladno u bračnoj relaciji) ili da se stara o zastupanju štićenika „jednako kao što roditelj zastupa dete“.<sup>40</sup>

Konstatujemo jednu zanimljivost. Moguće je da lica koja su u relaciji starateljstva, ipak, ostvare svoj „lirske naum“ i zaključe brak. Lica koja su u ovoj relaciji mogu u dogovoru da ishoduju prestanak starateljstva koristeći čl. 133 st. 1 PZS i čl. 215 PZCG: odmah se razrešava dužnosti staraoca lice koje loše obavlja svoju dužnost (zloupotrebljava, zanemaruje ili ne vrši svoju dužnost). Dakle, rđavošću, neplemenitošću do (bračnih) prava. Može i na primereniji način: ako staralac zatraži da bude razrešen dužnosti.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> O mogućnostima imovinskih zloupotreba staraoca, vid. Marko Mladenović, Slobodan Panov, Porodično pravo, Beograd 2003, 146.

<sup>40</sup> Tako veli čl. 137 st. 3 PZS.

<sup>41</sup> Prema čl. 215 PZCG, rok za odluku centra za socijalni rad je tri meseca od datuma podnošenja ovog zahteva, a prema čl. 133 st. 3 PZS rok je 60 dana.

## *Literatura*

1. Alinčić, M. *et al.*, Obiteljsko pravo, Zagreb 2001.
2. Antić, O., Nasledno pravo, dvanaesto izdanje, Beograd, 2014.
3. Antić, O., Obligaciono pravo, Beograd, 2008.
4. Bromley, P. M., Family Law, London 1971.
5. Hale, B. *et al.*, The Family, Law & Society, cases & materials, Oxford New York 2009.
6. Hamilton, C. and Standley, K., Family Law in England and Wales, in: Family Law in Europe, edited by C. Hamilton and K. Standley, London, Dublin, Edinburgh, 1995.
7. Janjić Komar, M., Korać, R., Ponjavić, Z., Porodično pravo, Beograd 1999.
8. Mladenović, M., Porodično pravo — knjiga I, Beograd 1981.
9. Mladenović, M., Panov, S., Porodično pravo, Beograd 2003.
10. Муратова, С. А., Семейное право, Москва, 2009.
11. Нечаева, А. М., Семейное право, Российская академия наук, Москва 2010.
12. Panov I. S., Porodično pravo, deseto izdanje, Beograd 2019.
13. Panov I. S., Razvod braka: pravno-sociološki profil u Evropi i Srbiji, Identitetски preobražaj Srbije, kolektivna monografija, ured. R. Vasić, B. Čučković, Beograd 2018.
14. Panov, I. S., Duhovni i svetovni brak u Srbiji, Beograd 2013.
15. Stanković, O., Miodrag Orlić, Stvarno pravo, Beograd 1982,
16. Sveti Jovan Lestvičnik, Lestvica, Hilandar, Sveta Gora Atonska, 2003.
17. Sveti vladika Nikolaj, Kasijana-nauka o hrišćanskom poimanju ljubavi, Kragujevac, 2001,
18. Zupančič, K., *et al.*, Reforma družinskoga prava, Ljubljana 2005.

Slobodan Panov, PhD

### FAMILY LAWS OF MONTENEGRO AND SERBIA: DRAWING COMPARATIVE ANALYSIS

In this paper, the author makes a comparative analysis of the Family Law of Montenegro and the Family Law of Serbia. The first part of this complex comparison analyzes the similarities and differences in the sphere of marriage, ie. in the sphere of conditions for the legal perfection of marriage.

*Key words:* Montenegro, Serbia: Family Law, Comparison, Marriage

# Kodificiranost građanskog prava u Jugoistočnoj Evropi Pouke za Crnu Goru

Polazeći od činjenice da su u najnovije vrijeme otpočele pripremne radnje za kodifikaciju građanskog prava u Crnoj Gori, sadržaj planirane analize jest pregled stanja kodificiranosti građanskog prava u državama Jugoistočne Europe kao neposrednom okruženju Crne Gore.

Analiza će obuhvatiti pet država sa kojima se danas graniči Crna Gora (Bosna i Hercegovina, Srbija, Albanija, Kosovo, Hrvatska), kao i dvije preostale postjugoslavenske države sa kojima je Crna Gora tijekom prošlog stoljeća dugo vremena bila u istoj državnoj zajednici (Slovenija, Makedonija), te stoga dijelila vrlo slično pravno iskustvo.

U predviđenoj analizi prikazat će se ukratko pravne tradicije koje su presudno utjecale na pravne sisteme navedenih država u njihovim sadašnjim granicama, potom građanske kodifikacije ili građansko zakonodavstvo koje je u njima bilo na snazi tijekom dvadesetog stoljeća, dok će središnja tema biti stanje kodificiranosti građanskog prava u svakoj pojedinoj od navedenih zemalja u današnje vrijeme.

Cilj predložene analize jest pružiti crnogorskim kodifikatorima prikaz dragocjenih iskustava iz navedenih obližnjih država u rasponu od najboljih praksi u navedenom aspektu, pa sve do opisa najvažnijih faktora koji imaju negativan utjecaj na kodifikatorske pothvate. Pri tome će se obraditi različita relevantna pitanja poput odnosa pravnih tradicija, postojećeg zakonodavstva i kodifikacijskih nastojanja, pitanja spremnosti nacionalne pravne profesije za donošenje kodifikacije građanskog prava, pitanja sudjelovanja stranih eksperata u kodifikatorskim pothvatum, pitanja pozitivnog i/ili negativnog utjecaja političkog okruženja i javne sfere općenito na građansku kodifikaciju itd.

*Ključne riječi:* kodifikacija, pravne tradicije, građansko pravo, Jugoistočna Europa, Crna Gora

## 1. Uvodne napomene

Polazeći od činjenice da su u najnovije vrijeme otpočele pripremne radnje za kodifikaciju građanskog prava u Crnoj Gori, sadržaj planirane analize jest pregled stanja kodificiranosti građanskog prava u državama Jugoistočne Europe kao neposrednom okruženju Crne Gore<sup>1</sup>.

<sup>\*</sup> Dr. sc. Marko Petrak, dipl. iur., univ. bacc. phil., Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, redoviti profesor, predstojnik Katedre za rimsко pravo, e-mail: marko.petrak@pravo.hr.

<sup>1</sup> Navedeno istraživanje, izloženo u okviru konferencije Kodifikacija građanskog prava u Crnoj Gori, koja je održana 29. 3. 2017. u Podgorici, omogućili su The AIRE Centre (Advice on Individual Rights in Europe) te Ministarstvo pravde

Analiza će obuhvatiti pet država sa kojima se danas graniči Crna Gora (Bosna i Hercegovina, Srbija, Albanija, Kosovo, Hrvatska), kao i dvije preostale postjugoslavenske države sa kojima je Crna Gora tijekom prošlog stoljeća dugo vremena bila u istoj državnoj zajednici (Slovenija, Makedonija), te stoga dijelila vrlo slično pravno iskustvo.

U predviđenoj analizi prikazat će se ukratko pravne tradicije koje su presudno utjecale na pravne sisteme navedenih država u njihovim sadašnjim granicama, potom građanske kodifikacije ili građansko zakonodavstvo koje je u njima bilo na snazi tijekom dvadesetog stoljeća, dok će središnja tema biti stanje kodificiranosti građanskog prava u svakoj pojedinoj od navedenih zemalja u današnje vrijeme.

U tom smislu, navedene države mogu se podijeliti u tri skupine: 1) države u kojima je provedena kodifikacija građanskog prava (Albanija); 2) države u kojima je u tijeku pothvat kodifikacije građanskog prava (Srbija, Makedonija, Kosovo); 3) države u kojima trenutno ne postoje izražene inicijative za kodifikacijom građanskog prava (Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Slovenija).

Cilj predložene analize jest pružiti crnogorskim kodifikatorima prikaz dragocjenih iskustava iz navedenih obližnjih država u rasponu od najboljih praksi u navedenom aspektu, pa sve do opisa najvažnijih faktora koji imaju negativan utjecaj na kodifikatorske pothvate. Pri tome će se obraditi različita relevantna pitanja poput odnosa pravnih tradicija, postojećeg zakonodavstva i kodifikacijskih nastojanja, pitanja spremnosti nacionalne pravne profesije za donošenje kodifikacije građanskog prava, pitanja sudjelovanja stranih eksperata u kodifikatorskim pothvatima, pitanja pozitivnog i/ili negativnog utjecaja političkog okruženja i javne sfere općenito na građansku kodifikaciju itd.

Prednosti kodificiranog građanskog prava u određenoj državi su evidentne. Gledano unutar pravnog sistema, građanski zakonik je središte privatnopravnog poretku u određenoj državi na kojeg se nadovezuju sva posebna privatnopravna uređenja. Kao središte cjelokupnog privatnog prava, svaki građanski zakonik treba pretendirati na načelnu potpunost, sistematičnost, te stabilnost svojih normi. Navedene karakteristike građanskih kodifikacija trebale bi u znatnoj mjeri omogućiti ostvarenje pravne sigurnosti kao iznimno važnog aspekta temeljne vrijednosti suvremenih pravnih sistema: vladavine prava. Gledano s aspekta svrhovitosti pravnog sistema pak, građanski zakonici bi trebali pospješiti funkcioniranje tržišnog gospodarstva u određenoj zemlji, ključno doprinijeti ostvarenju pojedinih temeljnih prava i sloboda građana i njihove pravne jednakosti, te konačno — u optimalnom slučaju — postati bitnom odrednicom identiteta određene države<sup>2</sup>.

---

Crne Gore. Autor posebice zahvaljuje gospodri Biljani Braithwaite, menadžerki Programa za Zapadni Balkan AIRE centra, te gospodinu mr Zoranu Pažinu, potpredsjedniku Vlade i ministru pravde Crne Gore, na svesrdnoj potpori prilikom provedbe istraživanja.

<sup>2</sup> Općenito o konceptu kodifikacije, njenom historijskom razvoju i suvremenom značenju v. npr. F. Wieacker, "Aufstieg, Blüte und Krise der Kodifikationsidee",

## 2. Pravne tradicije u Jugoistočnoj Europi

Pravni sistem po svojoj naravi teži određenoj stalnosti pravnih normi i ostalih pravnih fenomena. Na toj se stalnosti zasniva pravni kontinuitet kao temelj jedne od stožernih vrednota pravnog sistema: pravne sigurnosti. Dugotrajni pravni kontinuitet stvara pravnu tradiciju. Pojedine velike svjetske pravne tradicije stare su tisućjećima, te s nesmanjenom vitalnošću traju i danas, razvijajući svoju vlastitost u skladu s potrebama vremena. Štoviše, pojedini suvremenii pravni sistemi uzdižu pravnu tradiciju na razinu formalnog izvora prava. U pogledu naše teme, treba posebno istaknuti da kodifikacije ne nastaju i razvijaju se u zrakopraznom prostoru, već se ti procesi odvijaju u okvirima određene prethodno postojeće pravne tradicije<sup>3</sup>.

U kontekstu Jugoistočne Europe pak, najvažnija takva tradicija jest nedvojbeno rimska pravna tradicija, koja — posebice u području privatnog prava — traje u svojim različitim oblicima već više od dva i po tisućjeća. Najvažniji izdanak rimske pravne tradicije, kako s aspekta kodificiranja građanskog prava, tako i današnjeg procesa stvaranja jedinstvenog europskog pravnog prostora, jest nedvojbeno *ius commune* — opće pravo. Kako je poznato, pojam *ius commune* označava pravni sistem koji je vrijedio u gotovo čitavoj Europi u srednjovjekovnom i ranom novovjekovnom razdoblju. Taj je sistem oblikovan recepcijom rimskog prava, tj. procesom postupnog preuzimanja pravila rimskog prava sadržanog u Justinianovoj kodifikaciji (*Corpus iuris civilis*) kao pozitivnog prava, uz prilagodbu tih pravila potrebama života i pravne prakse navednih razdoblja, te njihovog povezivanja s pojedinim elementima kanonskog prava i običajnih prava. *Ius commune* jest kao zapadni izdanak rimske pravne tradicije posebno obilježio i pravni razvoj Jugoistočne Europe, osobito na prostoru današnje Hrvatske i Slovenije, ali i pravni razvoj na cjelokupnom jadranskom prostoru koji se pored primorskih područja navedenih

---

Festschrift für Gustav Boehmer, Bonn, 1954, 34 i dalje; R. Zimmermann, Codification: History and Present Significance of an Idea, *European Review of Private Law* 3/1995, 95 i dalje; R. Zimmermann, Codification: The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law, *European Review of Contract Law* 8/2012, 367 i dalje; C. J. H. Jansen, A European Civil Code and National Private Law: Lessons from History, *European Review of Private Law*, 3–4/2016, 473 i dalje, svi sa uputama na brojnu daljnju literaturu o navedenoj problematici.

<sup>3</sup> U tom su smislu i danas poučne nadasve primjerene i mudre riječi Bernharda Windscheida (1817–1892), jednog od najvećih znanstvenika rimskog prava i građanskog prava u 19. stoljeću, koji je imao i iznimno značajnu ulogu u procesu kodifikacije njemačkog građanskog prava: "Als historische Juristen wissen wir, daß das Gesetzbuch nichts sein wird, als ein Punkt in der Entwicklung, faßbarer gewiß als die Wasserwelle im Strome, aber doch nur eine Welle im Strome"; cit. B. Windscheid, "Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft", in: idem, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, (ed. P. Oertmann), Leipzig, 1904, 75 i dalje.

dvaju država, odnosi i na stare priobalne gradove u današnjoj Crnoj Gori, te Sjevernoj Albaniji<sup>4</sup>.

Pored općeg prava (*ius commune*) kao zapadne grane rimske pravne tradicije, bizantsko pravo kao pravo „drugog i novog Rima“ (Konstantinopol, Carigrad), predstavljalo je stoljećima istočnu granu rimske pravne tradicije. Osnova bizantskog pravnoga sistema bila je također Justinijanova kodifikacija. Bizantski su vladari svojim potonjim zakonodavstvom preradili i dopunili pravna pravila Justinijanove kodifikacije, slijedeći različite kulturne, društvene i gospodarske promjene tijekom srednjeg vijeka, no ipak je utjecaj rimske pravne tradicije na pravni sistem Bizantskoga Carstva bio odlučujući za cijeloga trajanja države. Zbog toga se bizantsko pravo često naziva i rimsко-grčkim pravom (*ius graeco-romanum*), a njegov utjecaj na pravne kulture Balkana, Istočne Europe te pojedinih sredozemnih i maloazijskih prostora imao je stoljećima nadasve relevantno značenje<sup>5</sup>. Na područjima Jugoistočne Europe, utjecaj bizantske pravne tradicije posebno je bio jak na području današnje Srbije, Makedonije, Crne Gore, Kosova, te u gradovima jadranskog priobalja<sup>6</sup>.

U većini današnjih država Jugoistočne Europe, od kraja 14. stoljeća nadalje, znatan utjecaj izvršila je još jedna velika svjetska pravna tradicija: islamska pravna tradicija. Navedena tradicija ukorijenjena je u Jugoistočnoj Europi zahvaljujući dugostoljetnoj vladavini Osmanskog carstva. U svojoj osmanskoj grani, islamska pravna tradicija bila je utemeljena na šerijatu kao islamskom religijskom pravu, te na kanunima kao osmanskom državnom pravu. Utjecaj navedene tradicije bio je posebno intenzivan na širokim područjima današnje Bosne i Hercegovine, Srbije, Albanije, Kosova, Makedonije i Crne Gore<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Općenito o *ius commune* kao pravnom sistemu v. npr. F. Calasso, *Introduzione al diritto commune*, Milano, 1970; H. Coing, *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft*, Wiesbaden, 1968; M. Bellomo, *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1998; R. Van Caenegem, *European Law in the Past and the Future*, Cambridge, 2002; o utjecaju navedenog sistema u kontekstu Jugoistočne Europe, osobito u pogledu Hrvatske, v. ukratko Petrak, *Rimska pravna tradicija i hrvatska pravna kultura*, Zagreb, 2015, 10 i dalje, s uputama na daljnju literaturu u bilješkama.

<sup>5</sup> Znanstvena literatura o bizantskom pravu je vrlo opsežna. Stoga, ovom prilikom upućujemo samo na izvrsnu sintezu koju je recentno pružio B. Stolte, "The Law of New Rome: Byzantine Law", *The Cambridge Companion to Roman Law* (ed. D. Johnston), Cambridge/New York, 2015, 355 i dalje, s uputama na daljnju relevantnu literaturu.

<sup>6</sup> Vidi npr. S. Šarkić, Uticaj vizantijskog prava na srednjovekovno srpsko pravo, *Slovène. International Journal of Slavic Studies*, 2/2015, 106 i dalje (za Srbiju); M. Petrak, *Liber sclavorum qui dicitur Methodius*. O najstarijoj bizantsko-slavenskoj pravnoj zbirci u Duklji, *Glasnik Odjeljenja humanističkih nauka CANU*, 4/2018, 111 i dalje (početno istraživanje za područje Crne Gore); L. Margetić, "Il sistema giuridico delle città nelle province bizantine con speciale riguardo alla costa orientale adriatica (Dalmazia e Istria)", *Akten XVI Internationaler Byzantinistenkongress*, III/2, Wien 1981, 391 i dalje (za Dalmaciju i Istru).

<sup>7</sup> O utjecaju islamske pravne tradicije na navedenim područjima v. npr. F. Karčić, *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, Sarajevo, 2011, 115 i dalje, s uputama

Konačno, na prostorima Jugoistočne Europe oduvijek je bio intenzivan utjecaj običajnog prava. Primjerice, brojni planinski krajevi u Crnoj Gori, Kosovu i Albaniji nisu *de facto* nikada potpali pod osmansku vlast. U navedenim krajevima primjenjivalo se običajno pravo, a sudska vlast su vršili plemenski glavari<sup>8</sup>. U tom smislu je posebice bio značajan *Kanun Leke Dukadina*, zbirka albanskog običajnog prava iz 15. stoljeća, čije značenje u Albaniji i Kosovu nije prestalo sasvim niti danas, štoviše, u postkomunističkom razdoblju njegova se važnost povećala u relevantnoj mjeri<sup>9</sup>.

Nakon navedenog, sasvim kratkog pregleda pravnih tradicija u Jugoistočnoj Europi, a obzirom na temeljnu svrhu ove analize, treba odmah istaknuti da nisu sve navedene tradicije u jednoj etapi svog razvoja prihvatile kodifikatorske modele. Kako je opće poznato, u navedenom je smislu najznačajnija zapadna grana rimske pravne tradicije — *ius commune*. Premda je *ius commune*, nakon stoljeća kontinuirana važenja, donošenjem modernih građanskih zakonika u 19. i 20. stoljeću prestalo biti formalnim izvorom prava u većini europskih država, navedeni zakonici su, u svojoj biti, zapravo predstavljali različite kodifikacije recipiranog rimskog prava, tj. nacionalne varijacije jedne te iste europske teme. Time je zapadna rimska pravna tradicija sa njome pripadnim načelima, institutima i rješenjima nastavila u tim kodificiranim oblicima presudno djelovati na svekoliki europski pravni razvoj, uključujući i Jugoistočnu Europu, do današnjih dana, uspješno se odupirući različitim revolucionarnim pokušajima raskida sa postojećim pravnim kontinuitetom<sup>10</sup>.

Tome nasuprot, istočna grana rimske pravne tradicije, bizantsko pravo, nije slijedila u moderno doba kodifikatorsku ideju. Stoga su zemlje u kojima je nekoć dominirala bizantska pravna tradicija, jedna za drugom, tijekom 19. i 20. stoljeća preuzele zapadne kodifikacijske modele (npr. Srbija, Rumunjska, Grčka, pa i Rusija)<sup>11</sup>.

---

na daljnju literaturu; cf. i E. Durmišević, *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u prvoj polovini XX stoljeća*, Sarajevo, 2008.

<sup>8</sup> V. npr. V. Bogišić, *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji* (ed. T. Nikčević, koji je napisao i važan predgovor s uputama na daljnju literaturu), Podgorica, 1984; cf. i P. Stojanović, Međusobni odnosi i međuuticaji zakonskih propisa i običajnog prava u Crnoj Gori, *Istorijski zapisi*, 1–2/1972, 5 i dalje.

<sup>9</sup> O značenju tog *Kanuna* v. npr. S. Popović, „Kanon Leke Dukadinija (porijeklo, razvoj i karakteristike)“, *Kanon Leke Dukadinija* (ed. D. Vukčević), Podgorica, 2011, 7 i dalje.

<sup>10</sup> O navedenoj problematici v. npr. R. Zimmermann, “The Civil Law in European Codes”, *Regional Private Laws and Codification in Europe* (eds. H. L. MacQueen, A. Vaquer Aloy, S. Espiau Espiau), Cambridge, 2003, 18 i dalje.

<sup>11</sup> O navedenom postupnom preuzimanju zapadnih pravnih paradigm, uključujući i kodifikatorsku ideju, na prostorima Jugoistočne Europe te posljedičnom napuštanju do tada vladajućih drugih pravnih tradicija, v. npr. M. Stoleis (ed.), *Konflikt und Koexistenz. Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert. Bd. 1: Rumänien, Bulgarien, Griechenland*, Frankfurt am Main, 2015; T. Simon (ed.), *Konflikt und Koexistenz. Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert. Bd. 2: Serbien, Bosnien-Herzegowina, Albanien*, Frankfurt am Main, 2015; cf. i relevantnu uvodnu studiju o navedenoj

Nadalje, treba istaknuti da je za razliku od bizantske pravne kulture, islamska pravna tradicija u svojoj osmanskoj grani tijekom posljednje trećine 19. stoljeća prihvatile ideju kodifikacije kao oblik osvremenjivanja prava. Tako je između 1869. i 1876. stvorena kodifikacija pod naslovom *Mecelle-i abkjām-i adliyye* (Zbornik pravednih propisa), poznatija pod skraćenim imenom *Medžella*. Medžella kao osmanski građanski zakonik predstavljala je u svojoj biti kodifikaciju šerijatskog imovinskog prava, prožetu, međutim, i određenim utjecajima europskih građanskih kodifikacija, prije svega francuskog *Code Civil-a*<sup>12</sup>.

Konačno, običajnopravne tradicije u Jugoistočnoj Evropi u pravilu nisu preuzele kodifikacijsku ideju. Važan izuzetak u navedenom smislu jest *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru* iz 1888. godine (dalje u tekstu: OIZ), djelo slavnog historičara slavenskih prava Balda Bogišića (1834–1908), koji sadrži među svojim odredbama i znatan broj instituta starog crnogorskog običajnog prava. O navedenom zakoniku, najvažnijem originalnom pravnom ostvarenju uopće s područja Jugoistočne Europe, biti će još riječi dalje u tekstu.

### 3. Građanske kodifikacije i Jugoistočna Europa

U sljedećem dijelu ovog rada, polazeći od upravo ocrтаног konteksta pravnih tradicija, dati će se kratki pregled građanskih kodifikacija koje su vrijedile na području Jugoistočne Europe. Navedeni pregled nema tek historijskopravni karakter. Naime, pojedine kodifikacije koje će se ukratko prikazati, premda imaju starost veću od 200 godina (npr. francuski *Code Civil* ili austrijski *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch — ABGB*) i danas su na snazi u svojim matičnim državama te često predstavljaju inspiraciju ili model za nove zakonodavne pothvate.

#### *Code Civil*

Najstariji građanski zakonik koji je važio na teritoriju Jugoistočne Europe jest francuski *Code Civil*. Kako je opće poznato, Napoleonov *Code Civil* je u svjetskim razmjerima najvažnija i najutjecajnija privatnopravna kodifikacija. Nastao pod budnim okom samog Napoleona, navedeni zakonik stupio je na snagu 1804. g. — kao prva od pet znamenitih Napoleonovih kodifikacija (*Code de procédure*

---

problematici koje je autor F. Karčić, Uloga kodifikacije u transformaciji pravnih sistema Jugoistočne Evrope u postosmanskom periodu, *Anal Gazi Husrev-be-gove biblioteke*, 32/2011, 135 i dalje.

<sup>12</sup> Općenito o Medželli kao kodifikaciji, njenom značenju i obilježjima te primjeni (posebice u Bosni i Hercegovini), v. npr. M. Bećić, Primjena Medželle u postosmanskoj Bosni i Hercegovini, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 57/2014, 51 i dalje, s uputama na daljnje izvore i literaturu.

*civile, Code de commerce, Code pénal, Code d'instruction criminelle*) kojima su cjelovito i sistemski regulirane najvažnije pravne grane — te je ostao temeljan izvor francuskog privatnog prava, uz brojne izmjene i dopune, sve do dana današnjeg<sup>13</sup>. Ne upuštajući se detaljnije u okolnosti nastanka *Code Civil*-a, o čemu postoji opsežna literatura, sasvim ćemo ukratko izložiti temeljna obilježja te privatnopravne kodifikacije. U tom kontekstu treba, prije svega, napomenuti da je već samim donošenjem *Code Civil*-a izvršena potpuna *unifikacija* građanskog prava u Francuskoj, čime su okončani stoljetni pravni partikularizmi, ponajprije izraženi u opreci između južnofrancuskih zemalja u kojima je važio *droit écrit* (pisano, tj. rimske pravne tradicije), te sjevernofrancuskih zemalja u kojima je važio *droit coutumier* (običajno pravo) kao regionalno običajno pravo izvedeno iz germanskih, posebice franačkih običaja<sup>14</sup>. Shodno tome, budući da je najveći dio odredbi *Code Civil*-a preuzet iz općeg prava (*ius commune*), zapadna grana rimske pravne tradicije s njom pripadnim pravnim načelima, institutima i konkretnim pravnim rješenjima po prvi je puta postala sasvim dominantna privatnopravna paradigma u Francuskoj, definitivno nadvladavši širok spektar do tada važećih lokalnih i običajnih pravnih tradicija<sup>15</sup>. U kontekstu rimskih temelja *Code Civil*-a, nužno je istaći i da je sama sistematika Napoleonove kodifikacije bila izgrađena na rimskom institucijskom sistemu kao triparticiji temeljnih pravnih kategorija (*personae, res, actiones*)<sup>16</sup>. Konačno, odredbe *Code Civil*-a intenzivno su prožete idejom prava i sloboda građana — koje su u sferi privatnog prava ponajprije utemeljene na romanističkim načelima privatnog vlasništva, slobode ugovaranja i slobode oporučnog raspolaaganja — što znači da je njihova primjena u pravnoj praksi neizbjegno rezultirala individualizacijom i modernizacijom cjelokupnog

<sup>13</sup> O postanku, sadržaju, te utjecaju *Code Civil*-a na sveopći daljnji razvitak građanskog prava u svijetu, kao i o stožernom značenju te kodifikacije za suvremeni francuski pravni sistem v. npr. G. Rehm, "Code Civil", *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (eds. J. Basedow et al.), vol. I., Oxford, 2012, 200 i dalje., s uputama na daljnju relevantnu literaturu.

<sup>14</sup> Cf. P. Stein, *Rimsko pravo i Europa. Povijest jedne pravne kulture*, Zagreb, 2007, 90 i dalje, 127 i dalje.; H. Coing, *Europäisches Privatrecht, Band II: 19. Jahrhundert, Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinschaftlichen Ländern*, München, 1989, 12 i dalje; Rehm, op. cit., 201.

<sup>15</sup> O općem pravu (*ius commune*) i njegovoj doktrini u Francuskoj (npr. Domat, Pothier) kao najvažnijem temelju *Code Civil*-a v. izvrstan rad kojeg je autor J. Gordley, *Myths of the French Civil Code, The American Journal of Comparative Law*, 42/1994, 459 i dalje.

<sup>16</sup> Institucijski sistem potječe od klasičnog rimskog pravnika Gaja (*Gaius*); cf. Gai. Inst. 1.8: *Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*; o institucijskom sistemu i njegovim duhovno-historijskim korijenima v. npr. F. Wieacker, *Griechische Wurzeln des Institutionensystems, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, 70/1953, 93 i dalje, s uputama na daljnju literaturu; o utjecaju institucijskog sistema na sistematiku *Code Civil*-a v. ukratko Coing, op. cit., 12 i dalje.

privatnopravnog života u suprotnosti sa do tada postojećim različitim kolektivitetnim i tradicionalnim pravnim strukturama<sup>17</sup>.

Zahvaljujući navedenim obilježjima, *Code Civil* je izvršio presudan utjecaj na privatnopravne sisteme brojnih europskih država u protekla dva stoljeća: Belgije, Luksemburga, Nizozemske, Italije, Portugala, Španjolske, Poljske, Rumunjske i dr. Također, u mnogo-brojnim izvaneuropskim zemljama (npr. Louisiana, Quebec, Brazil, Čile, Venecuela, Urugvaj, Argentina, Haiti, Libanon, Iran, Egipat, frankofone afričke države), *Code Civil* je imao ulogu neupitnog uzora pri nastanku njihovog građanskopravnog zakonodavstva<sup>18</sup>.

Trijumfalni pohod *Code Civil*-a otpočeo je po europskom kontinentu već za vrijeme Napoleona u svim onim zemljama koje su potpale pod francusku vlast. Budući da je Napoleonova vladavina bila uspostavljena i u pojedinim dijelovima Jugoistočne Europe (1805–1814), postavlja se pitanje kakva je bila sADBINA te znamenite kodifikacije na navedenom području. Novoosvojena područja u Jugoistočnoj Europi Napoleon je 1809. g. ujedinio u državnoj strukturi nazvanoj Ilirske pokrajine (*Les provinces illyriennes*). Navedene pokrajine obuhvaćale su i relevantne dijelove današnje Slovenije (Koruška, Kranjska), Hrvatske (Istra, civilna i vojna Hrvatska, Dalmacija, Dubrovnik) i Crne Gore (Boka Kotorska s Budvom i Paštrovićima). Konačno uređenje Ilirskih pokrajina Napoleon je izvršio Dekretom o ustroju Ilirije (*Décret imperial sur l'organisation de l'Illyrie*), koji je stupio na snagu 1. siječnja 1812. g. Tim je dekretom predviđena primjena navedenih velikih Napoleonovih kodifikacija, počev od *Code Civil*-a na navedenim područjima, s ciljem okončavanja pravnog partikularizma. Premda je u djelovima Istre, Dalmaciji i Boki Kotorskoj (s Budvom i Paštrovićima) *Code Civil* uveden već 1806, bilo je određeno da se njegove obiteljskopravne i naslijednopravne norme neće primjenjivati, čime je u određenoj mjeri već na početku umanjen reformski potencijal te kodifikacije, odnosno, spriječena mogućnost njegova prekomjernog zadiranja u postojeću socijalnu strukturu. Međutim, od početka 1812, navedena se kodifikacija primjenjivala u cijelosti<sup>19</sup>.

Trajanje *Code Civil*-a kao izvora pozitivnog prava u krajevinama Jugoistočne Europe nije bilo dugog vijeka. Nakon prestanka francuske uprave (1813–1814. g.) te ponovne uspostave habsburške vlasti, *Code Civil* je u svim navedenim krajevinama uskoro zamijenjen drugom velikom europskom kodifikacijom, austrijskim Općim građanskim

<sup>17</sup> O navedenim načelima kao temeljnim obilježjima *Code Civila*-a, v. npr. Coing, op. cit., 12 i dalje.; Rehm, op. cit., 202 i dalje.

<sup>18</sup> O temeljnomy utjecaju *Code Civil*-a kao kodifikacijskog modela na građanskopravne sisteme europskih i izvaneuropskih zemalja v. npr. Coing, op. cit., 13 i dalje; Rehm, op. cit., 204.

<sup>19</sup> Detaljno o uvođenju *Code Civil*-a u Istru, Dalmaciju i Boku Kotorsku (s Budvom i Paštrovićima) te potom u novonastale Ilirske pokrajine (*Les provinces illyriennes*) u historijskom kontekstu Napoleonovih osvajanja, v. M. Petrak, „*Code Civil* i hrvatska pravna kultura”, *Hrvati i Ilirske pokrajine (1809–1813)* (ed. F. Šanjek), Zagreb, 455 i dalje, s uputama na izvore i daljnju literaturu.

zakonikom (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*). Bez obzira na kratkotrajnost važenja *Code Civil*-a u Jugoistočnoj Europi, mogu se izvesti određeni zaključci o značenju i utjecaju *Code Civil*-a na navedenom europskom području u 19. stoljeću, čije je značenje i danas relevantno. Prije svega, navedenom Napoleonovom kodifikacijom, premda kratkotrajno, izvršena je po prvi puta unifikacija građanskopravnih izvora na svim spomenutim područjima Jugoistočne Europe, čime se pokušao prevladati dotadašnji privatnopravni partikularizam. Nадаље, upravo posredstvom *Code Civil*-a, rimska pravna tradicija po prvi je puta u historiji bila u poziciji postati dominantna privatnopravna paradigma na tlu navedenih područja Jugoistočne Europe, odmjenjujući do tada postojeće lokalne i običajne pravne tradicije. Povrh toga, zahvaljujući *Code Civil*-u sa njegovom individualističkom antropologijom utemeljenoj na romanističkim načelima privatnog vlasništva, slobode ugovaranja i slobode oporučnog raspolaganja, izvršen je prvi značajan iskorak k modernizaciji privatnopravnog života u Jugoistočnoj Europi. Konačno, kratkotrajna primjena *Code Civil*-a — u nepredvidivoj historijskoj dijalektici — nedvojbeno je u značajnoj mjeri pripremila tlo za potonje znatno lakše uvođenje Općeg građanskog zakonika u spomenutim krajevima, budući da je ta austrijska kodifikacija na analogan način intenzivno provodila unifikaciju, romanizaciju i modernizaciju pravnog života<sup>20</sup>. Obzirom da su, u pravilu, sve kodifikacije nastale u okvirima zapadne grane rimske pravne tradicije provodile na podudaran način unifikaciju, individualizaciju i modernizaciju pravnih sistema, te da je francuski *Code Civil* bila nesumnjivo najznačajnija od njih, opisana obilježja te kodifikacije vrijede u velikoj mjeri i za sve potonje građanske zakonike te ih je stoga na ovom mjestu bilo nužno nešto šire raščlaniti. Konačno, slavna francuska kodifikacija i na njoj sazdana pravna doktrina izvršila je i relevantan utjecaj na postojeće zakonodavstvo, posebno u sferi obligacijskog prava, u gotovo svim uvodno spomenutim zemljama Jugoistočne Europe, te stoga francuska pravna kultura nedvojbeno predstavlja jedan od važnih temelja građanskog prava u Jugoistočnoj Europi i u 21. stoljeću<sup>21</sup>.

### *Opći građanski zakonik (OGZ)*

Kako je već istaknuto, na mjesto francuskog *Code Civil*-a stupila je na snagu na opisanim područjima Jugoistočne Europe (današnja Slovenija, relevantni dijelovi Hrvatske, Boka Kotorska s Budvom i Paštrovićima) tijekom sljedećih nekoliko godina (1814–1820) sljedeća

<sup>20</sup> O navedenom značenju *Code Civil*-a i njegovih obilježja za potonju pravnu historiju Jugoistočne Europe, v. Petrac, op. cit., 461 i dalje.

<sup>21</sup> O utjecaju francuske privatnopravne kulture — utemeljene na *Code Civil*-u i potonjoj francuskoj pravnoj doktrini — na uređenje današnjeg obligacijskog prava u Jugoistočnoj Europi, posebice u postjugoslavenskim državama, v. Petrac, op. cit., 462 i dalje, s uputama na izvore i daljnju literaturu.

znamenita europska građanska kodifikacija: austrijski *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* — Opći građanski zakonik (ABGB/OGZ). Time je započeo presudan utjecaj te građanske kodifikacije na građanskopravne sisteme u Jugoistočnoj Europi koji traje do danas, tj. već gotovo preko dva stoljeća<sup>22</sup>.

Dubok utjecaj rimskopravne tradicije na OGZ vidljiv je već na prvi pogled iz njegova institucijskog sistema kao triparticije temeljnih pravnih kategorija (*personae, res, actiones*). Osim toga, velik broj instituta i mnogi pojedinačni paragrafi ovog Zakonika posvema počinjavaju na klasičnim rimskim rješenjima. Stoga su mnoga pravna načela, instituti i rješenja pripadna rimskoj pravnoj tradiciji upravo posredstvom OGZ-a prvi put recipirana na području Jugoistočne Europe. U tom kontekstu ponajprije treba istaknuti romanistička načela privatnog vlasništva, slobode ugovaranja i slobode oporučnog raspolaganja, čija je primjena u pravnoj praksi neizbjegno rezultirala individualizacijom i modernizacijom cjelokupnog građanskopravnog života, u suprotnosti s do tada postojećim različitim pravnim strukturama utemeljenim na tradicionalnim kolektivitetima, u rasponu od obitelji, preko kućnih zadruga do plemenskih zajednica<sup>23</sup>.

Polovinom 19. stoljeća (1853), važenje OGZ-a protegnuto je na sve hrvatske zemlje. Nakon Berlinskog kongresa 1878., taj je zakonik postao pravni izvor i u onim dijelovima današnjeg crnogorskog primorja, sve do pred sam grad Bar, koji su tada pridodani habsburškoj Kraljevini Dalmaciji (općina Spič, tj. Sutomore). Također, nakon austrijskog zauzimanja Bosne i Hercegovine iste te godine, OGZ postupno postaje relevantan izvor prava na tom području, posebice u sferi obligacijskog prava, te određenim aspektima stvarnog prava<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> O točnim datumima uvođenja ABGB-a/OGZ-a u pojedine krajeve Jugoistočne Europe v. detaljnije N. Gavella, Građansko pravo u Hrvatskoj i kontinentalnoeuropejski pravni krug — u povodu 140. godišnjice stupanja na snagu OGZ u Hrvatskoj, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 43/1993, 336 i dalje.

<sup>23</sup> O općim obilježjima OGZ-a v. detaljnije npr. Gavella, op. cit., 335 i dalje., s uputama na daljnju literaturu; posebno o rimskim temeljima OGZ-a v. I. Koschembahr-Lyskowski, "Zur Stellung des römischen Rechts im ABGB", *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, vol. I, Wien, 1911, 211 i dalje; A. Steinwenter, "Der Einfluss des römischen Rechtes auf die Kodifikation des bürgerlichen Rechtes im Österreich", *L'Europa e il diritto romano, Studi in memoria di P. Koschaker*, vol. I, Milano 1954, 405 i dalje; W. Ogris, "Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch", *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (eds. H. Coing, W. Wilhelm), Bd. I, Frankfurt am Main, 1974, 153 i dalje.

<sup>24</sup> O primjeni OGZ-a na području Bosne i Hercegovine u navedenom razdoblju, v. I. Pilar, "Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina unter besonderer Berücksichtigung der Immobilienrechtes", *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, vol. I, Wien, 1911, 703 i dalje; M. Bećić, Historijska i pravna osnovanost primjene Općeg građanskog zakonika u BiH nakon okupacije 1878. godine, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 54/2011, 63 i dalje, s uputama na daljnje izvore i literaturu.

Sve u svemu, do propasti Habsburške monarhije 1918. godine, OGZ se primjenjivao u gotovo svim krajevima današnje Slovenije, Hrvatske, te Bosne i Hercegovine, kao i na većem dijelu današnjeg primorskog područja Crne Gore.

Međutim, time nije rečeno sve o unifikacijskoj i integracijskoj funkciji ove značajne kodifikacije na prostorima Jugoistočne Europe u navedenom razdoblju. *Srpski građanski zakonik* (SGZ), donesen 1844. godine, predstavljao je u najvećoj mjeri — prema uvriježenom mišljenju — skraćenu adaptaciju OGZ-a, uz određena odstupanja u području obiteljskog i nasljednog prava, među kojima je najvažnija regulacija kućne zadruge kao predmoderne kolektivitetne strukture na temelju tada postojećih običajnopravnih normi. Posebno je važno istaknuti da je nakon balkanskih ratova (1912–1913), uslijed teritorijalnog proširenja tadašnje kraljevine Srbije, važenje SGZ-a prošireno i na područja današnje Makedonije, te većeg dijela današnjeg Kosova<sup>25</sup>.

Sve u svemu, u trenutku stvaranja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1918. godine, OGZ, odnosno njegova adaptacija u obliku SGZ-a, bili su na snazi na gotovo čitavom teritoriju novonastale države. Izuzetak je predstavljala Crna Gora u njenim tadašnjim granicama gdje je vrijedio već spomenuti Bogišićev OIZ, te određena manja sjeverna područja u kojima je bilo na snazi ugarsko običajno privatno pravo (Vojvodina, Baranja, Međimurje, Prekmurje), utemeljeno još na Werböczyevu Tripartitu iz 1514. Godine, te brojnim kasnijim propisima, koji su svi zajedno sačinjavali *Corpus Iuris Hungarici*<sup>26</sup>. U navedenoj državi, nazvanoj od 1929. godine Kraljevina Jugoslavija, u pogledu izvora građanskog prava zadržano je sve do njene propasti 1941. godine zatečeno stanje po njezinu nastanku, što znači da su OGZ i njegov derivat SGZ predstavljali u najvećem dijelu tadašnjeg jugoslavenskog prostora snažan integrativni faktor u smislu jedinstvene privatnopravne kulture. Stoga, ne začuđuje činjenica da su pokušaji unifikacije građanskog prava, objavljeni 1934. kao nacrt pod naslovom *Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, imali za svoje čvrsto polazište tekst OGZ-a<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Općenito o SGZ-u, uključujući i njegov odnos spram OGZ-a kao modela, v. najnovije radevine objavljene u M. Polojac, Z. Mirković, M. Đurđević (eds.), *Srpski građanski zakonik — 170 godina*, Beograd, 2014, s uputama na izvore i brojnu daljnju literaturu.

<sup>26</sup> O nastanku, značenju i strukturi *Corpus iuris hungarici* v. M. Lanović, *Privatno pravo Tripartita*, Zagreb 1929, 93 i dalje, s uputama na daljnju brojnu latinsku, mađarsku, njemačku i hrvatsku literaturu; općenito o vrelima ugarskog privatnog prava primjenjivanog u pojedinim područjima Kraljevine SHS, odnosno Kraljevine Jugoslavije v. npr. I. Milić, *Pregled madžarskog privatnog prava u poređenju sa austrijskim građanskim zakonikom*, Subotica 1921, 7 i dalje; D. Nikolić, “Private Law in Vojvodina in the First Half of the 20<sup>th</sup> Century: A Functional Model of a Mixed Legal System”, *Öffnung und Wandel — Die internationale Dimension des Rechts* (Festschrift für Willibald Posch), Bd. II (ed. T. Boric et al.), Wien, 2011, 525 i dalje.

<sup>27</sup> Općenito o šest različitim pravnih područja u Kraljevini SHS, odnosno Kraljevini Jugoslaviji, te *Predosnovi građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju* v.

Kako OGZ, tako i SGZ, nastavili su se primjenjivati kao supsidiarni izvor građanskog prava čak i za vrijeme socijalističke Jugoslavije (1945–1991) — temeljem *Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije* iz 1946. godine — no samo ako pojedina norma nije bila ukinuta novim zakonima ili protivna tada vladajućim kolektivističkim ideologijskim predodžbama. Stoga su se brojne odredbe navedenih kodifikacija, posebice OGZ-a, nastavile intenzivno primjenjivati sve do kraja sedamdesetih godina 20. stoljeća, tj. do donošenja novih sistemskih građanskopravnih propisa u socijalističkoj Jugoslaviji: *Zakona o obveznim odnosima* iz 1978. g. te *Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima* iz 1980 g. U manjoj mjeri, primjena OGZ-a kao supsidiarnog izvora građanskog prava nastavljena je sve do danas u sudskej praksi, posebno u Sloveniji i Hrvatskoj, u pogledu temeljnih koncepata građanskog prava koji još uvijek nisu uređeni današnjim primarnim pravnim izvorima u tim državama<sup>28</sup>.

Sve u svemu, može se zaključiti da je OGZ predstavljao najvažniju kodifikaciju građanskog prava na području Jugoistočne Europe u posljednja dva stoljeća. S današnjeg aspekta gledano, posebno je značajno istaknuti da se nova regulacija stvarnog prava u pojedinim državama Jugoistočne Europe (npr. Hrvatska, Makedonija, Bosna i Hercegovina), nastala nakon njihovog državnopravnog osamostaljenja u okolnostima pada komunističkog sistema, u velikoj mjeri oslanja upravo na OGZ kao normativni uzor, o čemu će još biti riječi u tekstu. Drugim riječima, OGZ i danas igra značajnu posredničku ulogu u procesu reintegracije građanskopravnih poredaka država Jugoistočne Europe u krug kontinentalnoeukropskih prava.

### *Codice civile*

Posljednje velike građanske kodifikacije potekle iz zapadne grane rimske pravne tradicije koje su bile svojedobno na snazi u Jugoistočnoj Europi jesu dva talijanska građanska zakonika: stariji *Codice civile* iz 1865. Godine, te noviji *Codice civile* iz 1942. godine koji je — uz izmjene i dopune — još uvijek temeljni privatnopravni propis u Italiji.

V. Radović, Pokušaj kodifikacije građanskog prava u staroj Jugoslaviji („Pre-dosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju”), *Radovi Instituta za hrvatsku povijest*, 7/1975, 253 i dalje, s uputama na daljnju literaturu.

<sup>28</sup> V. npr. Gavella, op. cit., 356 i dalje (za supsidiarnu primjenu OGZ-a na temelju *Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije* / Službeni list FNRJ 86/1946/), 359 i dalje (za supsidiarnu primjenu OGZ-a nakon donošenja spomenutih sistemskih građanskopravnih propisa u socijalističkoj Jugoslaviji) te 365 i dalje (za supsidiarnu primjenu OGZ-a nakon osamostaljenja Republike Hrvatske); cf. i T. Josipović, “200 Jahre der ABGB-Anwendung in Kroatien — 135 Jahre als Gesetz und 65 Jahre als ‘Rechtsregeln’”, *Festschrift 200 Jahre ABGB* (ed. Fischer-Cermak et al.), Wien, 2011, 157 i dalje.

*Codice civile* iz 1865. godine slijedio je u doista relevantnoj mjeri — u sadržaju i formi — francuski *Code Civil*, te se obično navodi u literaturi kao jedna od „reprodukција francuskog originala“<sup>29</sup>. Navedeni zakonik važio je od 1929. godine i u dijelovima današnje Slovenije i Hrvatske koji su na temelju Rapalskog (1920) i Rimskog (1924) ugovora pripojeni Kraljevini Italiji (Istra, dio Kranjske, Rijeka s otocima Cresom i Lošinjem, Zadar s dalmatinskim otocima Lastovom i Palgružom)<sup>30</sup>. Također, *Codice civile* iz 1865. godine je predstavljao najvažniji normativni uzor pri izradi prvog Albanskog građanskog zakonika iz 1928. godine, o čemu će još biti riječi u tekstu. U okolnostima Drugog svjetskog rata, 1942. godine, Italija je usvojila novi *Codice civile*, koji je dugi niz desetljeća, tj. sve do donošenja novog Nizozemskog građanskog zakonika (*Burgerlijk Wetboek*) 1992. godine, smatran za najbolji i najmoderniji europski građanski zakonik. U znatnom sadržajnom i formalnom otklonu spram starog zakonika iz 1865. godine, novi *Codice civile* slijedio je kao modele kako izravno rimske pravne tradicije, tako i njemački *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) iz 1900. godine, usvajajući njegov pandektni sistem građanskog prava koji je u ovom slučaju obuhvaćao statusno, obiteljsko, nasljedno, stvarno, obligacijsko, ali i trgovačko pravo<sup>31</sup>. Navedeni zakonik bio je na snazi i u dijelovima Jugoistočne Europe pod izravnim talijanskim vlašću, koji su osim spomenutih primorskih dijelova Slovenije i Hrvatske s određenim proširenjima tijekom rata, obuhvaćali u godini promulgacije i Boku Kotorsku kao dio današnje Crne Gore. Na temelju već spomenutog *Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije* iz 1946. godine, kao i njegovog *Obaveznog tumačenja* iz 1947. godine, one mogućena je primjena talijanskog prava kao mogućeg supsidijarnog izvora građanskog prava u socijalističkoj Jugoslaviji<sup>32</sup>. Gledano sa današnje historijske distancije, premda je navedena odluka bila nadasve

<sup>29</sup> O talijanskom *Codice Civile* iz 1865., njegovom značenju i obilježjima, v. npr. G. Hamza, *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischesrechtliche Tradition*, Budapest, 2009, 309 i dalje, s uputama na mnogobrojnu daljnju literaturu.

<sup>30</sup> O navedenom važenju *Codice Civile* iz 1865. na pojedinim područjima Jugoistočne Europe v. npr. P. Simonetti, Evolucija ustanove superficijarnog prava i usporedba s pravom gradijenja, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 33/2012, 3 i dalje, a osobito 26. fn. 97., s uputama na daljnju literaturu.

<sup>31</sup> O talijanskom *Codice Civile* iz 1942., njegovom značenju i obilježjima, v. npr. G. Hamza, op. cit., 313 i dalje; F. Ranieri, "Codice Civile", *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (eds. J. Basedow et al.), vol. I., Oxford, 2012, 217 i dalje, s uputama na mnogobrojnu daljnju literaturu; o pandektnom sistemu izgradnje građanskih zakonika, njegovoj genezi, značenju i utjecaju, v. npr. J. P. Schmidt, "Pandektenystem", *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (eds. J. Basedow et al.), vol. II., Oxford, 2012, 1238 i dalje, s uputama na daljnju literaturu.

<sup>32</sup> *Obavezno tumačenje propisa čl. 1., 2., 4., 7., 10. i 11. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije* (Službeni list FNRJ 96/1947).

razumljiva obzirom na tada vladajuće ideološke predodžbe i razloge, šteta je što je time sasvim isključen mogući pozitivan utjecaj te tada najbolje i najmodernije kodifikacije na pravni život u Jugoistočnoj Europi, dok se istodobno ostavilo mjesta u pravnom sistemu kodifikacijama iz prve polovice 19. stoljeća (OGŽ, SGZ). Međutim, talijanski *Codice civile* ipak je u novije vrijeme, u postkomunističkom razdoblju, našao iznova svoj put do druge jadranske obale, predstavljajući najvažniji model na kojem je utemeljen važeći Albanski građanski zakonik iz 1994. godine, o čemu će biti riječi dalje u tekstu.

### *Medžella*

Već je spomenuto da su u protekla dva stoljeća, također, i izvan okrilja zapadne grane rimske pravne tradicije, ali ne i bez njena relevantnog utjecaja, izvršeni određeni kodifikacijski pothvati u sferi građanskog prava. Tako je u okviru islamske pravne tradicije, unutar njene osmanske grane, stvorena u razdoblju od 1869. do 1876. godine Medžella kao osmanski građanski zakonik. Taj je zakonik u svojoj biti imao karakter kodifikacije šerijatskog imovinskog prava, prožete i određenim utjecajima europskih modela, prije svega, francuskog *Code Civil-a*. Međutim, potrebno je posebno istaknuti da Medžella nije regulirala obiteljsko i naslijedno pravo, te da su se u pogledu navedenih pravnih grana u Osmanskom carstvu izravno primjenjivale norme religijskih pravnih sistema (šerijatsko pravo, kanonsko pravo, židovsko pravo), kao i običajne norme.

Navedeni zakonik svojevremeno je snažno obilježio pravni život u Jugoistočnoj Europi. Tako je na području današnje Makedonije, Kosova, te dijelova Srbije i Crne Gore (Sandžak) vrijedio do završetka Balkanskih ratova (1912–1913). U tada novoosnovanoj državi Albaniji, Medžella je bila na snazi do donošenja spomenutog prvog Albanskog građanskog zakonika iz 1928. godine. Složenija je situacija, kako je već naznačeno, bila u Bosni i Hercegovini. Tamo je navedeni „Osmanski građanski zakonik“ bio u cijelosti na snazi do 1878. godine<sup>33</sup>. Te godine, naime, Austro-Ugarska zauzima Bosnu i Hercegovinu te postupno uvodi svoje zakonodavstvo. Propisi Medželle nastavili su važiti u pogledu specifičnih imovinsko-pravnih odnosa koje austrijsko privatno pravo nije poznavalo i reguliralo, posebice u sferi stvarnog prava (npr. mulk i mirija), dok je OGŽ gotovo u potpunosti postao izvorom obligacijskog prava u tadašnjoj Bosni i Hercegovini<sup>34</sup>. Premda su određene odredbe Medželle ostale izvorom

<sup>33</sup> Općenito o Medželli kao kodifikaciji, njenom značenju i obilježjima te primjeni (posebice u Bosni i Hercegovini), v. npr. M. Bećić, Primjena Medželle u postosmanskoj Bosni i Hercegovini, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 57/2014, 51 i dalje, s uputama na daljnje izvore i literaturu.

<sup>34</sup> O primjeni OGŽ-a na području Bosne i Hercegovine u navedenom razdoblju, v. I. Pilar, op. cit., 703 i dalje; M. Bećić, Historijska i pravna osnovanost primjene Općeg građanskog zakonika u BiH nakon okupacije 1878. godine, op.

prava i u Kraljevini Jugoslaviji, njihovo značenje u pravnom životu sve je više nestajalo. Nakon usvajanja *Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije* iz 1946. godine, Medžella više nije primjenjivana kao supsidiarni izvor građanskog prava u socijalističkoj Jugoslaviji.

### *Opšti imovinski zakonik (OIZ)*

Već smo napomenuli da običajnopravne tradicije u Jugoistočnoj Europi u pravilu nisu preuzele kodifikacijsku ideju te da je iznimno značajan izuzetak u navedenom smislu znameniti *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru* (OIZ) iz 1888. godine, djelo u svjetskim razmjerima znamenitog cavatskog pravnika i polihistora Balda Bogišića. Navedena je kodifikacija, bez ikakve dvojbe, najvažnije originalno pravno ostvarenje uopće s područja Jugoistočne Europe, o čemu svjedoči činjenica da je vrlo malo vremena nakon objavljanja preveden na čak pet velikih europskih jezika (francuski, njemački, ruski, talijanski, španjolski), te da do danas nisu prestale njezine iscrpne analize u europskoj pravnoj znanosti<sup>35</sup>.

OIZ sadrži među svojim odredbama i znatan broj instituta starog crnogorskog običajnog prava (npr. kućna zadruga ili ugovorni odnosi kao što su moba, radnja na uzajmicu, supona i sprega). Ograničavajući se u svojoj kodifikaciji, međutim, na regulaciju imovinskog prava, poglavito stvarnog i obligacijskog prava, Bogišić je svjesno omogućio da obiteljsko pravo, te naslijedno pravo i nadalje uređuju različiti pravni običaji pojedinih krajeva Crne Gore<sup>36</sup>. U ovom kontekstu,

---

cit., 63 i dalje, s uputama na daljnje izvore i literaturu; cf. i M. Bećić, Osman-sko tanzimatsko pravo i austrougarski pravni poredak u Bosni i Hercegovini, *Analji Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 6/2013, 187 i dalje.

<sup>35</sup> Literatura o Bogišiću i njegovoj znamenitoj kodifikaciji sve je obuhvatnija. Stoga, upućujemo samo na do sada najvažnije, kao i na najnovije knjige u kojima je sadržana i mnogobrojna daljnja literatura o njegovu liku i djelu, uključujući i problematiku običajnopravnih sastavnica OIZ-a: N. Martinović, *Valtazar Bogišić. I. Istorija kodifikacije crnogorskog imovinskog prava*, Cetinje, 1958.; W. G. Zimmermann, *Valtazar Bogišić 1834–1908. Ein Beitrag zur südslavischen Geistes- und Rechtsgeschichte in 19. Jahrhundert*, Wiesbaden, 1962.; S. Pupovci, *Valtazar Bogišić*, Podgorica, 2004.; J. Kregar et al. (eds.), *Bogišić i kultura sjećanja. Zbornik radova znanstvenog skupa s međunarodnim sudjelovanjem održanog u prigodi stote godišnjice smrti Balda Bogišića*, Zagreb, 2011.; Z. Rašović, *Bogišićeve pravne izreke. Skladnosti između rimskopravnog i crnogorskog narodnog vrela*, Podgorica, 2016.

<sup>36</sup> U pogledu utemeljenosti crnogorskog OIZ-a u običajnopravnoj kulturi, najbolje je krenuti od razmatranja samog njegova kodifikatora; v. V. Bogišić, „Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori“, *Izabrana djela, Tom IV. Studije i članci*, Podgorica/Beograd, 2004, osobito IV. pogl. pod nazivom „Zakonik prema običaju“, 216 i dalje; cf. i npr. M. Konstantinović, Ideje Valtazara Bogišića o narodnom i zakonskom pravu, *Sociološki pregled*, 1/1938, 272 i dalje; R. Lukić, „Imovinski zakonik i običajno pravo“, *Stogodišnjica Opštег imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru*, Podgorica, 1989, 17 i dalje; T. Nikčević, Problemi recepcije običajnog prava u kodifikacijama građanskog prava u

međutim, potrebno je istaknuti da je u OIZ ugrađen i znatan broj instituta koji ne potječu iz crnogorskog običajnog prava, već iz zapadne rimske pravne tradicije, te građanskih zakonika iz 19. stoljeća kao njenih kodificiranih oblika. U svojem spisu Povodom crnogorskog građanskog zakonika. Nekoliko riječi o načelima i metodu usvojenim pri izradi<sup>37</sup>, Bogišić kao primjere takvih instituta navodi posjed (*possessio*), dosjelost (*usucapio*), zastaru (*praescriptio*), služnosti (*servitutes*), te hipoteku (*hypotheca*)<sup>38</sup>. Na drugom mjestu, u svojoj temeljnoj raspravi „Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori“, Bogišić navodi kako su takvi elementi i „...*dolus, culpa, error, vis* itd.“<sup>39</sup>. Kako je znameniti pravnik pri izradi OIZ-a koristio i sve tada važeće građanske kodifikacije, kao i projekte budućih kodifikacija, od kojih je nedvojbeno najznačajniji njemački BGB<sup>40</sup>, može se reći da je Bogišićev zakonik predstavlja jedinstvenu sintezu između običajnopravne i zapadne rimskopravne kulture<sup>41</sup>, ne isključujući pri tome ni određene aspekte islamske pravne tradicije<sup>42</sup>. Time su na najbolji način ostvarene Bogišićeve kodifikatorske zamisli i namjere, zapisane u spomenutom spisu „Povodom crnogorskog građanskog zakonika“: „...zakonik valja da u isto vrijeme pruži priliku

---

Srbiji i Crnoj Gori XIX vijeka, *Istoriski zapisi*, 79/2006, 85 i dalje; S. Meder, „Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht. Zur Rechtsquellenlehre von Valtazar Bogišić in den Motiven zum montenegrinischen Gesetzbuch von 1888“, *Konflikt und Koexistenz*, op. cit., Bd. 2., 583 i dalje.

<sup>37</sup> V. Bogišić, „Povodom crnogorskog građanskog zakonika. Nekoliko riječi o načelima i metodu usvojenim pri izradi. Pismo jednom prijatelju“, *Izabrana djela, Tom IV. Studije i članci*, Podgorica/Beograd, 2004, 11.

<sup>38</sup> Cit. V. Bogišić, „Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori“, op. cit., 208; cf. i K. Vojnović, Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru obzirom na ostalo crnogorsko zakonarstvo, *Rad JAZU*, Knjiga XCVI, Zagreb, 1889, 94 i dalje.

<sup>39</sup> Upravo nevjerojatna komparativopravna širina i dubina Bogišićeva uvida u važeće građanskopravne kodifikacije na svjetskoj razini, jednako kao i u kodifikacijske projekte koji su tada bili u tijeku, najbolje se može uvidjeti iz cjeline njegova upravo spomenuta spisa „Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori“.

<sup>40</sup> Općenito o utjecaju rimske pravne tradicije na Bogišićevu kodifikaciju, v. npr. A. Zocco-Rosa, „Influssi di diritto romano sur una legislazione Slavo-serba“, *Mélanges G. Cornil*, Vol. II, Paris, 1926, 634 i dalje; N. Bogojević-Gluščević, Rimska pravna pravila u zakonjačama Opštег imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru, *Istoriski zapisi* 78/2005, 7 i dalje; M. Petrk, „Imovinsko-pravne regulae iuris u Bogišićevu zakoniku i njihovo aktualno značenje“, *Bogišić i kultura sjećanja*, op. cit., 98. i dalje; M. Petrk, „Rimski temelji uređenja zablude (error) u Bogišićevu zakoniku“, *Povijest i sadašnjost građanskih kodifikacija* (ed. N. Hlača), Rijeka, 2014, 85 i dalje; Rašović, op. cit., posebice 219 i sl.

<sup>41</sup> O utjecaju islamske pravne kulture, posebice utjecaju Medželle, na OIZ, v. npr. V. Blagojević, Kratka paralela između uvodnog dela Medžele i završnog dela Bogišićevog crnogorskog imovinskog zakonika, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 36/1938, 81 i dalje.; M. Begović, Sličnosti između Medžele i Opštег imovinskog zakonika za Crnu Goru, *Prilozi za orientalnu filologiju* 5/1954–1955), 33 i dalje; E. Durmišević, Utjecaj šerijatskog prava na Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru, Almanah. Časopis za proučavanje, prezentaciju i zaštitu kulturno-istorijske baštine Bošnjaka/Muslimana, 57–58/2014, 169 i dalje.

*Crnogorcima, da steku opći pojam o pravu u inostranstvu; a inostrancima, da imaju ideju o osobinama crnogorskoga prava*<sup>42</sup>.

OIZ je vrijedio na području Kraljevine Crne Gore u tadašnjim granicama do 1918. godine. U Kraljevini Jugoslaviji nastavio se primjenjivati unutar navedenih granica<sup>43</sup>, a i spomenuti *Zakon o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije iz 1946.* godine omogućio je njegovu primjenu kao supsidijarnog izvora građanskog prava u socijalističkoj Jugoslaviji. Takva mogućnost zadržana je i danas u iznova samostalnoj Crnoj Gori. U tom je kontekstu osobito značajan posljednji razdjel šestog dijela OIZ-a pod naslovom *Neke zakonjačke (pravničke) izreke i postavke koje, i ako ne mogu zakona ni preinačiti ni zamijeniti, mogu mu, ipak, objasniti smisao* koji sadrži 45 pravnih poslovica na narodnom jeziku na temelju latinskih regula *iuris* koje sadrže fundamentalna pravna načela. Navedene su „zakonjače“, sukladno nadasve točnom uvidu Konstantina Vojnovića iz prve opširnije domaće rasprave o OIZ-u, „u popularne rečenice odjenute izreke rimske mudrosti“ s ciljem postati „sokom pravne svosti u narodu“. Imajući u vidu nedvojbeno značenje regula *iuris* kao izraza temeljnih pravnih načela, kao i na njima utemeljenih Bogišićevih zakonjača, nužno je, prije svega, ustvrditi da su Bogišićeve zakonjače jedna specifična „u narodno ruho“ odijenuta lokalna varijanta univerzalnih regula *iuris* kao tradicionalnog sažetog izraza same biti europske pravne tradicije i kulture. Te se *regulae iuris* i danas svakodnevno vrlo često koriste izravno na latinskom jeziku u suvremenoj nacionalnoj i/ili europskoj pravnoj teoriji i praksi. Stoga bi, usput rečeno, još ekstenzivnija primjena regula *iuris* ili njima analognih Bogišićevih zakonjača u pravnoj doktrini i praksi nedvojbeno mogla pridonijeti i daljnjoj europeizaciji nacionalnih pravnih sistema Jugoistočne Europe<sup>44</sup>.

#### 4. Kodificiranost građanskog prava u Jugoistočnoj Europi

U središnjem poglavlju ove studije, na temelju prethodnog uvida u pravne tradicije Jugoistočne Europe, te gradanske kodifikacije koje su tijekom zadnja dva stoljeća izvršile značajni utjecaj na navedenom

<sup>42</sup> Cit. Bogišić, „Povodom crnogorskog građanskog zakonika“, op. cit., 7.

<sup>43</sup> O primjeni OIZ-a u navedenom razdoblju v. npr. P. Stojanović, „O primjeni Opštег imovinskog zakonika u sudskoj praksi (sa posebnim osvrtom na stanje 1918–1941. godine)“, *Stogodišnjica Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru*, Podgorica, 1989, 235 i dalje.

<sup>44</sup> Analizu regula *iuris* pripadnih rimskoj pravnoj tradiciji kao temelja zakonjačkih (pravničkih) izreka u posljednjem razdjelu Bogišićeva OIZ-a izvršili su, *inter alia*, do sada Vojnović, op. cit., 57 i dalje; Zocco-Rosa, op. cit., 634 i dalje; Bođojević-Gluščević, op. cit., 7 i dalje; Petrak, *Imovinskopravne regulae iuris*, op. cit., 98 i dalje; J. Hasanbegović, „Pravne izreke Valtazara Bogišića skraja OIZ = katalog narodnjačkih opštih pravnih toposa?“, *Spomenica Valtazara Bogišića o stogodišnjici njegove smrti* (ed. L. Brenerse洛ović), Knjiga 1., Beograd, 2011, str. 333 i dalje; Rašović, *Bogišićeve pravne izreke*, op. cit.

europskom prostoru, analizirat će se kodificiranost građanskog prava u pojedinim državama Jugoistočne Europe. Dosadašnja izlaganja će nam presudno pomoći da smjestimo sadašnja kodifikacijska nastojanja u adekvatan pravnokulturalni i komparativnopravni kontekst.

U navedenom pogledu, uvodno je potrebno te države podijeliti u dvije skupine: 1) države koje su se osamostalile disolucijom socijalističke Jugoslavije (Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Srbija, Crna Gora, Makedonija, Kosovo) te 2) Albaniju. U nastavku će se prvo prikazati kodificiranost građanskog prava u državama prve skupine, pa je, stoga, potrebno prethodno u najkraćim crtama prikazati razvoj građanskog prava u socijalističkoj Jugoslaviji (1945–1991). Kako smo već vidjeli, početna normativna točka koja je odredila sudbinu građanskog prava u toj državi bio je *Zakon o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije* iz 1946. godine. Njime je omogućena ograničena primjena do tada važećih građanskih zakonika (OGZ, SGZ, OIZ) i u novoj državi kao supsidijarnog prava, no samo ako pojedina norma nije bila ukinuta novim zakonima ili protivna ustavnim odredbama u koje su ugrađene tada vladajuće kolektivističke ideologijske predodžbe. Pri primjeni tih supsidijarnih izvora građanskog prava mjerodavno je načelo tzv. „jedinstva prava“. Navedenim načelom, formiranim još u FNRJ te važećim do danas, postavljen je kriterij da se kao *ius in subsidio* pri rješavanju konkretnog slučaja — u nedostatku poslijeratnih propisa — trebaju primjeniti pravna pravila koje je sudska praksa, bez obzira na činjenicu s kojeg su od šest predratnih pravnih područja potjecala, smatrala najprikladnijim i najsuvremenijim, a ne — kao u prvoj Jugoslaviji — isključivo pravna pravila onog pravnog poretku koje je na odnosnom području vrijedilo na dan 6. travnja 1941. godine<sup>45</sup>.

No, pravne praznine na koje su se mogli primjeniti spomenuti građanski zakonici postupno su se sve više smanjivale. Već je u drugoj polovici četrdesetih godina donesena skupina saveznih propisa iz sfere obiteljskog prava, počevši od *Osnovnog zakona o braku* (1946), s glavnim ciljem sekularizacije, depatrijarhalizacije i egalitarizacije obiteljskih odnosa<sup>46</sup>. Time je ujedno prestala primjena obiteljskopravnih odredbi „starih“ građanskih zakonika. Potom je 1955. godine donesen savezni *Zakon o nasljedivanju*, formuliran dobrim dijelom po uzoru na švicarsko nasljedno pravo, koji je zakon i danas najvažniji model za regulaciju nasljednopravnih odnosa u državama osamostaljenim disolucijom socijalističke Jugoslavije<sup>47</sup>. U drugoj polo-

<sup>45</sup> O spomenutom načelu „jedinstva prava“, v. npr. M. Konstantinović, „Stara „pravna pravila“ i jedinstvo prava“, *Analji Pravnog fakulteta u Beogradu*, 4/1957, 431 i dalje. Gavella, op. cit., 358 i dalje, s uputama na daljnju literaturu.

<sup>46</sup> O navedenom „revolucionarnom“ obiteljskopravnom propisu, cf. npr. N. Gavella et al., *Hrvatsko građanskopravno uređenje i kontinentalnoeuropeksi pravni krug*, Zagreb, 1994, 68 i dalje, s uputama na daljnju literaturu.

<sup>47</sup> O spomenutom nasljednopravnom propisu v. npr. Gavella et al., op. cit., 96 i dalje.

vici šezdesetih godina, unutar Saveznog pravnog savjeta formirana je *Komisija za pripremu civilnog kodeksa*, na čije je mjesto 1969. godine stupila *Zajednička komisija svih vijeća Savezne skupštine za civilni kodeks*, koja je 1972. godine dovršila *Teze osnovnih i općih odredaba zakona o građanskopravnim odnosima (građanskog zakonika)*. Usljed značajnih ustavnih promjena u SFRJ (1971–1974), onemogućen je dovršetak cjelovitog saveznog civilnog kodeksa, jer je usvajanjem tih promjena središnji zakonodavac — kao nekada u slučaju Medželle ili OIZ-a — odustao od regulacije obiteljskog prava i nasljednog prava te ih prepustio pojedinim saveznim republikama i njihovim specifičnostima<sup>48</sup>.

Ako se traže uzroci — kako ćemo vidjeti u nastavku — zašto ni u jednoj državi osamostaljenoj dislocijom Jugoslavije ne postoji noviji građanski zakonik, mišljenja smo da ih historijski treba, prije svega, tražiti u spomenutoj ustavnoj fragmentaciji građanskopravnog sistema između savezne i republičke razine, nastaloj u prvoj polovici sedamdesetih godina 20. stoljeća.

Međutim, nastojanja spomenutih komisija za izradu civilnog kodeksa ipak nisu ostala bez vrlo relevantnog učinka. Tako su uskoro doneseni novi sistemski građanski propisi iz područja obligacijskog i stvarnog prava: *Zakon o obveznim/obligacionim odnosima* (dalje u tekstu: ZOO) iz 1978. godine, te *Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima* (dalje u tekstu: ZOVO) iz 1980. godine. Time je potreba za primjenom „starih“ građanskih zakonika svedena na doista vrlo uski opseg.

Kako je odavno primjećeno u literaturi, normativni modeli koje je u prvom redu slijedio ZOO bili su švicarski *Obligationenrecht* (OR) (počev od monističkog sistema građanskog i trgovačkog prava), francuski *Code Civil*, nacrt Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe te Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji robe iz 1964. godine (ULIS), uz vrlo male koncesije tada vladajućoj ideologiji<sup>49</sup>. Međutim, treba istaknuti i da je glavni autor nacrta zakona, beogradski profesor Mihailo Konstantinović (1897–1982) pri stvaranju nacrta tog propisa — kako u sadržajnom, tako i u stilskom smislu — bio trajno inspiriran zakonodavnim djelom Balda Bogišića, koji je u svom OIZ-u na vrlo uspješan način prenio iznimno složene i slojevite pandektističke doktrine u jezik više nego razumljiv ondašnjem puku<sup>50</sup>. Zahvaljujući svojim kvalitetama, ZOO je do danas ostao ne-

<sup>48</sup> O navedenom pokušaju kodifikacije u SFRJ i potonjoj ustavnoj fragmentaciji građanskopravnog sistema cf. npr. Gavella, op. cit., 361, osobito fn. 138; Gavella et al., 99 i dalje.

<sup>49</sup> O navedenom obveznopravnom propisu v. npr. A. Goldštajn et al., *Obvezno pravo*, vol. I, Zagreb 1979; Gavella et al., 66, 97 i dalje; o poredbenopravnim aspektima njegove izrade cf. npr. S. Nikšić, „Reforma hrvatskog obveznog prava s posebnim osvrtom na odgovornost za štetu“, *Drugi skopsko-zagrebački pravni kolokvij*. Zbornik radova, Skopje, 2009, 92.

<sup>50</sup> Nacrt je objavljen u: M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori: skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 1969; o utjecaju Bogišićevog djela na

upitni normativni model u svih sedam zemalja nastalih disolucijom Jugoslavije, o čemu će biti riječi dalje u tekstu.

Drugi od navedenih saveznih zakona, ZOVO, regulirao je osnovne stvarnog prava u suglasju sa tada vladajućim ideološkim kolektivističkim koncepcijama. Njime je nanovo reguliran samo onaj preostatak stvarnog prava koji nije bio obuhvaćen sistemom tzv. društvenog vlasništva. Taj jugoslavenski zakon, također, je u cijelosti slijedio komunističku koncepciju absolutnog primata javnog nad privatnim interesima, odnosno favoriziranja tzv. društvenog vlasništva na račun privatnog, pa su stoga u pojedinim segmentima stvarnog prava, a napose u pogledu instituta vlasništva, radikalno napuštena uvriježena rješenja potekla iz rimske pravne tradicije i klasičnih europskih građanskih kodifikacija, usprkos tome što su neka tehnička rješenja u tom zakonu evidentno bila inspirirana njemačkim ili austrijskim pravom<sup>51</sup>. Nakon disolucije socijalističke Jugoslavije, ulaska u postkomunističko razdoblje te uvođenja tržišnog gospodarstva, osamostaljene države u pravilu su, poput ostalih tranzicijskih zemalja, nastojale reintegrirati svoj pravni poredak u krug kontinentalnoeukropskih prava pripadnih zapadnoj grani rimske pravne tradicije<sup>52</sup>. Budući da je od svih područja građanskog prava, kako je opće poznato, komunistički ideologiski utjecaj bio najjači upravo u sferi stvarnog prava, a napose u pogledu instituta vlasništva, bilo je nužno temeljito izmijeniti i dopuniti stvarnopravne poretke spomenutih država Jugoistočne Europe kao jedan od nadasve važnih faktora u spomenutoj reintegraciji<sup>53</sup>. Stoga je i ZOVO u nekolicini tih država već ranih devedestih godina značajno noveliran te postupno zamijenjen novim propisima. Polazeći od navedenog konteksta, u nastavku će se prikazati stanje kodificiranosti građanskog prava u svakoj pojedinoj od uvodno navedenih država Jugoistočne Europe.

### *Slovenija*

Slovenija tradicionalno važi za gospodarski najrazvijeniju državu između navedenih osam zemalja Jugoistočne Europe. Također, njen pravni sistem jest u vrlo kratkom roku prošao tranzicijsku fazu te potom intenzivnu europeizaciju, s ciljem ulaska Slovenije u Europsku

---

Konstantinovića, usp. npr. Konstantinović, Ideje Valtazara Bogišića o narodnom i zakonskom pravu, op. cit., 272 i dalje; M. Konstantinović, Jugoslovenski građanski zakonik, *Pravni zbornik*, 2-3/1933, 74 i dalje; usp. i P. Miladin, „Običaji, kondikcije, ortaštvo i ugovorna kazna prema Bogišićevu Općem imovinskom zakoniku za Crnu Goru (OIZ) i hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima (ZOO)“, *Bogišić i kultura sjećanja*, op. cit., 66 i dalje.

<sup>51</sup> O navedenom stvarnopravnom propisu i njegovim socijalističkim obilježjima v. npr. Gavella *et al.*, 88 i dalje, s uputama na daljnju literaturu.

<sup>52</sup> O navedenoj problematiki v. npr. M. Petrak, Rimska pravna tradicija i hrvatska pravna kultura, op. cit., 111 i dalje s uputama na daljnju literaturu.

<sup>53</sup> Općenito o početnim postkomunističkim reformama stvarnopravnog poretka v. ukratko npr. Gavella *et al.*, 180 i dalje.

uniju, što se dogodilo 2004. godine. Umjesto nekadašnjeg ZOVO-a, Slovenija je 2002. godine usvojila novi *Stvarnopravni zakonik*, inspiriran pravnim poretcima srednjoeuropskog pravnog kruga. ZOO je noveliran kako u smjeru određenog osvremenjivanja, tako i usklajivanja sa *acquis communautaire*, te iznova usvojen 2001. godine kao *Obligacijski zakonik*. Nedavno je donesen i novi *Družinski zakonik* (2017) koji je dodatno liberalizirao obiteljsko pravo, dok naslijedno pravo još uvijek regulira *Zakon o dedovanju*, izvorno donesen 1976. godine<sup>54</sup>. Supsidiarni izvor građanskog prava jest još uvijek OGZ iz 1811. godine, temeljem višekratnog spominjanog *Zakona o nevažnosti* iz 1946. godine<sup>55</sup>.

Obzirom na uvodno spomenuto razvijenost Slovenije, začuđuje činjenica da od njena osamostaljenja ne postoji nikakva službena inicijativa za donošenje nove građanske kodifikacije. Slovenska je posebnost da se propisi koji reguliraju stvarno, obligacijsko, a u najnovije vrijeme i obiteljsko pravo, svi zovu „zakonicima“. Pojedini slovenski pravni znanstvenici sa pravom su još 2001. godine postavili pitanje „Koliko zakonikov na području civilnega prava v Sloveniji?“, bivajući protiv fragmentacije građanskopravnog sistema te se zalažući za doношење jedne cjelovite građanske kodifikacije<sup>56</sup>. Međutim, navedeno pitanje do danas nije ozbiljno uzeto u obzir.

### *Hrvatska*

U pogledu stvaranja nove građanske kodifikacije, u Hrvatskoj su se stvari u zadnjih četvrt stoljeća neznatno dalje pomaknule nego u Sloveniji. Općenito gledano, u posljednjih četvrt stoljeća izvršena je uspješna normativna reintegracija građanskopravnog poretka u kontinentalnoeuropejski pravni krug, te njegova europeizacija u svrhu ulaska Hrvatske u Europsku uniju, što se dogodilo 2013. godine<sup>57</sup>. Već 1996. godine donesen je opsežan *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* (ZV). Taj je zakon izgrađen na normativnim temeljima OGZ-a, uz određene bitne izmjene i dopune modernijim rješenjima<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> O današnjem uređenju građanskog prava u Republici Sloveniji, v. npr. M. Juhart *et al.*, *Uvod v civilno pravo*, Ljubljana, 2010; K. Zupančič *et al.*, *Reforma družinskega prava (predlog novih predpisov s komentarjem)*, Ljubljana, 2009; M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, *Stvarno pravo*, Ljubljana, 2007; D. Možina, *Obligacijski zakonik z uvodnimi pojasnilci*, Ljubljana, 2013; K. Zupančič, V. Žnidaršič Skubic, *Dedno pravo*, Ljubljana, 2009.

<sup>55</sup> O ulozi i značenju OGZ-a u slovenskoj pravnoj historiji, v. npr. K. Škrubej, Austrian General Civil Code (1812) and the Slovenes: the Blinding Legacy of Legal Monism, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 63/2013, 1063 i dalje.

<sup>56</sup> V. Trstenjak, Koliko zakonikov na području civilnega prava v Sloveniji?, *Pravna praksa*, 26–27/2001, 5 i dalje.

<sup>57</sup> V. npr. T. Josipović, Das kroatische Privatrecht als die neue 28. Privatrechtsordnung der Europäischen Union, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2/2014, 231 i dalje.

<sup>58</sup> O suvremenom hrvatskom stvarnopravnom poretku, utemeljenom na navedenom zakonu v. npr. N. Gavella *et al.*, *Stvarno pravo*, sv. 1 i 2, Zagreb, 2007.

Njegov sadržaj — u rasponu od strukture do konkretnih rješenja — u velikoj je mjeri utjecao na postkomunističku regulaciju stvarnog prava u Makedoniji, te Bosni i Hercegovini, o čemu će još biti dalje riječi u tekstu. Novi *Zakon o obveznim odnosima* (ZOO) usvojen je 2005. godine. Njime je izvršena određena aktualizacija te europeizacija hrvatskog obligacijskog prava, međutim, tekst navedenog propisa u svom najvećem dijelu doslovno slijedi istoimeni savezni zakon iz 1978. godine<sup>59</sup>. Novi *Zakon o nasljedivanju* iz 2003. godine vjerno slijedi sistem i načela spomenutog saveznog istoimenog zakona iz 1955. godine, uz određene izmjene i dopune manjeg značenja<sup>60</sup>. Od osamostaljenja Hrvatske donesena su susljedno već i tri cijelovita propisa pod nazivom *Obiteljski zakon* (1998, 2003, 2015) kojih su glavna obilježja, ukratko rečeno, daljnje izjednačavanje položaja bračnih drugova, intenzivna zaštita prava djece, te ponovno uvođenje mogućnosti sklapanja braka u religijskom obliku<sup>61</sup>. Supsidijarni izvor građanskog prava jest još uvijek OGZ na temelju hrvatskog *Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine* iz 1991. godine, koji je za razliku od *Zakona o nevažnosti* iz 1946. godine, sa svim oslobođen ideooloških narativa i diskvalifikativa<sup>62</sup>.

Osim marginalnog pokušaja male skupine saborskih zastupnika iz 1992. godine da se u Hrvatskoj OGZ iznova uzdigne na razinu primarnog izvora građanskog prava, do sada nije poduzeta niti jedna službena kodifikacijska inicijativa u toj državi<sup>63</sup>. Početkom devedesetih godina prošlog stoljeća, najugledniji hrvatski građanskopravni znanstvenici krajnje su ozbiljno zagovarali ideju o donošenju novog *Hrvatskog građanskog zakonika* (HGZ) na temelju tradicije OGZ-a uz određena važna osuvremenjivanja<sup>64</sup>. U to doba objavljene su i kratke „Teze za izradu Hrvatskog građanskog zakonika“, no navedena inicijativa ostala je u okvirima znanstvenog diskursa te nije poprimila službeni karakter<sup>65</sup>. Ne nailazeći na adekvatnu podršku stručne javnosti i politike, glavni protagonist navedene ideje već je 1996. godine rezignirano postavio pitanje: „Kome treba građanski zakonik“?<sup>66</sup> Nažalost, dalje od tog pitanja se ni danas nije odmaklo.

<sup>59</sup> Cf. npr. P. Klarić, *Zakon o obveznim odnosima*, Zagreb 2005, VII i dalje.

<sup>60</sup> O suvremenom hrvatskom nasljednopravnom uređenju v. N. Gavella, V. Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008.

<sup>61</sup> O suvremenom hrvatskom obiteljskom pravu, v. npr. M. Alinčić *et al.*, *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2007.

<sup>62</sup> O navedenom propisu v. npr. M. Petrk, Rimsko pravo kao pozitivno pravo u Republici Hrvatskoj. Prilog tumačenju Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine, *Hrvatska pravna revija* 10/2006, 1 i dalje, s uputama na daljnju literaturu.

<sup>63</sup> O navedenoj inicijativi troje zastupnika Sabora RH, v. Gavella, op. cit., 371, fn. 183.

<sup>64</sup> V. npr. Gavella *et al.*, 269 i dalje.

<sup>65</sup> N. Gavella, Teze za izradu Hrvatskog građanskog zakonika, *Zakonitost*, 46/1992, 751 i dalje.

<sup>66</sup> N. Gavella, Kome treba građanski zakonik?, *Tvrta*, 4/1996, 7 i dalje.

## *Bosna i Hercegovina*

Za razliku od Slovenije i Hrvatske, gdje je ideja o potrebi kodificiranja građanskog prava bila barem prisutna u akademskom diskursu, u Bosni i Hercegovini se niti na toj razini navedena ideja nije ozbiljnije razmatrala. Prema našem mišljenju, glavni političko-pravni razlog nepostojanja rasprave o mogućoj kodifikaciji jest sam *Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini* ili *Daytonski sporazum* iz 1995. godine, koji je odredio da zakonodavne ovlasti u sferi građanskog prava pripadaju pojedinim sastavnicama Bosne i Hercegovine (entitet Federacija Bosne i Hercegovine, entitet Republika Srpska, Brčko distrikt Bosne i Hercegovine), a ne središnjoj zakonodavnoj vlasti (Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine)<sup>67</sup>.

Premda bi se očekivalo da će navedena ustavna rješenja dovesti do posvemašnje fragmentacije bosanskohercegovačkog sistema građanskog prava, to se, ipak, nije dogodilo, barem ne u pogledu njegovih temeljnih pravnih grana: stvarnog prava i obligacijskog prava. U pogledu obligacijskog prava, treba istaknuti da je u sve tri sastavnice savezni *Zakon o obligacionim odnosima* iz 1978. godine, uz određene izmjene i dopune pojedinih sastavnica, još uvijek prvi i najvažniji pravni izvor<sup>68</sup>. U pogledu stvarnog prava, potrebno je napomenuti da je svaka sastavnica usvojila svoj novi posebni propis, u svrhu reafirmacije koncepta privatnog vlasništva i tržišnog gospodarstva. Tako je Brčko distrikt Bosne i Hercegovine još 2001. godine usvojio *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*; Republika Srpska 2008. godine *Zakon o stvarnim pravima*, te naposljetku Federacija Bosne i Hercegovine 2013. godine *Zakon o stvarnim pravima*. Sva navedena tri zakona u velikoj mjeri slijede hrvatski *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* iz 1996. godine, što znači da se stvarno pravo u Bosni i Hercegovini i danas posvema nalazi u okrilju tradicije OGZ-a, koji, inače, još uvijek predstavlja supsidijarni izvor građanskog prava<sup>69</sup>. Kako vidimo, usprkos sasvim osebujne parcelacije državnopravnog ustroja Bosne i Hercegovine, postoji još uvijek velika razina usklađenosti sadržaja temeljnih propisa građanskog prava u njenim sastavnicama, pa stoga ne treba unaprijed izgubiti baš svaku nadu da bi se jednom u budućnosti mogla pojaviti i određena kodifikatorska nastojanja.

<sup>67</sup> O Daytonском sporazumu u kontekstu građanskopravnog uređenja u BiH, v. npr. M. Povlakić, "Property Law in Bosnia and Herzegovina", *Private Law in Eastern Europe. Autonomous Developments or Legal Transplants?* (eds. C. Jes sel-Holst, R. Kulms, A. Trunk), Tübingen, 2010, 205 i dalje; D. Radić, „Razvoj građanskog prava u Bosni i Hercegovini“, *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu*, Knjiga II, Skopje, 2012, 250 i dalje.

<sup>68</sup> O obligacijskom pravu u BiH v. npr. A. Bikić, *Obligaciono pravo — opći dio*, Sarajevo 2013; A. Bikić, E. Bikić, *Obligaciono pravo — posebni dio*, Sarajevo 2011.

<sup>69</sup> O stvarnom pravu u BiH v. npr. M. Povlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009; I. Babić et al., *Komentar Zakona o stvarnim pravima FBiH*, Sarajevo, 2014.

## *Srbija*

Premda se u Srbiji najvažniji aspekti građanskopravnog života i nadalje odvijaju prema saveznim *Zakonu o obligacionim odnosima* iz 1978. godine te *Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa* iz 1980. Godine, uz nužne izmjene i dopune svojstvene tranzicijskom razdoblju, te uz moguću supsidijarnu primjenu „starog“ SGZ-a iz 1844. godine temeljem *Zakona o nevažnosti* iz 1946. godine, Srbija je od svih država osamostaljenih dislocijom socijalističke Jugoslavije najviše napredovala u izradi svog novog građanskog zakonika<sup>70</sup>.

Godine 2006. Vlada Republike Srbije osnovala je *Komisiju za izradu građanskog zakonika*. Ona je izvorno imala 12 članova, od kojih su većina bili univerzitetski profesori prava, no u njen sastav su uključeni i pravni praktičari iz redova sudaca i advokata te predstavnici vlasti. Svi su članovi Komisije iz Srbije, što je sasvim razumljivo obzirom na sasvim adekvatnu znanstvenu i stručnu kapacitiranost te države za navedeni pothvat, no u posljednjoj fazi izrade kodifikacije predviđeno je i sudjelovanje *Medunarodnog saveta*, sastavljenog od uglednih europskih civilista, koji bi trebao iznijeti svoje sugestije i primjedbe na nacrt Zakonika<sup>71</sup>.

Nakon osam i po godina rada, Komisija je 2015. godine objavila radni tekst *Građanskog zakonika Republike Srbije*, pripremljen za javnu raspravu, sa alternativnim prijedlozima. Pri izgradnji zakonika prihvaćen je klasični pandektni sistem građanskog prava — prvi puta kodificiran u njemačkom BGB-u te danas prihvaćen diljem svijeta — koji obuhvaća pet knjiga i 2838 članova: 1) opći dio; 2) obligacijsko pravo; 3) stvarno pravo; 4) obiteljsko pravo; 5) naslijedno pravo<sup>72</sup>.

Pri stvaranju zakonika težilo se postići visok stupanj kontinuiteta sa postojećim srpskim pravom, uz važne izmjene i dopune koje su po prirodi stvari bile najizraženije u grani stvarnog prava. U tom kontekstu treba napomenuti da je u obligacijskom pravu zadržan postojeći monistički sistem građanskog i trgovačkog prava, međutim, materija kompanijskog prava nije uvrštena u sadržaj zakonika kao što je to, primjerice, slučaj u talijanskom *Codice civile*. Navedene izmjene i dopune, motivirane razlozima tranzicije, aktualizacije i europeizacije, izvršene su, prije svega, prema rješenjima usvojenim u švicarskom,

<sup>70</sup> O važećem srpskom stvarnopravnom uređenju, v. npr. O. Stanković, M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 2019, D. Nikolić, “Property Law in Serbia: Both Autonomous Legal Development and Legal Transplant”, *Private Law in Eastern Europe*, op. cit., 237 i dalje; o važećem srpskom obligacijskopravnom uredenju, v. npr. J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2004; J. Perović, “Contract Law in Serbia”, *Private Law in Eastern Europe*, op. cit., 93 i dalje.

<sup>71</sup> O navedenoj problematiki v. iscrpno u: Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Gradanskog zakonika, *Rad na izradi Gradanskog zakonika Republike Srbije. Izveštaj Komisije o otvorenim pitanjima*, Beograd, 2007.

<sup>72</sup> Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Građanski zakonik Republike Srbije, Radni tekst pripremljen za javnu raspravu*, Beograd, 2015.

francuskom i njemačkom građanskom zakonodavstvu, uz dodatnu komparativnu analizu nekolicine recentnijih kodifikacija (Quebec, Rumunjska, Brazil, Rusija, Madžarska). Sve u svemu, u konačnici je stvoren vrlo kvalitetan nacrt koji će nedvojbeno biti od velike koristi za druge kodifikacijske pothvate u Jugoistočnoj Europi. Javna rasprava o zakoniku je još uvijek u tijeku i u 2019. godini<sup>73</sup>.

Na ovom mjestu nužno je nešto reći i o javnoj percepciji izrade građanskog zakonika, kako bi se u sličnim takvim budućim pothvatima izbjegle moguće zamke. U tom smislu, tipičan je sljedeći senzacionalistički medijski pristup, prilikom zadnjeg produženja roka za javnu raspravu: „Javna rasprava o Građanskom zakoniku Srbije produžena je za još godinu dana, mada se taj dokument radi već 11 godina, a posebna komisija državu godišnje košta 15 miliona dinara“. Također, od velikog broja alternativnih rješenja, čak preko 480, koji su sadržani u nacrtu Zakonika, mediji su od cijelokupne materije građanskog prava, opet u senzacionalističkom ključu, izvukli ona pitanja koja će nužno najviše svjetonazorski podijeliti javnost („10 pitanja koja su podelila Srbiju!“), poput regulacije surrogat majčinstva, homoseksualnih zajednica ili eutanazije<sup>74</sup>. Svaka takva negativna percepcija u javnosti, koliko god bila neopravdana, može otežati i usporiti donošenje kodifikacije, što može biti dobra pouka za buduće kodifikatore u Jugoistočnoj Europi.

### *Makedonija*

Makedonija je nakon svog državnopravnog osamostaljenja usvojila nove zakone iz područja građanskog prava. Najprije su doneseni sistemski zakoni iz područja obiteljskog prava (1992) te naslijednog prava (1996) koji su slijedili dotadašnje savezne i republičke propise uz nužna osuvremenjivanja. Potom je 2001. godine donesen najvažniji tranzicijski građanskopravni propis: *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* koji u velikoj mjeri slijedi istoimeni hrvatski propis, što znači da se stvarno pravo u Makedoniji danas također lazi u okvirima tradicije OGZ-a. Iste 2001. godine donesen je i novi makedonski *Zakon o obligacijskim odnosima*, čvrsto utemeljen na tekstu istoimenog saveznog zakona iz 1978. godine, uz određene izmjene i dopune<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> U pogledu problematike izrade, sistema i općih obilježja nove srpske građanske kodifikacije, nadasve je relevantan tekst nedavno preminulog predsjednika komisije za njegovu izradu, profesora Slobodana Perovića (1932–2019): S. Perović, Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, *Pravna riječ*, 47/2016, 11 i dalje.

<sup>74</sup> U pogledu spomenutog senzacionalističkog medijskog pristupa, v. npr. <https://www.blic.rs/vesti/drustvo/10-pitanja-koja-su-podelila-srbiju-istratzujemo-zasto-gradanski-zakonik-nije-donet-vec/qqhsxej> (1. 11. 2019)

<sup>75</sup> Općenito o razvoju makedonskog građanskog prava i njegovim izvorima u post-komunističkom razdoblju v. npr. R. Živkovska, T. Pržeska, Codification of the civil law in the Republic of Macedonia, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*,

Na kraju 2010. godine Vlada Republike Makedonije osnovala je *Komisiju za izradu Građanskog zakonika Republike Makedonije*. Riječ je o tripartitnoj komisiji koja ima 12 stalnih članova iz redova univerzitetских profesora; 13 članova po funkciji iz redova političara, vodećih osoba nacionalne akademije znanosti i umjetnosti te vodećih funkcija u pravnoj praksi (npr. predsjednik Vrhovnog suda, državni pravobranitelj, predsjednici advokatske i komore); 14 uglednih inozemnih profesora, od kojih je 10 s područja država Ju-goistočne Europe<sup>76</sup>. U usporedbi sa Srbijom, radi se o puno većoj komisiji, koja je od početka obuhvatila i ugledne inozemne cili-ste. To je, međutim, sasvim razumljivo, obzirom da Makedonija u ovom području nema znanstvenu i stručnu tradiciju te kapacitete usporedive sa Srbijom.

Prema izvornom planu, rad Komisije na izradi kodifikacije trebao je trajati pet godina, no to se razdoblje odužilo. Pri izgradnji zakoni-ka, također, je prihvaćen klasični pandektni sistem građanskog prava koji obuhvaća pet knjiga, uz neznatno drukčiji raspored od *Građanskog zakonika Republike Srbije*: 1) opći dio; 2) obligacijsko pravo; 3) stvarno pravo; 4) naslijedno pravo; 5) obiteljsko pravo. Zaključno sa 2016. godinom, završen je radni tekst 2. i 4. knjige Zakonika, a u tijeku je bila izrada 5. knjige, što sve upućuje na zaključak da će rad Komisije potrajati još koju godinu. U obligacijskom pravu, također, je zadržan postojeći monistički sistem građanskog i trgovačkog prava, dok materija kompanijskog prava nije uvrštena u sadržaj zakoni-ka. Vodile su se rasprave i o tome treba li uopće uvrstiti materiju obiteljskog prava u kodifikaciju, no u pogledu tog pitanja prevladao je pozitivan stav. Kao i u slučaju *Građanskog zakonika Republike Srbije*, temeljna je pozicija pri izradi Zakonika bila zadržati visok stupanj kontinuiteta sa postojećim makedonskim pravom, uz važne izmjene i dopune, motivirane razlozima tranzicije, aktualizacije i europeiza-cije na temelju prethodnog uvida u odabrane komparativne kodifi-kacijske modele (Francuska, Italija, Njemačka)<sup>77</sup>. Sve u svemu, može se zaključiti da su makedonska nastojanja i iskustva u izradi građans-ke kodifikacije u relevantnoj mjeri usporediva sa srpskim, uz po-stojeći razmak od nekoliko godina.

---

53/2014, 255 i dalje; M. Ampovska, R. Ilioski, The process of civil law codification in Western Balkans, *Годишен зборник на Правен факултет* (Štip), 4/2015, 15 i dalje, Hamza, op. cit., 500 i dalje, s uputama na daljnju literaturu.

<sup>76</sup> Vlada Republike Makedonije, Odluka o formiranju komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Makedonije, *Službeni vestnik na RM*, br. 4/11, 2.

<sup>77</sup> Detaljnije o izradi Građanskog zakonika Republike Makedonije, njegovoj struk-turi i sadržaju, v. npr. R. Živkovska, T. Pržeska, op. cit., 255 i dalje; M. Ampovska, R. Ilioski, op. cit., 15 i dalje, D. Mickovik, A. Ristov, Family Law in the Civil Code of the Republic of Macedonia, *Journal of Civil & Legal Sciences*, 5/2016, 166 i dalje.

## Kosovo

Kosovo, ta najmlađa europska država, vrlo je brzo nakon svog nastanka donijela temeljne propise iz područja građanskog prava. Tako je 2009. usvojen *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, iz čijeg je samog imena već razvidno da se zakonodavac oslanjao i na hrvatska iskustva u tom području. Potom je 2012. donesen i *Zakon o obligacijskim odnosima*, također čvrsto oslonjen na tekst istoimenog saveznog jugoslavenskog zakona iz 1978. godine. Kako su navedeni propisi doneseni u novije vrijeme, u njima se jasno raspoznaaju tendencije tranzicije, aktualizacije i europeizacije obzirom na *acquis communautaire*<sup>78</sup>.

Kao sljedeći korak, pokrenut je u srpnju 2014. godine, uz oficijalnu podršku kosovskih vlasti, projekt koji se financira sredstvima Europske unije (IPA 2013) pod naslovom „Podrška građanskom zakoniku i imovinskim pravima“ (*Support to Civil Code and Property Rights*). Navedeni projekt provodio se 24 mjeseca od strane konzorcija koji je predvodilo *Njemačko društvo za međunarodnu saradnju* (GIZ), uključujući ugledne inozemne znanstvenike i praktičare uz suradnju domaćih pravnika. Sukladno službenom priopćenju *Kancelarije Europske unije na Kosovu*, sveobuhvatni cilj ovog projekta jest ojačati vladavinu prava i uskladiti kosovsko zakonodavstvo sa europskim standardima u području građanskog prava. Projekt ima za cilj pripremiti nacrt sveobuhvatnog građanskog zakonika i započeti sa postupkom provedbe unapređivanja koherentnosti regulatornog okvira u vezi sa imovinskim pravima na Kosovu, u skladu sa pravnom stečevinom EU i najboljom europskom praksom<sup>79</sup>.

Polazeći od navednog projekta i njegovih rezultata, kosovsko Ministarstvo pravde imenovalo je u ožujku 2015. godine *Komisiju za izradu građanskog zakonika* koju je predvodio osobno ministar pravde. Po isteku navedenog projekta financiranog od strane EU, Vlada je u studenom 2016. godine ovlastila Ministarstvo pravde da nastavi sa izradom *Građanskog zakonika Kosova*, koje je formiralo *Radnu grupu za rukovodjenje i koordinaciju procesa izrade i finalizacije Gradanskog zakonika*. Navedena grupa ima četiri tematske podgrupe: 1) tematska podgrupa za izradu nacrta općeg dijela i obligacijskog prava; 2) tematska podgrupa za izradu nacrta prava vlasništva i drugih stvarnih prava; 3) tematska podgrupa za izradu nacrta obiteljskog prava i nasljednog prava; 4) tematska podgrupa za izradu nacrta međunarodnog privatnog prava<sup>80</sup>. Kako se može uvidjeti već i na temelju na-

<sup>78</sup> O razvoju građanskog prava u Kosovu nakon osamostaljenja v. npr. M. Rocca, *Reforming Property Law in Kosovo: A Clash of Legal Orders*, *European Review*, 23/2015, 566 i dalje; D. Nerxhivane, *Selected papers on the new Kosovo Law on Obligation Relationships*, Saarbrücken, 2013.

<sup>79</sup> [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/kosovo/ipa/2013/ipa\\_2013\\_pf2\\_support\\_to\\_the\\_rule\\_of\\_law.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/kosovo/ipa/2013/ipa_2013_pf2_support_to_the_rule_of_law.pdf) (1. 11. 2019).

<sup>80</sup> <https://md.rks-gov.net/page.aspx?id=2,94> (1. 11. 2019).

vedene podjele zadataka, *Gradiški zakonik Kosova* će slijediti klasični pandektni sistem: 1. opći dio; 2. obligacijsko pravo; 3. stvarno pravo; 4. obiteljsko pravo; 5. nasljedno pravo. U kodifikaciju se očito izvorno planiralo uključiti i materiju međunarodnog privatnog prava, koja se, međutim, ne pojavljuje u posljednjim izvješćima<sup>81</sup>. Glavni komparativni model uporabljen pri izradi kodifikacije, prema riječima iz 2017. godine tadašnje ministricice pravde, jest nedvojbeno njemačko pravo: „odлуka da se slijedi njemački model rezultat je podudarnosti u pristupu, pravnoj metodologiji i pravnoj tradiciji, kao i uvjerenju da njemački model najbolje odgovara potrebama Kosova. Sljedeći taj model, vjerujemo da ćemo ponajbolje osigurati usklađenost sa najboljim europskim standardima i praksama“<sup>82</sup>.

Izrada nacrta *Gradiškog zakonika Kosova* dovršena je početkom 2019. godine, a usvajanje je predviđeno za 2020. godinu<sup>83</sup>. Ako se predviđeni rok ispoštuje te se usporedi navedena dinamika sa prikazanom situacijom u Srbiji ili Makedoniji, mora se zaključiti da će stvaranje i donošenje građanske kodifikacije u slučaju Kosova trajati znatno kraće.

### *Albanija*

Jedina država koja će biti obrađena u ovom istraživanju, a koja nije osamostaljena disolucijom socijalističke Jugoslavije jest Albanija. Stoga je razvoj građanskog prava u Albaniji u posljednjih stotinjak godina išao u prilično različitom smjeru od postjugoslavenskih država. Za taj se smjer sažeto može reći da je imao znatno više uspjeha u pogledu donošenja građanskih kodifikacija. Stoga je Albanija jedina od spomenutih država Jugoistočne Europe koja danas ima svoj vlastiti građanski zakonik, usvojen u tranzicijskom razdoblju nakon pada komunizma.

Kako smo već spomenuli, Albanija je kao država nastala osamostaljenjem od Osmanskog carstva u okolnostima Balkanskih ratova (1912–1913). U prvo vrijeme, u novonastaloj državi, nastavila se primjenjivati Medžella sve do 1928. godine kada je donesen prvi Albaniski građanski zakonik. Najvažniji normativni uzor navedenog zakonika bio je talijanski *Codice civile* iz 1865. a pri njegovoj su izradi u

<sup>81</sup> Republic of Kosovo, Ministry of justice, *Explanatory memorandum on draft Civil code of the Republic of Kosovo* (<http://civilcode-kosovo.org/wp-content/uploads/2019/04/Explanatory-Note-Civil-Code-ALB-ENG-SER.doc>) (1. 11. 2019); Republic of Kosovo, Ministry of justice, *Consultation document for the Civil code project*, February 2019 ([http://civilcode-kosovo.org/wp-content/uploads/2019/04/ang\\_-Document-for-Public-Consultation-for-the-Civil-Code.docx](http://civilcode-kosovo.org/wp-content/uploads/2019/04/ang_-Document-for-Public-Consultation-for-the-Civil-Code.docx)) (1. 11. 2019).

<sup>82</sup> “The decision to follow the German model comes as a result of the similarity in the legal approach, methodology, and legal tradition, and also the belief that the German model best fits the needs of Kosovo. Following this model, we believe that we will ensure compliance with the best European standards and practices”; cit. <https://md.rks-gov.net/page.aspx?id=2,15,1747> (1. 11. 2019)

<sup>83</sup> <http://www.eurecna.it/en/news/detail-news/items/71.html> (1. 11. 2019).

manjoj mjeri uporabljeni i francuski *Code Civil*, njemački BGB te švicarski ZGB. Pri izradi zakonika primjenjen je institucijski sistem, a navedena kodifikacije je bila na snazi do uspostave komunističke vlasti u Albaniji 1945. godine<sup>84</sup>. Nakon nekolicine parcijalnih zakona, sljedeći Albanski građanski zakonik usvojen je 1981. godine. Navedeni zakonik, koji je imao svega 354 člana (sic!), bio je do krajnje mjere obilježen kolektivističkom ideologijom<sup>85</sup>. Stoga je nakon pada komunizma, ulaska u tranzicijsko razdoblje te uvođenja tržišnog gospodarstva, taj zakonodavni eksperiment — kao gotovo ogledni primjer kodifikatorne ideologiziranosti i podreguliranosti — morao biti zamijenjen sasvim novom građanskom kodifikacijom.

Taj novi i danas važeći Albanski građanski zakonik stupio je na snagu već 1994. godine, što nedvojbeno svjedoči o vrlo brzoj dinamici njegove izrade i usvajanja. Važnu potporu pri izradi navedenog zakonika pružilo je Vijeće Europe. U okviru te potpore angažirano je nekoliko renomiranih europskih pravnih znanstvenika — među kojima se posebice ističe znameniti talijanski komparativist Gianmaria Ajani — kako bi uz suradnju domaćih pravnika izradili nacrt kodifikacije. Pri izradi navedenog zakonika prihvaćen je pandektni sistem razdijeljen u pet knjiga. Njegovi sastavni dijelovi su sljedeći: 1) opći dio; 2) stvarno pravo; 3) naslijedno pravo; 4) obligacije; 5) ugovori. Najvažniji normativni uzor za Albanski građanski zakonik iz 1994. godine bio je nedvojbeno talijanski *Codice civile* iz 1942. godine. Međutim, upada u oči činjenica da ta albanska građanska kodifikacija nije obuhvatila određene pravne grane koje *Codice civile* sadrži: obiteljsko pravo i trgovačko pravo<sup>86</sup>.

Albanski građanski zakonik na snazi je već dvadeset i tri godine. U vezi s tim potrebno je istaknuti jedan opći sociološkopravni problem u Jugoistočnoj Europi. Propisi mogu biti sastavljeni na najbolji mogući način, no veliko je pitanje hoće li ih njihovi adresati prihvati te ima li država dostatno snage da sistemski i konzistentno osigura njihovu implementaciju. Činjenica da je u postkomunističkom razdoblju u Albaniji drevno običajno pravo, prije svega, već spomenut *Kanun Leke Dukadina*, nedvojbeno doživjelo intenzivnu reaktualizaciju, dovodi nas do pitanja u kojoj je mjeri ta građanska kodifikacija uopće zaživjela „među narodom“, a u kojoj mjeri stanovništvo živi po nekim sasvim drugim normama mimo državnog pisanog prava<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> O navedenoj problematici v. npr. Hamza, op. cit., 502 i dalje; C. J. J. M. Stolker, Drafting a new Civil Code for Albania. Some personal experiences contrasted with the World Bank's 'Initial lessons', *Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück*, 6/1996–1997, 31 i dalje, s uputama na daljnju literaturu.

<sup>85</sup> Cf. Hamza, op. cit., 505; Stolker, op. cit., 31 i dalje, s uputama na daljnju literaturu.

<sup>86</sup> O kodifikaciji Albanskog građanskog zakonika iz 1994., njegovoj strukturi i sadržaju v. npr. G. Ajani, Die Kodifikation des Zivilrechts in Albanien, *Recht in Ost und West*, 9/1993, 257 i dalje; Stolker, op. cit., 32 i dalje.

<sup>87</sup> U tom je smislu izrazito interesantna opaska Stolkeru, jednog od istaknutih inozemnih članova kodifikacijske komisije: "...a lot will have to be done to ease the

## *5. Zaključne napomene: pouke za Crnu Goru*

Krajem ožujka 2017. godine, Ministarstvo pravde Crne Gore i Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, u suradnji sa AIRE centrom iz Londona organizirali su vrlo uspješnu konferenciju pod naslovom *Kodifikacija građanskog prava u Crnoj Gori*<sup>88</sup>. Navedena konferencija označila je na simbolički način početak pripremnih aktivnosti na izradi novog *Crnogorskog građanskog zakonika* koje su u tijeku<sup>89</sup>.

Na temelju prethodne analize moguće je izvući neke pouke u vidu kratkih napomena koje će biti korisne crnogorskim kodifikatorima. Uvjetno rečeno, neke od njih imaju općenitije značenje, dok druge vrijede specifično za Crnu Goru obzirom na njenu pravnu tradiciju te značajnu kodifikacijsku historiju.

1. Prva važna napomena tiče se sastava komisije za izradu nacrta građanske kodifikacije. Kako smo vidjeli, u većini država Jugoistočne Europe navedene komisije obuhvaćale su kako domaće, tako i inozemne eksperte. Obzirom na veličinu Crne Gore, čini se da bi i u ovom slučaju to bilo optimalno rješenje. U tom smislu treba istaknuti kako je iskustvo nebrojeno puta pokazalo da mnogočlane komisije u pravilu mnogo sporije napreduju u svom poslu nego komisije koje imaju manje članova sa jasno raspoređenim zadatcima i odgovornostima<sup>90</sup>.

2. To nas dovodi i do sljedeće napomene koja se odnosi na razdoblje potrebno za izradu građanske kodifikacije. Na obrađenim primjerima iz Jugoistočne Europe, vidjeli smo, s jedne strane, slučajevе u kojima izrada nacrta građanske kodifikacije traje dulje od desetljeća (Srbija) ili će zasigurno toliko potrajati (Makedonija), dok, sa druge strane, postoje slučajevi u kojima je navedena aktivnost trajala ili će predvidivo trajati od tri do pet godina (Albanija, Kosovo). Koji je razumni rok? Na to je pitanje moguće odgovoriti samo ako

---

acceptance of the Civil Code. How? It is difficult to say...The judges I spoke with told me that they will, every now and then, step on their bicycle to go to the Ministry of Justice to consult a certain piece of legislation in the statute-books, but that on the whole they would just apply a kind of customary law"; cit. Stolker, op. cit., 43.

<sup>88</sup> Cf. supra fn. 1.

<sup>89</sup> O navedenoj konferenciji v. npr. <https://www.canu.me/vijesti/odrzana-konferencija-kodifikacija-gradjanskog-prava-u-crnoj-gori--predstavljanje-osnovnog-koncepta-i-iskustava-u-regionu> (1. 11. 2019).

<sup>90</sup> Nakon navedene konferencije, predsjednik Vlade Crne Gore donio je *Odluku o obrazovanju Komisije za izradu građanskog zakonika*, koja je objavljena u „Službenom list Crne Gore“, br. 4/18 od 28. 01. 2018. Navedeno povjerenstvo čini 12 članova, a predvodi ga gospodin Zoran Pažin, potpredsjednik Vlade za politički sistem, unutrašnju i vanjsku politiku i ministar pravde Crne Gore. Istaknuti članovi komisije su predsjednik Crnogorske akademije nauka i umjetnosti (prof. dr Dragan K. Vukčević), eminentni crnogorski profesori privatnopravnih znanosti (Rašović, Korać, Radonjić), te suci Vrhovnog suda Crne Gore (Radović, Milačić, Božović). Prema našim informacijama, u sljedećoj je fazi izrade predviđen angažman i istaknutih inozemnih eksperata za građansko pravo.

se prethodno ukratko razmisli o dvije preliminarne dileme: 1) u kojoj će mjeri nova kodifikacija biti u kontinuitetu s postojećim zakonodavstvom te 2) koja će materija biti točno obuhvaćena novom kodifikacijom?

3. U pogledu prve dileme, treba napomenuti da su sve države Jugoistočne Europe koje su krenule u izradu nacrta građanskih kodifikacija — izuzev Albanije, u kojoj je to tada doista bilo nemoguće zbog njenog doista specifičnog političko-pravnog razvoja u razdoblju između 1945. i 1990. godine — nastojale zadržati visok stupanj kontinuiteta sa svojim postojećim pravom, uz važne izmjene i dopune, motivirane razlozima tranzicije, aktualizacije i europeizacije obzirom na *acquis communautaire* na temelju prethodnog uvida u odabrane komparativne kodifikacijske modele. Obzirom na kvalitetu postojećeg crnogorskog zakonodavstva u području građanskog prava, čini se da bi takav izraženi kontinuitet između postojećeg prava i nove kodifikacije bio optimalan put i za Crnu Goru<sup>91</sup>.

4. U pogledu druge dileme, treba istaknuti da je pitanje koja će materija biti točno obuhvaćena novom kodifikacijom, usko vezano uz pitanje koja će se sistematika uporabiti pri izradi građanske kodifikacije. Kako smo vidjeli, na današnjem crnogorskom teritoriju jest tijekom historije vrijedilo nekoliko građanskih zakonika koji su usvojili različitu sistematiku. Tako je najznačajniji od njih OIZ, jednako kao i Medžella, regulirao isključivo imovinsko pravo, tj. u prvom redu stvarno pravo i obligacijsko pravo. Francuski *Code civil* te austrijski OGZ temeljili su se na institucijskom sistemu. Talijanski *Codice civile* iz 1942. godine koji je kratkotrajno važio i u današnjim primorskim dijelovima Crne Gore, jednako kao i domaća pravna doktrina, usvojili su pandektni sistem. Navedeni sistem usvojila je i velika većina građanskih kodifikacija donesenih u svijetu nakon njemačkog BGB-a, kao i sve države Jugoistočne Europe koje su se uputile u potrvat kodifikacije građanskog prava (Albanija, Srbija, Makedonija, Kosovo). Stoga se čini da bi, komparativno gledano, racionalan izbor i u slučaju Crne Gore bio klasični pandektni sistem sa svojih pet knjiga: 1) opći dio; 2) obligacijsko pravo; 3) stvarno pravo; 4) obiteljsko pravo; 5) nasljedno pravo. Sukladno tradiciji važećeg zakonodavstva u grani obligacijskog prava, nastavljenog i u svim državama Jugoistočne Europe u kojima je u tijeku izrada građanskih kodifikacija, bilo bi uputno zadržati postojeći monistički sistem građanskog i trgovačkog prava. U tom kontekstu, posebno je pitanje treba li u zakonik uključiti i materiju kompanijskog prava kao što je to, primjerice, slučaj u talijanskom *Codice civile*.

5. Nakon što je odgovoreno na prethodno postavljene dvije dileme, mogao bi se dati i provizoran odgovor na pitanje koji bi bio razuman rok za izradu nacrta građanske kodifikacije. Čini nam se da bi u tom smislu bilo optimalno postaviti rok od godine dana za izradu

<sup>91</sup> Općenito o današnjem uređenju građanskog prava u Crnoj Gori, v. npr. Z. Rašović, *Građansko pravo*, Podgorica, 2009.

svake pojedine knjige *Crnogorskog građanskog zakonika*. Dulji rokovi, kako se to može vidjeti na primjeru Srbije, mogu izazvati negativne reakcije u javnosti i medijima te značajno uvećati troškove izrade kodifikacije.

6. U navedenom smislu, obzirom na prethodne analize, trebalo bi napomenuti što bi još bilo uputno izbjegći prilikom izrade nacrta građanske kodifikacije u svrhu njenog što bržeg usvajanja od strane nadležnog zakonodavnog tijela. S formalne strane gledano, čini nam se da definiranje velikog broja alternativnih prijedloga, kako je to bio slučaj u Srbiji, može znatno usporiti usvajanje zakonika. Sa sadržajne strane gledano, otvaranje u nacrtu građanske kodifikacije divizivnih ideooloških pitanja poput regulacije surogat majčinstva, homoseksualnih zajednica ili eutanazije, što se, također, dogodilo u Srbiji, može zbog intenzivnijih negativnih reakcija dijela javnosti i medija čak trajnije paralizirati donošenje građanske kodifikacije. Kako se tako veliki pothvat poput kodifikacije ne bi učinio taocem nepotrebnih ideooloških sukobljavanja, najbolje bi bilo takvu delikatnu materiju ispustiti iz građanskog zakonika te prepustiti posebnim propisima.

7. Poljednja napomena koja će se iznijeti u ovoj studiji tiče se odnosa novog *Crnogorskog građanskog zakonika* i crnogorske pravne tradicije, utjelovljene, prije svega, u znamenitom Bogišićevom OIZ-u. Već je tijekom spomenute konferencije *Kodifikacija građanskog prava u Crnoj Gori* istaknuto da novi *Crnogorski građanski zakonik* treba na određeni način uspostaviti organsku vezu sa svojim slavnim kodifikacijskim predšasnikom. Ako se zadrži visok stupanj kontinuiteta sa postojećim crnogorskim pravom, a nema razloga da to ne bude tako, navedena veza uspostaviti će se sama po sebi. Naime, kako crnogorski *Zakon o obligacionim odnosima* iz 2008. godine (koji najčešće vjerno slijedi tekst istoimenog saveznog zakona iz 1978. godine, prožet Konstantinovićevom trajnom inspiracijom Bogišićevim djelom)<sup>92</sup>, tako i inovativni crnogorski *Zakon o svojinsko-pravnim odnosima* iz 2009. godine (koji je u svojim pojedinim segmentima, također, sasvim nadahnut istim duhom)<sup>93</sup>, nedvojbeno sadrže, metaforički rečeno, i „genski kod“ OIZ-a. No, moglo bi se otici i korak dalje. Već smo rekli da je finalni dio OIZ-a sadržavao nekoliko desetina pravnih poslovica („zakonjača“) na narodnom jeziku od kojih neke sadrže i danas važeća fundamentalna pravna načela pravnog života. Te Bogišićeve „zakonjače“ jedna su specifična „u narodno ruhu“ odjenuta lokalna verzija rimske regula *iuris* kao tradicionalnog sažetog izraza same biti europske pravne tradicije i kulture, svojevrsne *acquis commun*. Pored toga, na neke od navedenih

<sup>92</sup> O navedenom crnogorskom obligacijskom zakonu iz 2008., v. npr. R. Korać, Z. Rašović, Predlog zakona o obligacionim odnosima, *Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici*, 37/2008, 58 i dalje.

<sup>93</sup> O navedenom crnogorskom stvarnopravnom zakonu iz 2009, v. npr. Z. Rašović, *Komentar Zakona o svojinsko-pravnim odnosima*, Podgorica, 2009.

izreka može se naići još i u uvodnom dijelu Medželle. Imajući u vidu da je prostor današnje Crne Gore dugi niz stoljeća predstavljao prostor dodira između slavenske običajnopravne tradicije, rimske pravne tradicije te islamske pravne tradicije, smatramo da bi se najbolji mogući *hommage* — kako tim velikim pravnim tradicijama prisutnima na tlu današnje Crne Gore, tako i velikoj crnogorskoj kodifikatorskoj historiji utjelovljenoj u Bogišićevom OIZ-u — mogao dati upravo uvrštavanjem probranih „zakonjača“ i u tkivo novog *Crnogorskog građanskog zakonika*. Tako bi se na najdostojanstveniji mogući način pružio i važan „lokalni“ doprinos određivanju univerzalnih pravnih načela u europsko-mediteranskom kontekstu<sup>94</sup>.

## Literatura

1. Ajani, G., Die Kodifikation des Zivilrechts in Albanien, *Recht in Ost und West*, 9/1993, 257–260.
2. Alinčić, M. et al., *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2007.
3. Ampovska, M., Ilioski, R., The process of civil law codification in Western Balkans, *Годишен зборник на Правен факултет* (Štip), 4/2015, 5–19.
4. Babić, I. et al., *Komentar Žakona o stvarnim pravima FBiH*, Sarajevo, 2014.
5. Bećić, M., Historijska i pravna osnovanost primjene Općeg građanskog zakonika u BiH nakon okupacije 1878. godine, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 54/2011, 63–79.
6. Bećić, M., Osmansko tanzimatsko pravo i austrougarski pravni poredak u Bosni i Hercegovini, *Analji Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 6/2013, 187–201.
7. Bećić, M., Primjena Medželle u postosmanskoj Bosni i Hercegovini, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 57/2014, 51–65.
8. Begović, M., Sličnosti između Medžele i Opštег imovinskog zakonika za Crnu Goru, *Prilozi za orientalnu filologiju* 5/1954–1955), 33–42.
9. Bellomo, M., *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1998;
10. Bikić, A., Bikić, E., *Obligaciono pravo — posebni dio*, Sarajevo 2011.
11. Bikić, A., *Obligaciono pravo — opći dio*, Sarajevo 2013.
12. Blagojević, V., Kratka paralela između uvodnog dela Medžele i završnog dela Bogišićevog crnogorskog imovinskog zakonika, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 36/1938, 81–86.
13. Bogišić, V., *Izabrana djela, Tom IV. Studije i članci*, Podgorica/Beograd, 2004.

<sup>94</sup> O navedenim Bogišićevim pravnim izrekama, ugrađenima u završni dio OIZ-a, v. supra pod 3; u navedenom kontekstu, prema posljednjim informacijama kojima raspolažemo na temelju razgovora s pojedinim članovima *Komisije za izradu građanskog zakonika*, iznimno je interesantan podatak da bi svih spomenutih 45 Bogišićevih „zakonjača“ iz OIZ-a trebalo biti integralno preneseno u završni dio novog Crnogorskog građanskog zakonika! Prema mišljenju autora ovog teksta, riječ je o doista iznimno mudroj odluci o ugradivanju najizvrsnijeg dijela crnogorske kodifikacijske prošlosti u buduća kodifikacijska nastojanja kao vjerojatno najsavremenije sastavnice nacionalne zakonotvorne vlastitosti, koja ujedno ima i relevantno univerzalno značenje.

14. Bogićić, V., *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji* (ed. T. Nikčević), Podgorica, 1984.
15. Bogojević-Gluščević, N., Rimska pravna pravila u zakonjačama Opštег imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru, *Istorijski zapisi* 78/2005, 7–34.
16. Calasso, F., *Introduzione al diritto commune*, Milano, 1970.
17. Coing, H., *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft*, Wiesbaden, 1968.
18. Coing, H., *Europäisches Privatrecht, Band II: 19. Jahrhundert, Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern*, München, 1989.
19. Durmišević, E., *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u prvoj polovini XX stoljeća*, Sarajevo, 2008.
20. Durmišević, E., Utjecaj šerijatskog prava na Opštiti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru, Almanah. Časopis za proučavanje, prezentaciju i zaštitu kulturno-istorijske baštine Bošnjaka/Muslimana, 57–58/2014, 169–183.
21. Gavella, N. et al., *Hrvatsko građanskopravno uređenje i kontinentalnoeuropejski pravni krug*, Zagreb, 1994.
22. Gavella, N. et al., *Stvarno pravo*, sv. 1 i 2, Zagreb, 2007.
23. Gavella, N., Belaj, V., *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008.
24. Gavella, N., Građansko pravo u Hrvatskoj i kontinentalnoeuropejski pravni krug — u povodu 140. godišnjice stupanja na snagu OGZ u Hrvatskoj, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 43/1993, 335–375.
25. Gavella, N., Kome treba građanski zakonik?, *Tvrtka*, 4/1996, 7–9.
26. Gavella, N., Teze za izradu Hrvatskog građanskog zakonika, *Zakonitost*, 46/1992, 751–760.
27. Goldštajn, A. et al., *Obvezno pravo*, vol. I, Zagreb 1979.
28. Gordley, J., Myths of the French Civil Code, *The American Journal of Comparative Law*, 42/1994, 459–505.
29. Hamza, G., *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischirechtliche Tradition*, Budapest, 2009.
30. Hasanbegović, J., „Pravne izreke Valtazara Bogićića skraja OIZ = katalog narodnjačkih opštih pravnih toposa?“, *Spomenica Valtazara Bogićića o stogodišnjici njegove smrti* (ed. L. Brenešelović), Knjiga 1., Beograd, 2011, str. 329–379.
31. Jansen, C. J. H., A European Civil Code and National Private Law: Lessons from History, *European Review of Private Law*, 3–4/2016, 473–488.
32. Josipović, T., “200 Jahre der ABGB-Anwendung in Kroatien — 135 Jahre als Gesetz und 65 Jahre als “Rechtsregeln”, *Festschrift 200 Jahre ABGB* (ed. Fischer-Czermak et al.), Wien, 2011, 157–174.
33. Josipović, T., Das kroatische Privatrecht als die neue 28. Privatrechtsordnung der Europäischen Union, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2/2014, 231–237.
34. Juhart, M. et al., *Uvod v civilno pravo*, Ljubljana, 2010.
35. Juhart, M., Tratnik, M., Vrenčur, R., *Stvarno pravo*, Ljubljana, 2007.
36. Kanon Leke Dukadinija (ed. D. Vukčević), Podgorica, 2011.
37. Karčić, F., *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, Sarajevo, 2011.
38. Karčić, F., Uloga kodifikacije u transformaciji pravnih sistema Jugoistočne Evrope u postosmanskom periodu, *Analisi Gazi Husrev-begove biblioteke*, 32/2011, 135–142.
39. Klarić, P., *Zakon o obveznim odnosima*, Zagreb 2005.
40. Konstantinović, M., „Stara „pravna pravila“ i jedinstvo prava“, *Analisi Pravnog fakulteta u Beogradu*, 4/1957, 431–437.

41. Konstantinović, M., Ideje Valtazara Bogišića o narodnom i zakonskom pravu, *Sociološki pregled*, 1/1938, 272–282.
42. Konstantinović, M., Jugoslovenski gradanski zakonik, *Pravni zbornik*, 2–3/1933.
43. Konstantinović, M., *Obligacije i ugovori: skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 1969.
44. Korać, R., Rašović, Z., Predlog zakona o obligacionim odnosima, *Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici*, 37/2008, 58–69.
45. Koschembahr-Lyskowski, I., "Zur Stellung des römischen Rechts im ABGB", *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, vol. I, Wien, 1911, 209–231.
46. Kregar, J. et al. (eds.), *Bogišić i kultura sjećanja. Zbornik radova znanstvenog skupa s međunarodnim sudjelovanjem održanog u prigodi stote godišnjice smrti Balda Bogišića*, Zagreb, 2011.
47. Lanović, M., *Privatno pravo Tripartita*, Zagreb 1929.
48. Lukić, R., „Imovinski zakonik i običajno pravo”, *Stogodišnjica Opštег imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru*, Podgorica, 1989, 17–23.
49. Margetić, L., “Il sistema giuridico delle città nelle province bizantine con speciale riguardo alla costa orientale adriatica (Dalmazia e Istria)”, *Akten XVI Internationaler Byzantinistenkongress*, III/2, Wien 1981, 391–398.
50. Martinović, N., *Valtazar Bogišić. I. Istorija kodifikacije crnogorskog imovinskog prava*, Cetinje, 1958.
51. Meder, S., “Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht. Zur Rechtsquellenlehre von Valtazar Bogišić in den Motiven zum montenegrinischen Gesetzbuch von 1888”, *Konflikt und Koexistenz. Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert. Bd. 2: Serbien, Bosnien-Herzegowina, Albanien* (ed. T. Simon), Frankfurt am Main, 2015., 583–599.
52. Mickovik, D., Ristov, A., Family Law in the Civil Code of the Republic of Macedonia, *Journal of Civil & Legal Sciences*, 5/2016, 166–170.
53. Miladin, P., „Običaji, kondikcije, ortaštvo i ugovorna kazna prema Bogišićevu Općem imovinskom zakoniku za Crnu Goru (OIZ) i hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima (ZOO)“, *Bogišić i kultura sjećanja. Zbornik radova znanstvenog skupa s međunarodnim sudjelovanjem održanog u prigodi stote godišnjice smrti Balda Bogišića* (eds. Kregar, J. et al.), Zagreb, 2011, 66–97.
54. Milić, I., *Pregled madžarskog privatnog prava u poređenju sa austrijskim gradanskim zakonom*, Subotica 1921.
55. Možina, D., *Obligacijski zakonik z uvodnim pojasnili*, Ljubljana, 2013.
56. Nerxhivane, D., *Selected papers on the new Kosovo Law on Obligation Relationships*, Saarbrücken, 2013.
57. Nikčević, T., Problemi recepcije običajnog prava u kodifikacijama građanskog prava u Srbiji i Crnoj Gori XIX vijeka, *Istorijski zapisi*, 79/2006, 85–106.
58. Nikolić, D., “Private Law in Vojvodina in the First Half of the 20<sup>th</sup> Century: A Functional Model of a Mixed Legal System”, *Öffnung und Wandel — Die internationale Dimension des Rechts* (Festschrift für Willibald Posch), Bd. II (ed. T. Boric et al.), Wien, 2011, 525–533.
59. Nikolić, D., “Property Law in Serbia: Both Autonomous Legal Development and Legal Transplant”, *Private Law in Eastern Europe. Autonomous Developments or Legal Transplants?* (eds. C. Jessel-Holst, R. Kulms, A. Trunk), Tübingen, 2010, 237–267.
60. Nikšić, S., „Reforma hrvatskog obveznog prava s posebnim osvrtom na odgovornost za štetu“, *Drugi skopsko-zagrebački pravni kolokvij*. Zbornik radova, Skopje, 2009, 91–119.

61. Ogris, W., "Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch", *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (eds. H. Coing, W. Wilhelm), Bd. I, Frankfurt am Main, 1974, 153–172.
62. Perović, J., "Contract Law in Serbia", *Private Law in Eastern Europe. Autonomous Developments or Legal Transplants?* (eds. C. Jessel-Holst, R. Kulms, A. Trunk), Tübingen, 2010, 93–107.
63. Perović, S., Prednacrte Građanskog zakonika Republike Srbije, *Pravna riječ*, 47/2016, 11–31.
64. Petrak, M. *Rimská pravna tradicija i hrvatska pravna kultura*, Zagreb, 2015.
65. Petrak, M., „Code Civil i hrvatska pravna kultura“, *Hrvati i Ilirske pokrajine (1809–1813)* (ed. F. Šanjek), Zagreb, 455–470.
66. Petrak, M., „Imovinskopravne regulae iuris u Bogišićevu zakoniku i njihovo aktualno značenje“, *Bogišić i kultura sjećanja. Zbornik radova znanstvenog skupa s međunarodnim sudjelovanjem održanog u prigodi stote godišnjice smrti Balda Bogišića* (eds. Kregar, J. et al.), Zagreb, 2011, 98–118.
67. Petrak, M., „Rimski temelji uređenja zablude (error) u Bogišićevu zakoniku“, *Povijest i sadašnjost građanskih kodifikacija* (ed. N. Hlača), Rijeka, 2014, 85–96.
68. Petrak, M., *Liber sclavorum qui dicitur Methodius*. O najstarijoj bizantsko-slavenskoj pravnoj zbirci u Duklji, *Glasnik Odjeljenja humanističkih nauka CANU*, 4/2018, 111–133.
69. Petrak, M., Rimsko pravo kao pozitivno pravo u Republici Hrvatskoj. Prilog tumačenju Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine, *Hrvatska pravna revija* 10/2006, 1–11.
70. Pilar, I., "Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina unter besonderer Berücksichtigung der Immobilienrechtes", *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, vol. I, Wien, 1911, 701–726.
71. Polojac, M., Mirković, Z., Đurđević, M. (eds.), *Srpski građanski zakonik — 170 godina*, Beograd, 2014.
72. Povlakić, M., "Property Law in Bosnia and Herzegovina", *Private Law in Eastern Europe. Autonomous Developments or Legal Transplants?* (eds. C. Jessel-Holst, R. Kulms, A. Trunk), Tübingen, 2010, 205–236.
73. Povlakić, M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009.
74. Popovci, S., *Valtazar Bogišić*, Podgorica, 2004.
75. Radić, D., „Razvoj građanskog prava u Bosni i Hercegovini“, *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu*, Knjiga II, Skopje, 2012, 249–262.
76. Radišić, J., *Obligaciono pravo*, Beograd, 2004.
77. Radović, V., Pokušaj kodifikacije građanskog prava u staroj Jugoslaviji („Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju“), *Radovi Instituta za hrvatsku povijest*, 7/1975, 249–307.
78. Ranieri, F., "Codice Civile", *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (eds. J. Basedow et al.), vol. I., Oxford, 2012, 217–221.
79. Rašović, Z., *Bogišićeve pravne izreke. Skladnosti između rimskopravnog i crnogorskog narodnog vrela*, Podgorica, 2016.
80. Rašović, Z., *Građansko pravo*, Podgorica, 2009.
81. Rašović, Z., *Komentar Zakona o svojinsko-pravnim odnosima*, Podgorica, 2009.
82. Rehm, G., "Code Civil", *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (eds. J. Basedow et al.), vol. I., Oxford, 2012, 200–203.

83. Rocca, M., Reforming Property Law in Kosovo: A Clash of Legal Orders, *European Review*, 23/2015, 566–582.
84. Schmidt, J. P., "Pandekentsystem", *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (eds. J. Basedow et al.), vol. II., Oxford, 2012, 1238–1240.
85. Simon, T. (ed.), *Konflikt und Koexistenz. Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert. Bd. 2: Serbien, Bosnien-Herzegowina, Albanien*, Frankfurt am Main, 2015.
86. Simonetti, P., Evolucija ustanove superficijarnog prava i usporedba s pravom građenja, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 33/2012, 3–35.
87. Stanković, O., Orlić, M., *Stvarno pravo*, Beograd, 2019.
88. Stein, P., *Rimsko pravo i Europa. Povijest jedne pravne kulture*, Zagreb, 2007.
89. Steinwenter, A., "Der Einfluss des römischen Rechtes auf die Kodifikation des bürgerlichen Rechtes im Österreich", *L'Europa e il diritto romano, Studi in memoria di P. Koschaker*, vol. I, Milano 1954, 403–426.
90. Stojanović, P., „O primjeni Opštег imovinskog zakonika u sudskoj praksi (sa posebnim osvrtom na stanje 1918–1941. godine)“, *Stogodišnjica Opštег imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru*, Podgorica, 1989, 235–263.
91. Stojanović, P., Međusobni odnosi i međuuticaji zakonskih propisa i običajnog prava u Crnoj Gori, *Istorijski zapisi*, 1–2/1972, 5–33.
92. Stoleis, M. (ed.), *Konflikt und Koexistenz. Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert. Bd. 1: Rumänien, Bulgarien, Griechenland*, Frankfurt am Main, 2015;
93. Stolker, C. J. J. M., Drafting a new Civil Code for Albania. Some personal experiences contrasted with the World Bank's 'Initial lessons', *Internationale Juristenvereinigung Osnabrück*, 6/1996–1997, 29–47.
94. Stolte, B., "The Law of New Rome: Byzantine Law", *The Cambridge Companion to Roman Law* (ed. D. Johnston), Cambridge/New York, 2015, 355–373.
95. Šarkić, S., Uticaj vizantijskog prava na srednjovekovno srpsko pravo, *Slovène. International Journal of Slavic Studies*, 2/2015, 106–118.
96. Škrubelj, K., Austrian General Civil Code (1812) and the Slovenes: the Blinding Legacy of Legal Monism, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 63/2013, 1063–1080.
97. Trstenjak, V., Koliko zakonikov na področju civilnega prava v Sloveniji?, *Pravna praksa*, 26–27/2001, 5–7.
98. Van Caenegem, R., *European Law in the Past and the Future*, Cambridge, 2002;
99. Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Gradanskog zakonika, *Gradanski zakonik Republike Srbije, Radni tekst pripremljen za javnu raspravu*, Beograd, 2015.
100. Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Gradanskog zakonika, *Rad na izradi Gradanskog zakonika Republike Srbije. Izveštaj Komisije o otvorenim pitanjima*, Beograd, 2007.
101. Vojnović, K., Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru obzirom na ostalo crnogorsko zakonarstvo, *Rad JAZU*, Knjiga XCVI, Zagreb, 1889, 1–109.
102. Wieacker, F., Griechische Wurzeln des Institutionensystems, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, 70/1953, 93–126.
103. Wieacker, W., "Aufstieg, Blüte und Krise der Kodifikationsidee", *Festschrift für Gustav Boehmer*, Bonn, 1954, 34–50.
104. Windscheid, B., *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, (ed. P. Oertmann), Leipzig, 1904.

105. Zimmermann, R., "The Civil Law in European Codes", *Regional Private Laws and Codification in Europe* (eds. H. L. MacQueen, A. Vaquer Aloy, S. Espiau Espiau), Cambridge, 2003, 18–59.
106. Zimmermann, R., Codification: History and Present Significance of an Idea, *European Review of Private Law* 3/1995, 95–120.
107. Zimmermann, R., Codification: The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law, *European Review of Contract Law* 8/2012, 367–399.
108. Zimmermann, W. G., *Valtazar Bogišić 1834–1908. Ein Beitrag zur südslavischen Geistes- und Rechtsgeschichte in 19. Jahrhundert*, Wiesbaden, 1962.
109. Zocco-Rosa, A., "Influssi di diritto romano sur una legislazione Slavo-serba", *Mélanges G. Cornil*, Vol. II, Paris, 1926, 625–638.
110. Zupančič, K. et al., *Reforma družinskega prava (predlog novih predpisov s komentarjem)*, Ljubljana, 2009.
111. Zupančič, K., Žnidaršič Skubic, V., *Dedno pravo*, Ljubljana, 2009.
112. Živkovska, R., Pržeska, T., Codification of the civil law in the Republic of Macedonia, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 53/2014, 251–266.

Marko Petrak, PhD

### CODIFYING CIVIL LAW IN SOUTHEAST EUROPE LESSONS FOR MONTENEGRO

Starting from the fact that preparatory phase for the codification of civil law in Montenegro have recently started, the content of the following analysis is an overview of the state of codification of civil law in the countries of Southeast Europe as the immediate environment of Montenegro.

The analysis will cover the five countries with which Montenegro borders today (Bosnia and Herzegovina, Serbia, Albania, Kosovo, Croatia), as well as the two remaining post-Yugoslav states with which Montenegro has been in the same state community for a long time (Slovenia, Macedonia) and therefore shared a very similar legal experience.

The analysis will briefly outline the legal traditions that have decisively influenced the legal systems of these states within their present borders, then the civil codifications or civil legislation in force during the twentieth century, while the central topic will be the question of the codifying of civil law in each of these countries today.

The aim of the analysis is to provide Montenegrin codifiers with an overview of relevant experiences from the abovementioned countries, ranging from the best practices to the most important factors that have a negative impact on codification projects. It will address various relevant issues such as the relation between legal traditions, existing legislation and codification efforts; questions of the competence of the certain national legal profession to create a codification of civil law; issue of participation of foreign experts in codification projects; questions of positive and/or negative impact of the political environment and the public sphere towards the civil codification etc.

*Key words:* codification, legal traditions, civil law, Southeast Europe, Montenegro

## Krivično djelo proganjanje u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore<sup>\*\*</sup>

U radu je dat prikaz novog krivičnog djela proganjanja (član 168a KZ) uvedenog u nacionalno zakonodavstvo Zakonom o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2017. Godine, čime je Crna Gora ispunila obavezu preuzetu na osnovu Konvencije Savjeta Evrope o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbul-ska konvencija).

Prilikom analize ovog krivičnog djela dio rada posvećen je i analizi krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti (član 168 KZ), te međusobnom odnosu ovih krivičnih djela (čl. 168 KZ i čl. 168a KZ). U tom smislu, posebna pažnja posvećena je analizi njihovih specifičnosti, sličnosti i razlike, a sve u cilju njihovog jasnog razgraničenja u praksi.

*Ključne riječi:* proganjanje, ugrožavanje sigurnosti, prijetnja, posljedica

### *Uvodne napomene*

Ispunjavajući obavezu preuzetu na osnovu Konvencije Savjeta Evrope o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici (*Istanbul-ska konvencija*) Crna Gora je izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2017. godine u svoje nacionalno zakonodavstvo uvela novo krivično djelo proganjanje (168a KZ), koje predstavlja predmet analize ovog rada.

Osim analize ovog krivičnog djela, zaseban dio rada posvećen je i analizi krivičnog djela ugrožavanje sigurnosti (član 168 KZ), te njihovom međusobnom odnosu, sa posebnim osvrtom na njihove specifičnosti, sličnosti i razlike, a sve u cilju njihovog preciznog razgraničenja.

### *1. Pojam proganjanja*

Krivično djelo proganjanje novo je krivično djelo, uvedeno u nacionalno zakonodavstvo Zakonom o izmjenama i dopunama Krivičnog

- 
- Saradnik u nastavi na predmetu Krivično pravo I i II na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica, doktor pravnih nauka; jelena.popovic@udg.edu.me
  - Za određena razmatranja u radu autorka je koristila dio svoje doktorske disertacije na temu „Krivična djela protiv sloboda i prava čovjeka i građanina sa elementom prinude“, odbranjene na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, 2016.

zakonika Crne Gore 2017. godine. Iako je uvođenje ovog djela u naše krivično zakonodavstvo predstavljalo preuzetu obavezu, neke od vodećih zemalja Evrope i svijeta samoinicijativno su, mnogo ranije, svojim nacionalnim zakonodavstvima inkriminisale takva ponašanja. Tako je krivično djelo proganjanje (eng. *stalking*) prvi put u svijetu uvedeno u Kaliforniji 1990. godine kao odgovor na više ubistava žena, među kojima i ubistvo poznate glumice Rebeke Šefer, koja je ubijena od strane svog obožavatelja nakon dvije godine proganjanja.<sup>1</sup> Nakon što je proganjanje po prvi put inkriminisano kao krivično djelo, primjer Kalifornije ubrzo su slijedile i sve ostale američke države, a zatim i vodeće zemlje Evrope.<sup>2</sup> Ipak, njihova iskustva u određivanju samih obilježja bića ovog krivičnog djela nisu ohrabrivala, budući da su ubrzo nakon njihovog inkriminisanja ista više puta mijenjana i dopunjavana.

Uvođenje krivičnog djela proganjanja u nacionalno zakonodavstvo Crne Gore predstavljalo je obavezu preuzetu, a kako se posebno ističe, Konvencija o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici predstavlja prvi pravno obavezujući instrument na području Evrope i prvi međunarodni ugovor koji se na sveobuhvatan način bavi pitanjima nasilja nad ženama i nasilja u porodici. Shodno čl. 33 i 34 Konvencije, koji tretiraju pitanje „psihičkog nasilja“, protestovala je obaveza država potpisnica da u okviru svojih nacionalnih zakonodavstava inkriminišu ona ponašanja kojima se u smislu navedenih članova krše osnovna ljudska prava i slobode i to na način kojim se ozbiljno ugrožava psihički integritet drugog lica. Regulisanje ovako osjetljivog pitanja, posebno uvezvi u obzir činjenicu da se na strani učinioča ovog djela nerijetko javljaju i lica sa „psihotičnim karakteristikama“, pitanje krivičnopravnog suzbijanja takvog ponašanja činilo je znatno složenijim.<sup>3</sup> Kao ključna, ovdje se, zapravo, javlja dilema kako zakonskim opisom na adekvatan način obuhvatiti sam fenomen proganjanja s obzirom da se, s jedne strane, prilikom propisivanja njegovog bića dovodi u pitanje načelo određenosti (*lex certa*), dok se, s druge strane, ne pruža u potpunosti krivičnopravna

<sup>1</sup> S obzirom da je ovo ponašanje prvi put u svijetu inkriminisano kao krivično djelo u Kaliforniji, navodimo njegov zakonski opis: Svako lice koje voljno, zlonamerno i u više navrata prati ili voljno i zlonamerno uznenemirava drugo lice i ozbiljno mu preti sa namerom da se to lice osnovano uplaši za svoju bezbednost ili bezbednost svoje uže porodice, krivo je za krivično delo proganjanja. Za izvršeno krivično delo propisana je kazna zatvora do jedne godine ili novčana kazna. Višnja M. Randelović, „*Progjanje: pojam, karakteristike i predlozi de lege ferenda*“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 1/2016, 236.

<sup>2</sup> M. Horakova, “*Stalking — the new phenomenon of the Czech criminal law*”, *Advances in Economics, Risk Management, Political and Law Science*, Zlin, 2012, 171.

<sup>3</sup> Z. Stojanović, „*Usaglašavanje Krivičnog zakonika Srbije sa Istanbulskom konvencijom*“, u: Dominantni pravci razvoja krivičnog zakonodavstva, Kopaonik, 2016, 27.

zaštita.<sup>4</sup> U prilog navedenom ide i već pomenuti podatak da su brojne zemlje koje su mnogo ranije u svoja nacionalna zakonodavstva uvela ovo krivično djelo, više puta vršila noveliranja svojih zakonskih rješenja. Određivanje obilježja bića ovog krivičnog djela dodatno je otežano time što Konvencija ne određuje bliže njegova obilježja već samo ustanovljava obavezu država potpisnica da inkriminišu *umišljajno ponavljanje prijetec̄eg ponašanja usmjereno ka drugom licu koji kod tog lica prouzrokuje strah za sopstvenu bezbjednost*.<sup>5</sup>

Analizirajući uporednopravnu praksu, zaključuje se da se regulisanju ovog pitanja pristupa na način uvođenja krivičnog djela proganjanja u nacionalna krivična zakonodavstva, pri čemu se uočavaju razlike u odnosu na zakonsku sistematiku s obzirom na objekt zaštite, odnosno grupu krivičnih djela u koju se ono svrstava. U tom smislu, najbrojnija su rješenja da je u pitanju lična sloboda (poput KZ-a Italije, Njemačke, Belgije, Rumunije, Hrvatske, Holandije), iako ima i drugačijih primjera poput KZ Luksemburga, koji ovo krivično djelo svrstava u grupu krivičnih djela protiv ličnosti, zatim KZ Mađarske, koji ovo djelo svrstava u grupu krivičnih djela protiv ljudskog dostojanstva i osnovnih ljudskih prava, KZ Danske, koji ovo djelo ubraja među djela protiv časti i drugih ličnih prava, ili KZ Češke, koji krivično djelo proganjanja reguliše u glavi krivičnih djela kojima se narušava miran suživot građana. Svakako, interesantan je KZ Malte, s obzirom da ovo djelo svrstava u grupu krivičnih djela pod nazivom „Prijetnja, nasilje i uznemiravanje“.<sup>6</sup>

Za razliku od navedenog, Velika Britanija i Republika Irska spadaju u malobrojne zemlje koje su ovu problematiku nastojale riješiti donošenjem posebnog zakona *Protection from Harassment Act and Non-Fatal Offences Against the Person Act*.<sup>7</sup> U tom kontekstu, interesantno se osvrnuti na bogatu praksu engleskih sudova koja već duži niz godina poznaje krivična djela *Assault and Battery* koja se smatraju najlakšim krivičnim djelima protiv tjelesnog integriteta (*Non-fatal Offences Against the Person*).<sup>8</sup> Ovom prilikom interesantno je izdvojiti predmet u kome se konstatuje da je izvršeno krivično djelo *Assault* u slučaju kada je izvršilac u toku jednog sata uputio 14 telefonskih poziva pasivnom subjektu ovog djela i tom prilikom čutao.<sup>9</sup> U tom kontekstu interesantno je istaći da se radnjom izvršenja ovog krivičnog djela tek od 1997. godine počelo smatrati i čutanje, te se, shodno sada važećim stavovima, radnja izvršenja ovog djela, osim verbalno,

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2018, 514.

<sup>6</sup> D. Miladinović-Stefanović, „Prilog raspravi o kriminalizaciji proganjanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš, 2016, 146–147.

<sup>7</sup> *Ibid.*, 146.

<sup>8</sup> I. Đokić, „*Assault and Battery* krivičnopravna zaštita telesnog integriteta u engleskom pravu“, u: *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, Prilozi projektu 2012 — kolektivna monografija, Beograd, 2013, 253.

<sup>9</sup> M. Molan, D. Lancer, D. Bloy, „*Bloy and Parrys Principles of Criminal Law*“, London-Sydney, 2000, 398.

može izvršiti pisanom porukom, konkludentnom radnjom, čutanjem, ali i na drugi način.<sup>10</sup> U kontekstu analizirane problematike, takođe, je interesantno navesti i slučaj koji datira iz 1823. godine (*Mead and Belt*), a kojom prilikom je raspravljano pitanje da li radnju izvršenja krivičnog djela *Assault* mogu činiti izgovorene riječi ili pjevanje. Engleska sudska praksa, takođe, bilježi i slučaj *Smith* iz 1983. godine u kojem je utvrđena krivica izvrsioca ovog djela, jer je isti iz neposredne blizine posmatrao pasivnog subjekta dok se isti nalazio u spavaćoj sobi svoje kuće.<sup>11</sup> Sudski stav zauzet u slučaju *Constanza* iz 1997. doveo je do šireg tumačenja uslova koje je potrebno ispuniti da bi ovo krivično djelo postojalo, pa je tako sudskom odlukom konstatovano da je učinilac u kontinuitetu pratio pasivnog subjekta, takođe ga i uznemiravao upućivanjem čestih telefonskih poziva, slanjem pisma i čekanjem u svom automobilu, a na osnovu čega je sud takvo ponašanje cijenio kao neposredan napad na integritet, jer je pasivni subjekt sasvim opravdano očekivao da se svakog trena može desiti nešto mnogo ozbiljnije.<sup>12</sup> Primjeri potencijalnih radnji izvršenja ovog krivičnog djela u praksi su brojni, pri čemu se isti uglavnom mogu svesti na fizičko praćenje, posmatranje, uporno pozivanje telefonom i slanje poruka, ali su poznati i drastičniji slučajevi poput naručivanja određenih usluga ili naručivanja i slanja predmeta među kojima se, svakako, izdvaja slučaj u kojem je izvršilac pasivnom subjektu svakog dana na kućnu adresu slao dio po dio pogrebne opreme.

Analizirajući brojnu, čak i stariju sudsку praksu, zaključuje se da su ovakva ponašanja poznata stotinama godina unazad, te je na ovom mjestu interesantno navesti i poznatu konstataciju da je u pitanju staro ponašanje a novo krivično djelo, odnosno da je proganjanje stari problem sa novim imenom.<sup>13</sup> Kako se u teoriji navodi, i prema Justinianovim institucijama predmet gonjenja mogao je biti onaj ko predstavlja smetnju ili dosadu udatoj ženi, dječaku ili djevojčici na način što ih prati.<sup>14</sup>

## 2. Krivično djelo proganjanje (član 168a KZ)

Krivični zakonik Crne Gore krivično djelo proganjanja svrstava u grupu krivičnih djela protiv sloboda i prava čovjeka i građana. Shodno zakonskom rješenju, krivično djelo proganjanja u svom osnovnom obliku čini lice koje drugog uporno proganja na način kojim može osjetno ugroziti njegov život, zdravlje, tijelo ili način života. Sam pojam upornog proganjanja određen je stavom 6 člana 168a

<sup>10</sup> J. Herring, *Criminal Law, The Basics*, Great Britain, 2009, 58.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 59.

<sup>12</sup> I. Đokić, nav. djelo, 253.

<sup>13</sup> Višnja M. Randelović, nav. djelo, 234.

<sup>14</sup> L. Royakkers, "The Dutch Approach to Stalking Laws", *Berkeley Journal of Criminal Law* 3(1)/2000, 1, Navedeno prema: Višnja M. Randelović, nav. djelo, 234.

KZ, a shodno kojem ovo krivično djelo čini lice koje u kontinuitetu, odnosno u određenom vremenskom periodu, neovlašćeno prati pasivnog subjekta ili preuzima druge radnje u cilju fizičkog približavanja ili uspostavljanja neposrednog kontakta protivno njegovoj volji; ili koristeći treća lica ili sredstva komunikacije.<sup>15</sup> Takođe, ovo djelo moguće je izvršiti i zloupotrebom ličnih podataka lica u cilju naručivanja roba i usluga; zatim prijetnjom napada na život, tijelo ili slobodu tog lica ili njemu bliskog lica; ali i preuzimanjem drugih sličnih radnji. U teoriji i nauci krivičnog prava zastupljen je stav da proganjanje, osim što ga mora karakterisati upornost, najčešće podrazumijeva kombinovanje više tehnika uz nemiravanja, a što sve ukupno treba uzeti kao cjelinu.<sup>16</sup> Dakle, navedene radnje moraju biti preduzete u toku određenog vremenskog perioda, što ukazuje na to da se za postojanje ovog djela zahtijeva njihovo ponavljanje, odnosno da proganjanje kao krivično djelo neće postojati onda kada je neka od navedenih radnji preduzeta samo jednom. Takođe, i onda kada se radnja preduzme više puta, čak i kada su preduzete različite predviđene radnje, uzima se da je izvršeno jedno krivično djelo. Zbog prirode ovog djela nije moguće primijeniti ni konstrukciju produženog krivičnog djela, jer će postojati samo jedno krivično djelo i onda kada je radnja izvršenja ponavljana prema istom pasivnom subjektu u toku dužeg vremenskog perioda.<sup>17</sup> Rezultati istraživanja sprovedenog u Holandiji pokazuju da progonitelj prosječno primjenjuje šest tehnika, odnosno metoda proganjanja: telefoniranje, uhođenje, odnosno praćenje, dokoličenje u neposrednoj blizini mjesta stanovanja proganjanog lica, fizičko približavanje, neovlašćeno ulaženje u stan i slanje poruka.<sup>18</sup> Tako, osim straha uslijed kojeg proganjano lice u potpunosti ili djelimično mijenja svoje dotadašnje životne navike, zbog čega ne izlazi na ulicu, ne ide na posao ili isti napusti, kao posljedice koje se na strani proganjanog lica veoma često javljaju, navode se ozbiljni psihički problemi poput različitih anksioznih stanja, poremećaja spavanja i ishrane, suicidalnih misli, depresije, paranoje, bijesa i dr.<sup>19</sup> Zapravo, u novije vrijeme na ovu temu sprovedena su brojna istraživanja koja pokazuju da uslijed proganjanja lice može pretrptjeti različite negativne posljedice, kako u fizičkom, tako i psihičkom smislu, kao što su: emocionalna otupjelost, osjećanje bespomoćnosti,

<sup>15</sup> S obzirom da razvoj savremene tehnologije nosi sa sobom i nove načine komunikacije poput razgovora mobilnim telefonom, slanja poruka, komunikacije putem interneta, mailova i društvenih mreža, proganjanje koje se vrši na ovaj način poznato je pod nazivom "cyberstalking"; M. Horakova, 173.

<sup>16</sup> T. Logan, L. Walker, 206. Navedeno prema: M. Kovačević: „*Proganjanje — opšta razmatranja i uporednopravni pregled*“, Strani pravni život, Beograd, 2018/1, 61.

<sup>17</sup> Z. Stojanović, nav. djelo, 514.

<sup>18</sup> M. Malsch, "Stalking. Do criminalization and punishment help?", *Punishment & Society*, Vol. 9, 2007, 205. Navedeno prema: M. Kovačević, nav. djelo, 61.

<sup>19</sup> V. Nikolić-Ristanović, M. Kovačević-Lepojević, „Proganjanje: pojam, karakteristike i društveni odgovori“, Termida, Beograd, 4/2007, 9.

depresivnost, anksioznost, napadi panike, pojačana agresija, gubitak sna, hronični umor, slabost, gubitak težine, promena životnih navika, mesta stanovanja, radnog mesta, izbjegavanje društvenih kontakata, raskid emotivne veze, pogoršanje porodičnih odnosa, a što sve može kulminirati i dovesti do suicidnih misli i pokušaja samoubistva.<sup>20</sup>

Ono što se javlja kao posebno problematično prilikom inkriminiranja određenih radnji kod ovog djela jeste to što se neka od njih, posmatrana izolovano, uopšte ne bi mogla tumačiti kao zabranjena, poput pisanja stihova, pisama, slanja cvijeća, poklona i sl. već bi se ista smatrala sasvim društveno prihvatljivom ili se makar ne bi u tolikoj mjeri smatrala štetnom da bi zasluzivala inkriminiranje (poput nametljivog ponašanja). Ipak, uvezši u obzir alarmantne statističke podatke koji ukazuju da u svijetu iz dana u dan raste broj žrtava ovog krivičnog djela, koje nakon višegodišnjeg proganjanja budu lišene života ili teško tjelesno povrijeđene, specifičnosti navedenih ponašanja uz upornost i kontinuitet koji ih karakterišu, ipak, nose ozbiljan rizik.

### *3. Krivično djelo ugrožavanje sigurnosti (član 168 KZ) i odnos sa krivičnim djelom proganjanja (član 168a KZ)*

U kontekstu analize odnosa krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti (čl. 168 KZ) i krivičnog djela proganjanja (čl. 168a KZ) važno je istaći njihove specifičnosti, a zatim ukazati na njihove sličnosti, ali i bitne razlike. Radnja izvršenja krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti sastoji se u upotreti prijetnje da će se napasti na život ili tijelo nekog lica ili njemu bliskog lica čime se ugrožava sigurnost tog lica. U tom smislu, važnu osobenost ovog djela i razliku u odnosu na sva ostala krivična djela kod kojih se prinuda javlja kao radnja, dio radnje ili način, odnosno sredstvo njihovog izvršenja, čini to što se ovo djelo ostvaruje primjenom samo jednog oblika prinude, odnosno prijetnjom.<sup>21</sup>

Učinilac ovog djela može biti svako lice. U tom kontekstu važno je navesti da krivičnopravno relevantnu prijetnju može uputiti i dijete, kao i lice koje je duševno bolesno, a što, s obzirom da pitanje uračunljivosti, starosti ili psihičke razvijenosti lica koje je prijetnju uputilo, nije od značaja za njeno postojanje, jer veoma često prijetnja koja je upućena od strane duševno bolesnog lica može izazivati ozbiljniji strah i osjećaj ugroženosti nego kada je ista upućena od strane lica koje nije duševno bolesno. U tom slučaju, kada je prijetnju, koja je kod pasivnog subjekta izazvala traženu posljedicu, odnosno lični osjećaj subjektivne ugroženosti, uputilo neuračunljivo

<sup>20</sup> D. Miladinović Stefanović, nav. djelo, 144.

<sup>21</sup> Z. Stojanović, „Propisivanje i primena krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti u krivičnom pravu Srbije“, u: Kaznena reakcija u Srbiji, deo III, Beograd, 2013, 3.

lice, uzima se da je ostvareno samo objektivno nepravo, dok se prema djetetu, shodno opštim pravilima krivičnog prava, ne mogu primjenjivati krivične sankcije.<sup>22</sup> S obzirom da se neuračunljivo lice ne može smatrati učiniocem krivičnog djela već protivpravnog djela, koje je u zakonu predviđeno kao krivično djelo u nekim zakonodavstvima,<sup>23</sup> usvojeno je rješenje shodno kojem se u odnosu na takva lica mogu primijeniti prinudne mjere čuvanja i liječenja koje nemaju karakter krivičnih sankcija.<sup>24</sup> Upućena prijetnja, uz obaveznu ocjenu prirode i stepena duševne poremećenosti lica koje istu upućuje, kao i svih drugih relevantnih okolnosti, ukazuje na to da li je ista bila ozbiljna i da li je postojala realna opasnost da će biti izvršeno protivpravno djelo koje je u zakonu predviđeno kao krivično djelo, a što sve ukupno predstavlja razloge za donošenje odluke o primjeni neke od mjera bezbjednosti koje se mogu primijeniti u odnosu na dvije kategorije lica (lica za koja je u krivičnom postupku utvrđeno da su postupala u stanju bitno smanjene uračunljivosti ili neuračunljivosti).<sup>25</sup>

Nacionalnim krivičnim zakonodavstvom pružaju se brojni oblici zaštite čovjekove sigurnosti, a krivičnim djelom ugrožavanja sigurnosti zakonodavac posebno pruža zaštitu i subjektivnoj strani lične sigurnosti čovjeka, odnosno subjektivnom osjećaju lične sigurnosti, a koja je sadržana u njegovom ličnom osjećaju da je i njegova ličnost pravno zaštićena.<sup>26</sup> Imajući u vidu da je krivično djelo ugrožavanje sigurnosti posljedično krivično djelo, umišljaj izvršioca mora obuhvatiti i svijest o nastupanju njegove posljedice, odnosno izvršilac mora biti svjestan da upućuje prijetnju koja se odnosi na napad na život ili tijelo tog lica ili njemu bliskog lica.<sup>27</sup> Dakle, posljedica kod ovog krivičnog djela se određuje subjektivno i za njegovo postojanje nije potrebno da je sigurnost nekog lica bila i objektivno ugrožena, a što dalje vodi pravnoj nesigurnosti, budući da ista radnja u jednom slučaju može biti krivičnopravno relevantna dok u drugom to neće biti slučaj.

Osim slučajeva kada lice prijetnju nije ozbiljno shvatilo ili se iste nije uplašilo iz kojih razloga krivično djelo neće postojati, ovog krivičnog djela neće biti ni u slučaju kada pasivni subjekt zbog određenih psihičkih svojstava (malo dijete ili duševno bolesno lice) ili fizičkih

<sup>22</sup> Z. Stojanović (2013), 6.

<sup>23</sup> Poput rješenja zastupljenog u KZ Republike Srbске, a shodno kojem je isključena mogućnost izricanja mjere licu za koje je u krivičnom postupku utvrđena neuračunljivost.; Vid. više: V. Ikanović, „Krivičnopravni položaj neuračunljivog učinjocu u Republici Srbkoj“, u: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 2013, 443.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Vidi više u: Z. Stojanović, „Mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja — Prinudno psihijatrijsko lečenje kao krivična sankcija“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, Deo V, Beograd, 2/2014, 150.

<sup>26</sup> D. Jakovljević, „Krivično djelo ugrožavanja sigurnosti lica pod međunarodnom zaštitom“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd, 1–2/1994, 194–195.

<sup>27</sup> N. Delić, *Nova rešenja u Posebnom delu KZ Srbije*, Beograd, 2014, 25.

nedostataka (gluboča, sljepilo ili komatozno stanje) ne može shvati-  
ti ozbiljnost upućene mu prijetnje, jer će se raditi o njegovom neka-  
žnjivom nepodobnom pokušaju.<sup>28</sup>

### *3.1. Pojam prijetnje u krivičnopravnom smislu*

Pojam prijetnje u kontekstu analize ovih krivičnih djela treba tu-  
mači na identičan način kao i kod ostalih krivičnih djela kod kojih  
se ona javlja. Prijetnja u teoriji i nauci krivičnog prava predstavlja iz-  
uzetno složeno pitanje, a sam njen pojam se u osnovi može odrediti  
na isti način, kako u opštem, tako i posebnom dijelu krivičnog prava.  
Iz tog razloga njen krivičnopravni pojam se u osnovi može odrediti  
na isti način sa oba ova veoma različita aspekta.<sup>29</sup> Dakle, pod poj-  
mom prijetnje u krivičnom pravu shvata se ona prijetnja koja je po  
svojim karakteristikama, kao i okolnostima pod kojima je izrečena,  
bila objektivno podobna da kod lica kojem je upućena izazove osjećaj  
straha, lične ugroženosti, nesigurnosti ili nespokojsstva.<sup>30</sup> Ozbiljnost  
upućene prijetnje i njen krivičnopravni značaj cijene se tokom krivič-  
nog postupka pri čemu je za njeno utvrđivanje neophodno objektiv-  
no sagledavanje svih okolnosti konkretnog slučaja.<sup>31</sup> Shodno brojnim  
primjerima iz sudske prakse, krivičnopravno relevantna prijetnja se  
može uputiti na različite načine, a u spisima se najčešće navodi da je  
prijetnja upućena verbalno, pisano, znacima, crtežima, konkludent-  
nim radnjama, pokazivanjem određenih predmeta ili pucanjem iz va-  
trenog oružja u vazduh. Dakle, krivično djelo ugrožavanje sigurno-  
sti može se izvršiti upućivanjem prijetnje na bilo koji način kojim je  
moguće prouzrokovati željenu posljedicu na strani pasivnog subjek-  
ta djela.<sup>32</sup> Usmjerenost prijetnje mora se odnositi isključivo na ugro-  
žavanje sigurnosti pasivnog subjekta i, za razliku od krivičnog djela  
prinude, ista nikada ne smije imati za cilj uticaj na njegovo ponaša-  
nje. Dakle, razlika između primijenjene prijetnje kod ovog krivičnog  
djela u odnosu na sva ostala krivična djela kod kojih se prijetnja ja-  
vlja, odnosi se na njenu usmjerenost, pa je tako prijetnja kod krivič-  
nog djela ugrožavanja sigurnosti sama sebi cilj.<sup>33</sup> Ipak, ovaj stav mo-  
že se u potpunosti prihvati samo u onim zakonodavstvima gdje se  
za postojanje ovog djela ne zahtijeva i nastupanje posljedice odnosno  
u onim zakonodavstvima u kojima je već samo upućivanje prijetnje  
inkriminisano kao krivično djelo, poput KZ Italije (član 612 KZ),

<sup>28</sup> Z. Stojanović, „Komentar Krivičnog zakonika“, Podgorica, 2010, 390.

<sup>29</sup> J. Popović, „Krivična djela protiv sloboda i prava čovjeka i građanina sa elemen-  
tom prinude“, Doktorska disertacija odbranljena na Pravnom fakultetu Univer-  
ziteta u Beogradu, 2016.

<sup>30</sup> M. Petrović, „O krivičnim delima protiv sloboda i prava čovjeka i građanina uči-  
njenim na štetu pripadnika drugog naroda, narodnosti ili etničke grupe“, Beo-  
grad, 1990, 15.

<sup>31</sup> D. Kalaba, „Krivično delo ugrožavanje sigurnosti“, Pravni život, Beograd,  
9/2004, 852.

<sup>32</sup> N. Delić, nav. djelo, 24.

<sup>33</sup> Z. Stojanović (2013), 6.

Njemačke (član 241), ali i austrijskog krivičnog zakonika, shodno kojem rješenju se ne zahtijeva nastupanje posljedice, ali se, ipak, zahtijeva subjektivna usmijerenost prijetnje pri čemu se ne govorи samo o prijetnji napada na život ili tijelo već o „opasnoj prijetnji“.<sup>34</sup> U tom pravcu kao osnovan treba prihvati u teoriji i nauci poznat stav Z. Stojanovića, a shodno kojem bi ovo krivično djelo trebalo postaviti kao krivično djelo ugrožavanja čija posljedica bi bila apstraktna opasnost.<sup>35</sup>

Shodno važećem zakonskom rješenju, onda kada lice prijetnju koja mu je upućena nije ozbiljno shvatilo, uslijed čega izostane i nastupanje posljedice, postojiće samo pokušaj izvršenja ovog djela koji nije kažnjiv. Dakle, postojanje ovog krivičnog djela zavisi i od brojnih okolnosti kao što su držanje lica kome je prijetnja upućena, njegovo fizičko ili psihičko stanje, stava prema upućenoj prijetnji i drugih okolnosti.<sup>36</sup> Zbog značaja koji imaju u pogledu postojanja ovog krivičnog djela, posebno će se cijeniti i lične karakteristike lica koje je prijetnju uputilo, njegova sklonost ka vršenju krivičnih djela, ranija osuđivanost, ali i međusobni i drugi odnosi koji postoje između učinioца i pasivnog subjekta, dok sama prijetnja mora biti ozbiljna, određena i realna sa aspekta lica kome je ista upućena. Inkriminacija postavljena na ovaj način može voditi samo pravnoj nesigurnosti, s obzirom da će postojanje ovog krivičnog djela zavisiti od procjene suda da li se lice u konkretnom slučaju zaista osjetilo ugroženim ili nije. U slučaju kada na strani pasivnog subjekta nije izazvan subjektivni osjećaj lične ugroženosti, odnosno, ukoliko nije nastupila tražena posljedica, sud u krivičnom postupku neće dalje razmatrati pitanje da li je upućena prijetnja u konačnom i bila podobna da ugrozi osjećaj lične sigurnosti, a što dalje upućuje na zaključak da jedna ista radnja u svakom konkretnom slučaju može različito djelovati na lica kojima je upućena i time proizvoditi različito krivičnopravno deјstvo, a samim tim i posljedice.

### *3.2. Odnos krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti (član 168 KZ) i krivičnog djela proganjanja (član 168a KZ)*

U pogledu analize radnji izvršenja krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti i krivičnog djela proganjanja, važno je istaći da se kao jedna od radnji izvršenja krivičnog djela proganjanja (tačka 4 stav 6 član 168a KZ) navodi prijetnja napadom na život, tijelo ili slobodu drugog lica ili njemu bliskog lica, pri čemu je ista vezana za nastupanje posljedice na način kojim se može osjetno ugroziti život, zdravlje, tijelo ili način života pasivnog subjekta. U tom slučaju, za postojanje krivičnog djela proganjanja potrebno je utvrditi da je preduzeta radnja bila takva da je mogla osjetno ugroziti život, zdravlje, tijelo ili načina života pasivnog subjekta. Onda kada preduzetom radnjom nije

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*, 14.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 4.

ostvarena mogućnost nastupanja ove posljedice, radi se o nekažnjivom pokušaju izvršenja ovog djela.

Kod oba krivična djela na subjektivnoj strani učinioца traži se postojanje umišljaja. Umišljaj u slučaju kod krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti mora biti usmijeren isključivo na ugrožavanje sigurnosti pasivnog subjekta, jer bi se, ukoliko on obuhvata i više od toga, radilo o pokušaju izvršenja nekog težeg krivičnog djela koje bi konsumiralo krivično djelo ugrožavanja sigurnosti (npr. pokušaj ubistva).<sup>37</sup> Umišljaj bi kod krivičnog djela proganjanja zbog prirode ovog ponašanja, odnosno iz razloga što izvršilac preduzima radnju u kontinuitetu upravo želeći da na strani pasivnog subjekta izazove određene promjene u njegovom ponašanju, kao i psihičkom životu, morao biti direktn.<sup>38</sup>

U kontekstu analize odnosa krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti i krivičnog djela proganjanja, potrebno je istaći da se u slučaju postojanja krivičnog djela proganjanja prijetnja mora ponavljati, odnosno ista mora trajati. Za razliku od krivičnog djela proganjanja, za čije postojanje se traži ponavljanje prijetnje, za postojanje krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti dovoljno je njen jednokratno upućivanje.<sup>39</sup> Dakle, važnu razliku među ovih djelima čini kontinuitet, odnosno upornost koja se javlja na strani izvršilaca krivičnog djela proganjanja, a koji u određenom vremenskom periodu ponavlja jednu ili češće kombinuje više radnji izvršenja. Takođe, pasivnom subjektu krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti može se prijetiti napadom na život i/ili tijelo dok se u slučaju proganjanja prijetnja, osim na život i/ili tijelo, može odnositi i na slobodu.

U pogledu posljedice krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti ista se javlja u vidu subjektivnog osjećaja lične ugroženosti, a koje bez nastupanja takve posljedice neće postojati dok se za postojanje krivičnog djela proganjanja zahtijeva da je stvorena svijest o mogućnosti neposrednog napada, odnosno da je preduzetim radnjama osjetno ugrožen život, zdravlje, tijelo ili način života pasivnog subjekta.

Krivično djelo proganjanja u našem pravu ima teži oblik koji postoji u slučaju ako je djelo učinjeno prema bivšem bračnom ili vanbračnom drugu<sup>40</sup>; prema maloljetnom licu, trudnicu ili licu sa invaliditetom; ili je njegovim izvršenjem izazvana opasnost po život,

<sup>37</sup> Z. Stojanović, (2018), 511.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 516–517.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 517.

<sup>40</sup> Na osnovu sprovedenih brojnih analiza, navode se podaci da su žrtve proganjanja u najvećem procentu žene, kao i bivši bračni ili vanbračni drugovi. Ono što posebno zabrinjava i sve češće se ističe, jeste činjenica da proganjanje što duže traje, postaje sve agresivnije. U tom kontekstu se posebno upućuje na stručne stavove iz oblasti psihologije i psihijatrije, kojima se naglašava da u najvećem broju slučajeva radnje proganjanja predstavljaju izuzetno opasna ponašanja koja je najvažnije zaustaviti odmah kako bi se izbjeglo nastupanje težih posljedica, jer ako učinilac ne bude odmah zaustavljen, šanse da se proganjanje fatalno završi rapidno se uvećavaju (kao u poznatom slučaju M. Malička); M. Horakova, 176.

zdravlje ili tijelo drugog lica ili njemu bliskog lica. Najteži oblik ovog djela postoji ako je uslijed njegovog izvršenja nastupila smrt drugog lica ili njemu bliskog lica. U ovom slučaju, u pitanju je djelo kvalifikovano težom posljedicom, što znači da se za njegovo postojanje na učiniočevoj subjektivnoj strani zahtijeva nehat. Za izvršen osnovni oblik krivičnog djela proganjanja učinilac će se kazniti novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine dok će učinilac težeg oblika biti kažnjen kaznom zatvora u trajanju od tri mjeseca do pet godina. Za najteži oblik ovog krivičnog djela učinilac se može kazniti kaznom zatvora u trajanju od jedne do deset godina.

Kada je riječ o krivičnom djelu ugrožavanja sigurnosti, teži oblik ovog djela postoji u slučaju kada je krivično djelo učinjeno prema više lice, ili je izazvalo uznemirenost građana ili druge teške posljedice, ili je učinjeno iz mržnje. Za izvršen osnovni oblik krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti učinilac se kažnjava novčanom kaznom ili kaznom zatvora u trajanju do jedne godine, dok će za učinjen teži oblik ovog djela učinilac biti kažnjen kaznom zatvora u trajanju od tri mjeseca do tri godine. Ukoliko je ovo krivično djelo učinilo službeno lice u vršenju službe, isto će biti kažnjeno zatvorom od tri mjeseca do tri godine.

Sticaj u odnosu na krivična djela ugrožavanja sigurnosti i proganjanja može biti samo prividan, što znači, da u zavisnosti od konkretnih okolnosti slučaja, mogu biti ostvareni elementi bića jednog ili drugog krivičnog djela.

### *Zaključak*

Proganjanje predstavlja novo krivično djelo u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore, pa je o njegovoj primjeni u praksi još uvijek ranovo govoriti. Kao što je u radu navedeno, brojne zemlje koje su ovo krivično djelo u svoja nacionalna zakonodavstva unijela mnogo ranije, susretala su se sa mnogim izazovima i problemima u praksi, a što je za posljedicu imalo česta noveliranja njihovih zakonskih rješenja. Krivično djelo ugrožavanja sigurnosti u domaćoj sudskej praktici stvara brojne probleme koji su najčešće prouzrokovani time što je ovo djelo u našem pravu postavljeno kao posljedično krivično djelo. Kao što je u radu objašnjeno, posljedica kod ovog djela utvrđuje se na osnovu subjektivnog kriterijuma, a što nije slučaj sa brojnim uporednopravnim rješenjima vodećih zemalja na polju krivičnog prava, poput Italije, Njemačke i Austrije.

Zaključno, krivično djelo ugrožavanje sigurnosti (član 168 KZ) i krivično djelo proganjanje (član 168a KZ) i pored određenih sličnosti, kao i djelimičnog preklapanja jednog oblika radnje izvršenja, bitno se razlikuju, a koje razlike bi trebalo da budu dovoljne za njihovo pravilno kvalifikovanje u praksi.

## *Literatura*

1. Delić, N., „*Nova rešenja u Posebnom delu KZ Srbije*“, Beograd, 2014.
2. Đokić, I., „*Assault and Battery krivičnopravna zaštita telesnog integriteta u engleskom pravu*“, u: Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU, Prilozi projektu 2012 — kolektivna monografija, Beograd, 2013.
3. Ikanović, V., „*Krivičnopravni položaj neuračunljivog učinioca u Republici Srbkoj*“, u: Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena, Zlatibor, 2013.
4. Jakovljević, D. „*Krivično djelo ugrožavanja sigurnosti lica pod međunarodnom zaštitom*“, Analji Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1-2/1994.
5. Kalaba, D., „*Krivično delo ugrožavanje sigurnosti*“, Pravni život, Beograd, 9/2004.
6. Kovačević, M.: „*Proganjanje — opšta razmatranja i uporednopravni pregled*“, Strani pravni život, Beograd, 1/2018.
7. Miladinović-Stefanović, D. „*Prilog raspravi o kriminalizaciji proganjanja*“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2016.
8. Molan, M., Lanser, D. Bloy, D., „*Bloy and Parrys Principles of Criminal Law*“, London-Sydney, 2000.
9. Nikolić-Ristanović, V., Kovačević-Lepojević, M., „*Proganjanje: pojam, karakteristike i društveni odgovori*“, Termida, Beograd, 4/2007.
10. Petrović, M., „*O krivičnim delima protiv sloboda i prava čoveka i građanina učinjenim na štetu pripadnika drugog naroda, narodnosti ili etničke grupe*“, Beograd 1990.
11. Popović, J. „*Krivična djela protiv sloboda i prava čovjeka i građanina sa elementom prinude*“, Doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, 2016.
12. Randelović, V. „*Proganjanje: pojam, karakteristike i predlozi de lege ferenda*“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 1/2016.
13. Stojanović, Z., „*Propisivanje i primena krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti u krivičnom pravu Srbije*“, u: Kaznena reakcija u Srbiji, deo III, Beograd, 2013.
14. Stojanović, Z. „*Mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja — Prinudno psihijatrijsko lečenje kao krivična sankcija*“, u: Kaznena reakcija u Srbiji, Deo V, Beograd, 2/2014.
15. Stojanović, Z., „*Usaglašavanje Krivičnog zakonika Srbije sa Istanbulskom konvencijom*“, u: Dominantni pravci razvoja krivičnog zakonodavstva, Kopaonik, 2016.
16. Stojanović, Z. „*Komentar Krivičnog zakonika*“, Podgorica, 2010.
17. Stojanović, Z. „*Komentar Krivičnog zakonika*“, Beograd, 2018.
18. Herring, J., „*Criminal Law, The Basics*“, Great Britain, 2009.
19. Horakova, M., „*Stalking — the new phenomenon of the Czech Criminal Law*“, Advances in Economics, Risk Management, Political and Law Science, Zlin, 2012.

### *Pravni akti:*

1. Krivični zakonik Crne Gore, „*Službeni list RCG*“, br. 70/03, 13/04, 47/06 i „*Službeni list CG*“, br. 40/08, 25/10, 32/11, 64/11, 40/13, 56/13, 42/15, 58/15, 44/17 i 49/18.

Jelena Đurišić, PhD

**CRIMINAL OFFENCE STALKING IN CRIMINAL  
LEGISLATION OF MONTENEGRO**

The article is dedicated to the analysis of the new criminal offense stalking (Article 168a) which has been introduced into national criminal law by the Law on Amendments to the Criminal Code of Montenegro in 2107. In this way Montenegro has fulfilled its obligation under Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention). In the analysis of this crime, part of the paper is devoted to the analysis of the crime of endangering security (Article 168) and to the relationship between these criminal acts (Art. 168 and 168a). Special attention in the article was dedicated to the analysis of their similarities but also to their significant differences with a view to their clear demarcation and precise qualification into the practice.

*Key words:* Stalking, Threats, Endangering Safety, Consequence



# Međunarodna nadležnost za online potrošačke ugovore u Evropskom međunarodnom privatnom pravu

Zaštita prava potrošača je jedan od najznačajnijih zadataka savremene Evropske unije. Iako je zaštita potrošača u Evropi svoj mah uzela još prije pola vijeka, čini se da ova pitanja nikada nisu bila aktuelnija i kvalitetnije regulisana. Jedna od najvažnijih zaštita potrošača je ustanovljena kroz utvrđivanje međunarodne sudske nadležnosti.

Tema ovog rada je upravo istraživanje nivoa ovog oblika zaštite potrošača prilikom zaključivanja on-line ugovora sa međunarodnim elementom. Ova pitanja su posebno značajna u kontekstu sve veće i učestalije upotrebe interneta prilikom trgovine. Jedno od najzanimljivijih pitanja je kojem sudu se možemo obratiti ako do eventualnog spora dođe i da li je ta tema uopšte pravno regulisana u Evropskoj uniji.

*Ključne riječi:* potrošači, internet, zaštita, ugovori, Evropska unija

## *Uvod*

Razvoj novih tehnologija i modernizacija poslovanja uticali su, između ostalog, i na način na koji trgovci (prodavci) ostvaruju kontakt sa potrošačima. Sve je više onih koji proizvode i usluge prodaju putem interneta.

Online ugovori su svakodnevica a samim tim su i sporovi nastali kao posljedica neizvršenja određenih obaveza sve učestaliji. Ipak, ti građanski i privredni postupci najčešće nemaju osnovu koja je postavljena na ravноправnoj ravni zbog nesrazmjerne u poznavanju prava i obaveza između trgovaca i potrošača. Naročito je ta neravnopravnost izražena prilikom zaključivanja potrošačkih ugovora sa inostranim elementom. Iz tog razloga je neophodno pravnim sredstvima obezbjediti zaštitu potrošača, a prvi preduslov je postavljanje adekvatnih pravila u pogledu međunarodne nadležnosti.

## *1. Potrošači i potrošački ugovori u Evropskom međunarodnom privatnom pravu*

Na dva prosta primjera mogli bismo prikazati koliko je ova tema životna i značajna.

---

■ Asistent u nastavi na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica, master prava, e-mail: bojan.bozovic@udg.edu.me.

Dvadesetdvogodišnji gospodin, koji ima prebivalište u Belgiji je na odmoru u Australiji. On je ruski državljanin, maternji jezik mu je švedski a služi se i engleskim i francuskim. Kao pravi vrijedni student, kupio je knjigu putem interneta dvije sedmice prije dolaska u Australiju. Kupio je knjigu putem vebajta (website) prodavca koji je smješten u Švedskoj. Internet domen vebajta je [www.stockholm-bokhandel.se](http://www.stockholm-bokhandel.se). Tekst je bio isključivo na švedskom a cijena je izražena samo u švedskim krunama. Nakon što je izabrao knjigu, ukucao je broj svoje kreditne kartice i adresu i kliknuo OK preko svog miša. U skladu sa Opštim uslovima poslovanja koja su bila istaknuta na sajtu, knjiga će biti isporučena za 5 dana. Međutim, na dan njegovog dolaska, knjiga još nije stigla. Kako mu knjiga još nije stigla, odlučio je da preko laptopa kupi kompjutersku igricu u hotelu u Australiji. On je kupio igricu kod prodavca koji ima domicil u Francuskoj a domen ime vebajta je [www.commerce-europa.com](http://www.commerce-europa.com). Tekst sajta je na francuskom i engleskom a cijena je izražena u eurima. Nakon što je dao podatke sa kartice i pritisnuo OK na mišu laptopa, igrica je bila sačuvana na hard disku njegovog laptopa. Međutim, igrica nije funkcionalna kako je trebalo. Po povratku kući, uputio je pisma obojici prodavaca ali nije dobio odgovor i odlučio je da ih tuži ali nije znao kojem sudu. Belgijskom, australijskom, švedskom, francuskom...?

Na ovim primjerima, a sličnih bi moglo biti nebrojeno, jasno se vidi koliki značaj mogu imati potrošački ugovori zaključeni u savremenom svijetu. Svjesni toga, možemo konstatovati ipak da je zaštita slabije strane u ugovornim odnosima kratka i jasna, naspram dugе i komplekne istorije nastanka i razvoja međunarodnog privatnog prava (u daljem tekstu i: MPP).

Razvoj međunarodnog privatnog prava i zaštita potrošača bili su u tijesnoj vezi sa socijalnom politikom u Evropi još prije više od 50 godina, ali i zaštitom ljudskih prava koja se ogledala u zaštiti slabije strane.<sup>1</sup> To je za posljedicu imalo snažan napredak u razvoju potrošačke politike tokom 1960-ih godina u Zapadnoj Evropi. Ova tendencija je izdvojila potrošačko pravo iz trgovinskog prava a samim tim i međunarodno privatno pravo je moralno da kreira prava u skladu sa novonastalom činjenicom.<sup>2</sup>

Osnovno pitanje je ipak ko je potrošač, s obzirom na to da potrošač može da znači mnogo toga u različitim kontekstima. Ekonomisti i sociolozi su razvili sopstveni pojam potrošača. U pravu međutim, definicija „potrošača“ varira od države do države. Evropska zajednica (odnosno kasnije Evropska unija) je razvila svoj pojam potrošača koji se može interpretirati nezavisno od uticaja samih nacionalnih pravnih sistema.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Zheng Sophia Tang, Electronic Consumer Contract in the Conflict of Laws, str. 4.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Brussels I Regulation, Munich, 2012, str. 76.

Dirketivom 93/13/EEZ je propisano da je potrošač svako fizičko lice koje nastupa za potrebe izvan okvira svog zanimanja, preduzeća i profesije, dok je trgovac (prodavac robe i pružalač usluga) svako pravno i fizičko lice koje nastupa u okviru svog zanimanja, preduzeća ili profesije, bez obzira na to da li je u javnom ili privatnom vlasništvu.<sup>4</sup>

Pri određivanju pojma „potrošač“ Sud Evropske unije u Luksemburgu (u daljem tekstu i: Evropski sud) polazi od „opštih principa koji su tom području dio prava država članica“. Tumačenje Evropskog suda jasno upućuje na pravila o potrebi zaštite ekonomski slabije i pravno manje iskusne ugovorne strane.<sup>5</sup>

Prema mišljenju Evropskog suda u većini država članica posebno zakonodavstvo se primjenjuje u pogledu samo određene kategorije kupaca, onih koje karakteriše slabija ekomska pozicija u odnosu na prodavca. Ovu grupu ranjivih kupaca Evropski sud je definisao kao „konačne privatne potrošače“ koji kupujući robu sa plaćanjima na rate to ne čini u svojstvu trgovaca ili u okviru svojih profesionalnih aktivnosti.<sup>6</sup>

Pri određivanju definicije potrošača Evropski sud naglašava da se posebna pravila o međunarodnoj nadležnosti za potrošačke ugovore moraju tumačiti restriktivno<sup>7</sup>. Naime, ciljevi odredaba čl. 13 i 14 nekadašnje Briselske konvencije (danас Uredbi Brisel I i Uredbi Brisel I bis) inspirisani su isključivo i jedino zaštitom određenih kategorija finalnih kupaca kojima je takva zaštita potrebna, budući da se konačni privatni kupci nalaze u ekonomski slabijem položaju u odnosu na prodavca iz razloga što ne djeluje u okviru profesionalnih aktivnosti i potrebno ih je dodatno zaštiti.<sup>8</sup>

Uredbom Brisel I potrošač je definisan kao osoba koja sklopi ugovor „u svrhe koje se ne mogu smatrati njenom profesionalnom ili poslovnom djelatnošću.“ Uredba Brisel I dakle prepoznaje potrošača kao osobu koja je zaključila ugovor izvan djelokruga svog zanimanja ili profesije.<sup>9</sup> Identičnu definiciju nalazimo u Uredbi Rim I.<sup>10</sup> Prilikom tumačenja ovog pojma, uvijek treba imati na umu da on mora biti autonoman, i da se ne mogu na njega primjenjivati načela bilo kojeg unutrašnjeg nacionalnog prava. Međutim, propisano je da se pojmovi vezani uz potrošačke ugovore trebaju „uskladeno tumačiti“ u Uredbi Brisel I i Uredbi Rim I, iz čega možemo zaključiti da se, barem načelno, tumačenje pojma potrošač za svrhu primjene Uredbe Brisel I može primjenjivati i kod primjene Uredbe Rim I.<sup>11</sup>

<sup>4</sup> Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, on unfair terms in consumer contracts, OJL 95/29, 21. 04. 1993.

<sup>5</sup> Magnus, str. 364.

<sup>6</sup> Bertrand v. Paul Ott KG, C-150/77, [1978] ECR 1431, para. 21.

<sup>7</sup> Magnus, str. 367.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Krešimir Sajko, Međunarodno privatno pravo, Zagreb, 2008, str. 402.

<sup>10</sup> Član 6 Uredbe Rim I.

<sup>11</sup> Uredba Rim I, recital 24.

U Haškoj konvenciji potrošač je definisan kao „fizičko lice koje djeluje ponajprije za lične, porodične ili kućne potrebe“. Iako se na prvi pogled ove dvije definicije razlikuju, čini se da one ipak znače istu stvar. Naime, tumačenje pojma potrošač u Uredbi Brisel I razvijalo se kroz praksu Evropskog suda, a praksa je pokazala da, i prema Uredbi Brisel I, baš kao što je propisano Haškom konvencijom, potrošač jeste fizička osoba i to ona osoba čiji je cilj lična upotreba nekog proizvoda ili usluge koja je predmet ugovora.

Uredbom Brisel I izričito je određeno na koje se vrste ugovora odnose odredbe o nadležnosti, dakle, određeno je polje primjene. Tako je propisano da ugovor mora sklopiti potrošač, a mora se raditi o jednom od tri navedene kategorije ugovora: a) ugovoru o kupoprodaji robe sa otplatom cijene na rate, b) ugovoru o zajmu sa otplatom na rate ili o ugovoru o bilo kakvom drugom obliku kredita, sklopljenim za finansiranjem prodaje robe ili u svim drugim slučajevima, c) o ugovoru sklopljenom sa licem koje obavlja trgovacku ili profesionalnu djelatnost u državi članici u kojoj potrošač ima domicil, ili ako na bilo koji način usmjerava svoje djelovatnosti u tu državu članicu ili više država uključujući tu državu članicu, a ugovor spada u okvir te djelatnosti<sup>12</sup>.

Prema članu 6 Uredbe Rim I, ugovor koji sklopi fizičko lice u svrhu za koju se smatra da je izvan njegove struke ili profesije (potrošač) sa drugom osobom koja djeluje u svojoj struci ili profesiji (preduzetnik) podliježe pravu države u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište, pod uslovom da preduzetnik:

a) sprovodi svoje komercijalne ili stručne djelatnosti u državi u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište ili

b) bilo kojim sredstvima usmjerava takve aktivnosti na tu državu ili na više država, uključujući tu državu, te da jeugvor obuhvaćen opsegom tih aktivnosti.

Uredbom Brisel I je propisano i koji ugovori spadaju u potrošačke.

## *2. Izvori EUMPP-a o međunarodnoj nadležnosti za online potrošačke ugovore*

U hijerarhijskoj ljestvici izvora evropskog međunarodnog građanskog procesnog prava, najviše mjesto zauzimaju odredbe Lisabonskog ugovora koje čine primarno pravo Evropske unije.<sup>13</sup> U Evropskoj uniji harmonizaciji međunarodnog privatnog prava nije se na samom početku pridavao veliki značaj. Interes za harmonizaciju, pa kasnije unifikaciju, pravila međunarodnog privatnog prava novijeg je datuma.

Unifikacija pravila međunarodnog privatnog prava doprinosi stoga pravnoj sigurnosti u području slobode, sigurnosti i pravde, a ne

<sup>12</sup> Član 17 Uredbe Brisel I

<sup>13</sup> O izvorima Evropskog međunarodnog privatnog prava vidjeti opširnije u: Viliim Bouček, Europsko međunarodno privatno pravo, Zagreb, 2009, str. 23–46.

miješajući se pri tom u nacionalna materijalna pravila. Stoga se nakon Ugovora iz Amsterdama, u periodu od 2000. godine do danas, područje međunarodnog građanskog procesnog prava unifikovalo donošenjem regulativa (uredbi). Pravila o međunarodnoj nadležnosti sudova uredena su u tom periodu Uredbom Brisel I, kojoj je prethodila Briselska konvencija<sup>14</sup>.

### *2.1. Uredba Brisel I i Uredba Brisel I bis i online potrosački ugovori*

U međunarodnom privatnom pravu međunarodna sudska nadležnost obično se definiše kao pravo i dužnost nacionalnog pravosuđa da postupa u slučajevima kad postoji strani elemenat u građansko-pravnom odnosu.<sup>15</sup> U teoriji se govori o različitim interesima kojima se države pri tome rukovode, pa se najčešće spominje interes tuženog da bude tužen u zemlji čiji je državljanin ili domicilijant, interes države da sude njeni sudovi kad treba da se primijeni njeno materijalno pravo, ili kad je slučaj za nju najpotpunije povezan, zatim interes da sudi sud one države u kojoj treba nastupi izvršenje odluke i sl.<sup>16</sup>

Izvjesno je da bi svaka država, na osnovu vlastite suverenosti, mogla nadležnosti svojih organa da podvrgne svoje predmete koji se pred njih postave, pa tako i one koji su činjenično vezani za inostranstvo, bez obzira na karakter i intenzitet te veze. Takav, teritorijalistički koncept nadležnosti države, međutim, ne praktikuju. Kad se radi o predmetima sa inostranim obilježjima, svaka država stavlja izvjesne granice nadležnosti svojih organa, čime se jedan dio takvih predmeta, prepušta nadležnostima organa drugih zemalja. Ovo mudro samougraničavanje može se posmatrati kao izraz različitih motiva. Tako ono može biti uzrokovano okolnošću da postoji međunarodni ugovor čije odredbe delimitiraju nadležnost jednog organa država ugovornica.

Od postojanja međunarodne sudske nadležnosti jednog pravosuđa, može da zavisi i ishod spora, jer svako pravosuđe polazi od primjene svog međunarodnog privatnog prava — pravila o mogućnosti da stranci uživaju određena prava iz građansko-pravnih odnosa, procesnih pravila predviđenih domaćim pravom i domaćih kolizionih normi. U zavisnosti od različitih rješenja koja mogu predviđati zakonodavstva dvije ili više zemalja u pogledu npr. mjerodavnog prava, moguće je da i ishod spora zavisi od toga pred sudom koje zemlje se pokreće postupak. Moguće je da se isti spor sa stranim elementom u jednoj zemlji dobije, a u drugoj izgubi iako bi sudovi obje zemlje postupali nepristrasno i stručno.

Sud je dužan da po službenoj dužnosti pazi na međunarodnu nadležnost u toku cijelog postupka, jer nepostojanje međunarodne nadležnosti može da dovede do nepriznavanja te sudske odluke u

<sup>14</sup> Konvencija o sudskej nadležnosti i izvršenju sudskeih odluka u građanskim i privrednim predmetima potpisanoj 1968. godine.

<sup>15</sup> Maja Kostić Mandić, Međunarodno privatno pravo, Podgorica, 2017, str. 127.

<sup>16</sup> István Szászy, International Civil Procedure, Budapest 1967, str. 309.

inostranstvu, dok kod greške u mjesnoj nadležnosti sud ne bi mogao reagovati u kasnijoj fazi postupka.

Uredba (EU) 1215/2012 o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i privrednim predmetima od 12. decembra 2012., počela se u državama članicama Evropske unije primjenjivati 10. januara 2015. godine (u daljem tekstu i: Uredba Brisel I bis) prihvata staro klasično pravilo procesnog prava *actor sequitur forum rei*.<sup>17</sup> Na osnovu ove maksime, osnovna poveznica za uspostavljanje nadležnosti je prebivaliste tuženog nezavisno od predmeta na koji se tužbeni zahtjev podnosi.

Tradisionalni kriterijumi međunarodne nadležnosti za ugovorene odnose, određeni su teritorijalno na način da međunarodna nadležnost pripada суду one države u kojoj se nalaze prebivalište tuženog, odnosno tužioca, u kojoj je ugovor zaključen ili izvršen. Međutim, u slučaju online ugovora, veoma je teško odrediti gdje se u trenutku zaključenja ugovora nalaze ugovorne strane, odnosno, gdje je ugovor zaključen.

Da bismo mogli uopše utvrditi značaj ovog pitanja, moramo sve vrijeme voditi računa o dva pojma: „elektronski“ i „trgovina“. Posljednja tumačenja pod pojmom „elektronski“ prije svega podrazumijevaju radnje koje podrazumijevaju upotrebu interneta. Pod pojmom trgovine se podrazumijevaju sve radnje koje potпадaju pod prodavčevu profesiju, zanimanje ili poslove.<sup>18</sup> Zbog teritorijalne neodređenosti elektronskih transakcija od krucijalne važnosti — Koji sud će kao međunarodno nadležan rješavati sporove proizašle takvih odnosa? Kako će daleko domaći sud postaviti granice svoje međunarodne nadležnosti te da li će se proglašiti nadležnim i u odnosu na stranca čija je jedina veza sa državom foruma ta da su na njenoj teritoriji dostupne informacije objavljene na njegovoj internet stranici koja se puni informacijama u državi njenog sjedišta? U kojoj mjeri favorizovati potrošača dopuštajući mu da postupak pokrene pred sudom svoje države, u sporu koji proizilazi iz transakcije sa stranim trgovcem koji je svoje proizvode reklamirao na svojim internet stranicama a na njima nije bilo izričitih elemenata iz kojih bi se mogla zaključiti da je njegova namjera poslovati u državi foruma.

Što bi u ovakvoj situaciji bila ključna poveznica, bio je predmet dilema i rasprava? Da li bi to bilo prebivalište kupca? Prodavca? Stranačka autonomije? Zbog svog specifičnog položaja, prebivalište kupca je uzeto kao odlučujuća činjenica (poveznica). Međutim, postavlja se pitanje da li treba u slučaju elektronski zaključenih ugovora između potrošačkog ugovora i države foruma postojati još neka veza osim one prebivališta potrošača? Da li suštinsku minimalnu vezu čini pritisak

<sup>17</sup> O pojmu međunarodne nadležnosti u evropskom međunarodnom privatnom pravu vidjeti opširnije u: Jan Kropholler, Jan von Hein, Europaisches Zivilprozeßrecht, Hamburg, 2011, str. 5–11.

<sup>18</sup> Tang, str. 28.

tipke koja omogućuje ulazak na internet stranice ili je pak sama dostupnost tih stranica dovoljno za ustanovljavanje nadležnosti.

Sukob interesa, sa jedne strane online trgovca sa druge strane samih potrošača rezultirao je oprečnim rješenjima zavisno od toga čijim je interesima zakonodavac dao prioritet. Pristup države porijekla koji pridaje značenje djelatnostima prodavca kao vlasnika internet stranice prihvачen je u američkom pravu,<sup>19</sup> dok je u evropsko pravo uveden princip dostupnosti informacije, odnosno princip države odredišta<sup>20</sup>.

Prilikom usvajanja Briselske uredbe vodila se debata da li kod potrošačkih transakcija prednost treba dati pristupu države porijekla ili pristupu države odredišta. Naime, pristup države porijekla nalaže da se sve transakcije zaključene posredstvom interneta regulišu prema pravu države prodavca, odnosno države porijekla robe, odnosno usluga. Međutim, primjenom ovog potrošači se mogu naći u nepovoljnem položaju budući da su podvrgnuti primjeni stranog prava.

Iako su trgovci nerijetko isticali drugačija gledište, sama dostupnost internet stranice trgovca u jednoj državi nije dovoljna za ustanovljavanje međunarodne nadležnosti njenih sudova, već se kao relevantna činjenica uzima da se sa te internet stranica poziva na zaključenje potrošačkih ugovora i da je takav ugovor zaista i zaključen. Relevantna činjenica nije ni jezik odnosnih stranica.

Iz navednih razloga Briselska je uredba pri formulisanju pravila o međunarodnoj nadležnosti o materiji potrošačkih ugovora prihvatala pristup države odredišta. Posljedično je tome bilo potrebno izmijeniti rješenja bivše Briselske konvencije o kvalifikaciji prirode i vrste aktivnosti profesionalaca kao kriterijuma nadležnosti, kao i rješenja koja su sadržavala kriterijume nadležnosti iz odredbe stava 3 čl. 13 bivše Briselske konvencije.

Međutim, tako teritorijalno određeni kriterijumi međunarodne nadležnosti nisu primjenjivi u kontekstu elektronskih online ugovora. Naime, kod takvih je ugovora iz razloga koje smo prethodno naveli, teško a za potrošače ponekad nemoguće znati u kojoj državi profesionalac djeluje, odnosno u kojoj se reklamira, odnosno, gdje profesionalac preduzima aktivnosti usmjerenе ka potrošaču. Stoga, Briselska uredba odredbom člana 15. st. 1 (danas Uredba Brisel I bis, 17. st. 1) redefinisala kriterijume koje je Briselska konvencija zahtijevala (čl. 13. st. 1) da bi se ustanovila međunarodna nadležnost suda države prebivališta potrošača. Odnosno promjene prilagođavaju kriterijume međunarodne nadležnosti specifičnostima elektronske trgovine.

Prema odredbe člana 15. st. 1. zaštitni mehanizam međunarodne nadležnosti primjeniće se:

„u svim drugim slučajevima, ako je ugovor zaključen sa osobom koja obavlje trgovacku ili profesionalnu djelatnost u državi članici prebivališta potrošača, ili na bilo koji način usmjerava takvu djelatnost na tu državu članicu ili prema više država uključujući tu državu

<sup>19</sup> Jonathan Hill, Cross-border Consumer Contracts, Oxford, 2008, str. 134–135.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

članicu, te ako ugovor ulazi u polje takve djelatnosti“. Potrebno je napomenuti da se odredba čl. 15 st. 1 ne odnosi samo na online potrošačke ugovore, već i na one zaključene tradicionalnom komunikacijom.<sup>21</sup> Ove norme imaju ipak vrlo skroman uticaj na online potrošačke ugovore.<sup>22</sup> Prije svega, veoma mali broj online ugovora uopšte potпадa pod ugovore propisane čl. 17(1)(a) i (b) Uredbe Brisel I bis, odnosno čl. 15(1)(a) i (b) Uredbe Brisel I.

Ako, pak, stranka s kojom je potrošač zaključio ugovor nema prebivalište na području nijedne države članice, nego ima u jednoj državi članici podružnicu, agenturu ili neko poslovno mjesto, smatra se da lica, što se tiče poslovanja, ima prebivalište na području te države.<sup>23</sup>

Potrošač može pokrenuti postupak protiv druge ugovorne stranke bilo pred sudovima države članice u kojoj ta stranka ima domicil, ili, nezavisno od domicila druge stranke, pred sudovima mjesta gdje potrošač ima domicil<sup>24</sup>. Druga ugovorna stranka može pokrenuti postupak protiv potrošača samo pred sudovima države članice u kojoj potrošač ima domicil.<sup>25</sup>

Od prethodno navedenih odredaba (čl. 17–18 Uredbe Brisel I) može se odstupiti samo sporazumom:

1. koji je sklopljen nakon nastanka spora;
2. koji omogućava potrošaču pokretanje postupka pred sudom različitim od suda koji je naveden u pomenutim odredbama;
- ili 3. koji je sklopljen između potrošača i druge ugovorne stranke, od kojih oba u vrijeme sklapanja ugovora imaju domicil ili uobičajeno boravište u istoj državi članici i kojim se prenosi nadležnost na sudove te države članice, pod uslovom da taj sporazum nije suprotan pravu te države članice<sup>26</sup>.

Kada je riječ o navedenim odredama, jasno je da najveći značaj za online potrošačke ugovore ima član 17(1)(c) (ili nekad 15(1)(c) Uredbe Brisel I) jer prethodno dvije navedene vrste imaju veoma malu mogućnost primjene u praksi. Tekst članka 13 stare Briselske konvencije izrađen je prije razvoja interneta i porasta e-trgovine. Budući da je član 13 sastavljen u kontekstu stvarnog tadašnjeg svijeta, koristi pojmove koji se ne mogu izravno primijeniti na online situacije. Kao rezultat toga, smatralo se da je primjena člana 13 u kontekstu elektronske trgovine bila neizvjesna. Što se tiče kriterija „marketinga“ člana 13 (koji zahtijeva od dobavljača da izvrši „posebnu pozivnicu“ naručitelju ili da se uključi u „oglašavanje“ u državi prebivališta potrošača), razumno je jasno da održavanje internetske stranice (koja je dostupna s bilo kojeg mesta u svijetu od strane bilo koga ko ima računar povezan s internetom) nije „specifična pozivnica“ upućena

<sup>21</sup> Sajko, str. 407.

<sup>22</sup> Tang, str. 47.

<sup>23</sup> Član 17 st. 2 Uredbe Brisel I bis.

<sup>24</sup> Član 18 st. 1 Uredbe Brisel I bis.

<sup>25</sup> Član 18 st. 2 Uredbe Brisel I bis.

<sup>26</sup> Član 19 Uredbe Brisel I.

korisnicima; Nasuprot tome, ponuda izvršena e-mailom je „specifičan poziv“, jer je usmjeren na pojedinca<sup>27</sup>. Što se tiče kriterijuma „ugovaranja“ iz člana 13 Briselske konvencije (koji zahtijeva od potrošača da preduzme „korake potrebne za sklapanje ugovora“ u državi članici prebivališta), u situacijama na mreži može biti teško reći tačnost gdje potrošač je poduzela relevantne korake. Na primjer, može biti problema pri određivanju gdje se potrošač nalazio kada je kliknuo ikonu „Kupi sada“ na web stranici trgovca. Ipak, čini se da, u načelu, kada potrošač sa sjedištem u zemlji X uđe u mrežni ugovor tokom posjeta zemlji Y, kriterij ugovaranja iz članka 13. nije zadovoljan.

Suština člana 15(1)(c) je u sljedećem: Budući da je bilo koja web lokacija gotovo uvijek dostupna u svim državama članicama EU, svaki vlasnik web mjesta koji ima prebivalište u državi članici EU može se tužiti u bilo kojoj državi članici EU, bez obzira želi li ili ne poslovati u dotičnoj državi članici.<sup>28</sup>

Dodavanjem riječi „bez obzira na to želi li ili ne želi poslovati u dotičnoj državi članici“ — rizikuje prekomjeran rizik u konkretnom slučaju. U skladu sa Uredbom Brisel I, postoje razne strategije koje e-trgovac može usvojiti kako bi izbjegao da bude tužen na način koji se smatra nekonvencionalnim. Postoje i pravni i praktični aspekti koje treba uzeti u obzir.

Iz pravne perspektive, postoji mišljenje da ako bi se kompanije trebale ograničiti na određene jurisdikcije i uskratiti pristup svojim proizvodima ili uslugama za potrošače sa sjedištem u drugim jurisdikcijama, takva bi praksa bila u suprotnosti s pravilima Evropske unije koja se odnose na zajedničko tržište.<sup>29</sup> Međutim ispravnije je mišljenje da je, bez obzira na želju institucija Evropske unije da promovišu jedinstveno tržište, legitimno da e-trgovac ograniči svoje poslovanje na zemlje s čijim je pravnim sistemima upoznat i spremjan angažovati se u eventualnim pravnim postupcima. S tehničkog stanovišta, e-trgovci su relativno jednostavni da ograniče svoje komercijalne aktivnosti i čini se da je značajan udio e-trgovaca uopšte ne sklapaju prekogranične ugovore ili ne žele prodati potrošačima iz određenih zemalja. Većina je e-ugovora strukturirana na način da se ugovor zaključuje tek kad narudžbu potrošača prihvati e-trgovac. Trgovac može na početnoj stranici web stranice naznačiti da transakcije neće biti zaključene s potrošačima iz određenih zemalja (gdje ne želi da rizikuje da bude tužen).

Nadalje, od potrošača se može tražiti i da navede svoju kućnu adresu prilikom sklapanja ugovora putem web stranice, a ako je adresa u ‘neprihvatljivoj’ zemlji, trgovac može odlučiti da ne nastavlja s transakcijom.

Nadalje, kada saberemo činjenicu da su sporovi koji proizlaze iz prekograničnih potrošačkih ugovora izuzetno rijetki sa mjerama zabrane

<sup>27</sup> Hill, 148.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Ibidem.

ogradijanja koje dobavljač može poduzeti kako bi izbjegao transakciju s potrošačima iz „neprihvatljivih“ zemalja, rizik od jurisdikcije koji dobavljači preuzimaju kada plasirati robu i usluge na globalnoj razini zaista je vrlo mali. U skladu s tim, razumno je zaključiti da je buka nastala člankom 15. stavom 1. Uredbe Bruxelles I bila pomalo nesrazmjerna — tim više kada se sjetimo toga, što se tiče ugovora u cjelini, člana 5 (l) (b)) Uredbe dodeljuje nadležnost sudovima za mesto izvršenja dobavljačeve obaveze; ako je obaveza dobavljača da isporuči robu potrošaču na kućnu adresu potrošača (ili da tamo obavlja usluge), sudovi za mesto prebivališta potrošača bili bi nadležni u svakom slučaju — čak i ako Uredba Brisel I sadrži nema odredbi koje se posebno odnose na potrošačke ugovore. Ponekad se sugerira da „nepredvidivost nadležnosti tvrtkama s web lokacijama otežava ograničavanje njihove pravne odgovornosti i sprječava rast e-trgovine“. Iako je ova vrsta tvrdnje prilično česta, zasniva se na upitnim premisama — barem što se tiče konteksta potrošača. Prvo, kao što je vidljivo, djelovanje pravila o jurisdikciji u odnosu na internetske potrošačke ugovore u većini je slučajeva relativno jednostavno i u Evropskoj uniji i u Sjedinjenim Državama. Drugo, čak i ako su sudovi zemlje u kojoj potrošač ima prebivališta u stanju preuzeti nadležnost nad sporovima koji proizlaze iz internetskih potrošačkih ugovora, ideja da e-trgovci rizikuju da ih potrošači tuže na sudovima različitih zemalja; u kojoj prodaju robu ili pružaju usluge je u velikoj mjeri fantastična.

### *Zaključak*

Kao što smo mogli uočiti, međunarodna nadležnost sudova kod on-line potrošačkih ugovora je izazivala i izaziva veliku pažnju u teoriji. Međutim, sa praktičnog (stvarnog) stanovišta, njeni dometi su veoma skromni.

Zamislite da njemački e-trgovac prodaje knjige, CD-ove i DVD-ove putem Interneta potrošačima koji imaju prebivalište u svakoj od 28 država članica Evropske unije. Na osnovu odredaba o kojima je bilo riječi, u pogledu svake internetske prodaje, sudovi u vezi s potrošačkim forumima nadležni su za sve ugovorne sporove. U takvim se okolnostima mora priznati da, u teoriji, e-trgovac rizikuje da će biti tužen u svakoj od država članica. Ali, u stvarnosti, koliki je rizik od nadležnosti e-trgovca? Kolika je vjerovatnoća da bi engleski potrošač pokrenuo troškove tuživši njemačkog e-trgovca u Engleskoj, a zatim, ako bude uspješan, pokušao izvršiti presudu u Njemačkoj? Odgovor se sam nameće.

Zbog svega navedenog, cijenimo da su pravila o zaštiti potrošača na visokom nivou i da predstavljaju pogodno tle za osjećaj sigurnosti potrošača kao slabije ugovorne strane. Ali sa druge strane, zbog vrijednosti mogućih sporova, ovakva praksa je u realnosti rijetko primjenljiva, a samim tim i strah da bi zaštita potrošača mogla ugroziti trgovinu u potpunosti neopravdana.

## *Literatura*

1. Bouček, V., Europsko međunarodno privatno pravo u eurointegracijskom procesu i harmonizacija međunarodnog privatnog prava, Zagreb, 2009.
2. Hill, J., Cross-border Consumer Contracts, Oxford, 2008.
3. Howells, G., Wilhelmsson, Thomas, *EC Consumer Law*.
4. Kostić-Mandić, M., Međunarodno privatno pravo, Podgorica, 2017.
5. Kropholler, J., Von Hein, J., *Europäischès Zivilprozessrecht*, Hamburg, 2011.
6. Magnus, U., Mankowski, P., Brussels I Regulation, Munich, 2012.
7. Sajko, K., Međunarodno privatno pravo, Zagreb, 2009.
8. Szászy, I., International Civil Procedure, Budapest 1967, str. 309.
9. Tang, Zheng S., *Electronic Consumer Contract in the Conflict of Laws*, Oxford, 2009.

### *Ostali izvori:*

1. *Bertrand v. Paul Ott KG*, C-150/77, [1978] ECR 1431.
2. Konvencija o sudskej nadležnosti i izvršenju sudskeih odluka u građanskim i trgovackim predmetima potpisanoj 1968. godine.
3. Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskeih odluka u građanskim i trgovackim stvarima.
4. Uredba Savjeta (EC) br. 44/2001 od 22. decembra 2000. o sudskej nadležnosti i priznavanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima.

Bojan Božović, master

### INTERNATIONAL JURISDICTION FOR ONLINE CONSUMER CONTRACTS IN EUROPEAN INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Consumer protection is one of the most important tasks of the modern European Union. Although consumer protection in Europe has taken its toll half a century ago, it seems that these issues have never been more topical and better regulated. One of the most important consumer protections is established through the establishment of international jurisdiction.

The topic of this paper is to investigate the level of this form of consumer protection when concluding online contracts with an international element. These issues are particularly relevant in the context of the increasing and increasing use of the Internet in commerce. One of the most interesting questions is which court can we turn to if a dispute arises and whether the topic is regulated at all in the European Union.

*Key words:* Consumers, Internet, Protection, Contracts, European Union



PRIKAZI



Bart Wauters and Marco de Benito,  
*The History of Law in Europe:  
An Introduction*, Edward Elgar  
Publishing Ltd. Cheltenham, 2017.

Proučavanje evropske pravne tradicije, osim istoriografske, ima i dodatnu vrijednost koja je usmjerena na povezivanje ustanova, principa i vrijednosti prošlosti sa savremenim pravnim problemima i podvigom za njihovim eventualnim rješavanjem. Na tom putu knjiga *The History of Law in Europe: An Introduction* profesorâ segovijanskog IE Univerziteta, Barta Wautersa i Marca de Benita, na 190 strana donosi sintezu evolucije zapadnoevropskog prava, ali i dragocjen pregled načina na koje je pravo razumijevano u kontekstu evropskog političkog, ekonomskog, društvenog i kulturnog razvoja. Knjiga nakon uvoda, kroz šest krupnih poglavlja, od kojih svako ponaosob prati razvoj četiri pojedinačna izvora prava — pravnu nauku, zakonodavstvo, sudsku praksu i običajno pravo — poteže od rimskih pravnih temelja, preko srednjevjekovnog prava, sve do savremene ekspanzije engleskog na američko i kontinentalno evropsko pravo. Nakon supstancijalnog izlaganja kroz šest rečenih poglavlja, ova knjiga nudi i epilog sa vrijednim zaključcima o mjestu evropskog prava među današnjim velikim pravnim sistemima, čemu slijedi vrijedna uputa literature za dalja čitanja, kao i *index rerum et personarum*.

Prvo poglavje nosi jednostavan naslov ‘Rimsko pravo’ (*Roman Law*) i čitaocu daje uvid u rimskopravne temelje evropskog prava, doduše na jedan veoma svjež i od istorijskog materijalizma potpuno oslobođen način, insistirajući na razumijevanju evropskog prava kao zajedničkog jezika (“*shared language*”) za različite društvene i političke zajednice, ne gubeći ni na trenutak značaj i posebnosti nacionalnih, odnosno lokalnih pravnih sistema. Takav pristup svojevrsna je apologija izostavljanju ranijih pravnih tradicija na evropskom kontinentu, kao što je antičko atinsko pravo i dr. Stavljujući u prvi plan kodifikatorski rad cara Justinijana posebno ističući istorijsku pozadinu *Digesta*, ali i značaj koji *Corpus Iuris Civilis* ima za ukupno evropsko pravo. Za autore je istorija rimskog prava, od arhajskog perioda do dominata, u drugom planu. Doduše, njen je, veoma jasan, ali jezgrovit pregled dat u ovom poglavljju. Prvo poglavje okončano

■ Saradnik u nastavi na predmetu Rimsko privatno pravo i Pravna istorija, Fakultet pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica. e-mail: andrej.bracanovic@udg.edu.me

je zasebnim razmatranjima o evoluciji rimskog prava, čime autori pokazuju njegovu elastičnost, spremnost na promjenu uslovljenu promjenama društvenih zahtjeva i potreba uopšte.

Drugo poglavlje ‘*Rani Srednji vijek*’ (*The Early Middle Ages*) početno se bavi germanskim plemenskim osvajanjima uz kratak pregleđ opštегermanskog prava kao novom, počesto i agresivnom, varvarskom pojavom. Ovim poglavlјem Wauters i de Benito daju veoma koristan prikaz ne samo pojave novog pravnog supstrata na evropskom tlu, već i vrlo suptilno primjećuju da se nova pravna retorta seli, iz dotad tradicionalne mediteranske, u prekorajnsku oblast, koja će i obilježiti naredna stoljeća. Ključna dva sljedajuća podnaslova bave se pitanjem kako je običajno i diversifikovano pravo varvarskih zakonika donijelo u srednjevjekovnu Evropu netipični princip personalne primjene prava, kroz razmatranja tzv. *leges barbarorum* i *leges romanorum*, ali i suda jednakih u engleskom pravu (“*iudicium parum*”), kao i kako je kroz kapitularije i kodifikaciju kanonskog prava došlo do ublažavanja tog personalnog principa u primjeni. Ova dva potpoglavlja i simbolički nose naslove ‘*Različitosti*’ (*Diversity*) i ‘*Jedinstvo*’ (*Unity*). Ovo poglavlje zaokruženo je kratkim osvrtom na feudalno uređenje društva.

Treće poglavlje ove knjige autori su naslovili ‘*Pozni Srednji vijek*’ (*Late Middle Ages*). ovo poglavlje fokusirano je — nakon uvodnih napomena o ekonomiji, političkim institucijama, Crkvi, te nauci i kulturi — na opšte evropsko pravo, tzv. *ius commune*. Autori nam, kroz veoma jezgrovit i bez ponekad u literaturi uobičajene glorifikatorske patetike, kazuju o novom otkriću i revalorizaciji rimskog prava u sjevernotalijanskim gradovima, kazuju o novoj paradigmi u Evropi koje, za razliku od pravnog partikularizma i principa personaliteita, vode u stvaranje jednog, zajedničkog i, iako neformalno, opštěpri-mjenjivog sistema normi i vrijednosti. Posebnu vrijednost ovog dijela čini potpoglavlje koje se bavi naročito značajnim pitanjem odnosa između Opštег prava i onog što se naziva *ius proprium*, čime se daje poseban značaj razumijevanja pojedinačnog prava, bilo da je ono vezano za pojedinca ili određenu grupaciju ili zajednicu. Administriranje pravde i odnos prema običajnom pravu, kako na kontinentu, tako i na britanskom ostrvu, zaokružuje ovo pregnantno izlaganje.

‘*Ranomoderno doba*’ (*The Early Modern Age*) naslov je četvrtog poglavlja ove knjige. Nakon kraćeg uvodne skice o ranomodernoj evropskoj istoriji, uokvirene temama moderne države, uticaja religije na pravo, kao i opštih ekonomskih uslova, Wauters i de Benito nam daju briljantan uvid u to kako su pravni humanizama i Salamanskanska škola, zajedno sa onim što najčešće nazivamo rimsко-nizozemsko pravo i *usus modernus Pandectarum*, stvorili novu, nerijetko većma teorijsku negoli praktičnu, jurisprudenciju. Čini se da je za čitaoca, naročito onog zainteresovanog za procese više nego za događaje, od posebnog značaja kazivanje o transformaciji sudske pravozaštite na kontinentu (kroz primjer znamenitog Reichskammergericht), te o svojevrsnom okoštavanju engleskog običajnog prava (*Common*

*Law*). Cjelokupno poglavlje okončano je naročito vrijednim potpoglavljem koje se bavi važnošću naučne obrade nacionalnih prava u referentnom vremenskom periodu.

Petim poglavljem imenovanim ‘*Gradiško doba*’ (*The Burgeois Age*) otpočinju sistematsko izlaganje moderne evropske pravne istorije, pa stoga ne čudi što je istorijskim okolnostima ovog perioda srazmerno dato više pažnje nego što je to slučaj u prethodnim poglavljima. Autore u tom smislu interesuje i opšti istorijski i ekonomsko-politički kontekst uzburkane Evrope, ali i naročito ideološki uticaj prosvjetiteljstva na društvo i na pravo. Prepoznajući projekte građanskih zakonika kao novi zamajac evropskoj jurisprudenciji baziranoj na prosvjetiteljstvu, autori ni na trenutak ne dopuštaju da i sami budu zavedeni takvim ideološkim premisama, već jasno priznaju da je baš u epohi građanskih kodifikacija pandektistička doktrina najznačnije generisala svoj uticaj. Na ovom mjestu posebno i detaljno je obraden ukupni Napoleonov kodifikatorski rad, kao egzemplarni prikaz kodifikacionih djelatnosti širom Evrope, s posebnim osvrtom na *Code civil* (1804). Nasuprot njemu, ovo poglavlje razmatra i dva kontra-modela, koje svrstavamo u tipične „čisto“ pandektističke projekte, a to su *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900) i *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (1912). Ujedno ovo poglavlje ispituje značaj egzegetske pravne škole, istorijskopravne škole i pandektistike na ukupan razvoj modernog prava u Evropi.

Zasebno, šesto poglavlje, pod naslovom ‘*Englesko opšte pravo*’ (*Common Law*) obrađuje specifičnosti engleskog u odnosu na ostalo evropsko pravo, te naročito determiniše razloge za uobičavanje i jačanje razlika u odnosu na kontinent, uprkos „činjenici da je oko 1100. godine ukupna slika bila posve slična“. Polazeći od najdublje introspekcije anglo-saksonskog i nešto mlađeg, normanskog perioda, autori nam, kroz analizu sistema writova, daju ključ za razumijevanje porijekla osnovne sistemske razlike koji leži u principu — pravni lijekovi prethode pravima. Kroz ispitivanje uspona tzv. prava pravičnosti (*equity law*), autori primjećuju i jačanje rigidnosti ovog pravnog sistema. Ovome slijedi izlaganje o ostrvskom zakonodavstvu i specifičnostima jurisprudencije. Naročito je zanimljivo posljednje potpoglavlje koje se bavi ekspanzijom engleskog prava u Evropi, Sjedinjenim Američkim Državama i u Škotskoj.

Mora se priznati da ova knjiga, budući da joj sâm obim to ne dozvoljava, može ostaviti nejasnoće onima koji ne poznaju makar osnove opšte evropske društvene istorije, a naročito onima koji nijesu ute-meljeni na evropocentričnom diskursu. U tom smislu i sami autori prepoznaju dva izazova koje ova knjiga može postaviti pred čitaoca. Prvi nastaje iz činjenice da je fokus knjige na istoriji pravnih izvora sa blagim naglaskom na jurisprudenciju, tako da se čini da autori često skreću u teorijska kazivanja. Ovaj je izazov donekle prevaziđen pojedinačnim primjerima koji su i dati upravo u svrhu kazivanja jedne stvarne, životne istorije prava, a ne apstrakte i zatvorene u razmatranja učenjaka. Drugi je izazov sasvim praktične prirode, budući

da njen vremenski opseg obuhvata više od dvije i po hiljade godina sa mnogo različitih ličnosti, koncepata, institucija da bi „bio potreban cijeli jedan život da se svi oni detaljno opišu“.

Bilo kako bilo, ova će knjiga svojim elegantnim uporednim metodom kazivanja, jasnim jezikom oslobođenim ideoloških konotacija, kao i aktualizacijom ovih tema u savremenoj Evropi, privlačiti pažnju i pravnih učenjaka i studenata koji zahtijevaju upotrebljiv akademski priručnik za razumijevanje nastanka, oblikovanja i razvoja prava u Evropi. Konačno, upravo i ne čudi da su se autori odlučili da na samom početku čitaoca pozdrave kratkom, ali snažnom salutacijom s početka Justinijanovih Institucija — *Cupidae legum iuventuti*.

# IZ PRAVNE ISTORIJE



# Slučaj izricanja smrtne kazne strijeljanjem iz 1853. godine

*Musketanje jednoga Ćeklića. Način sudjenja.  
Pravdanje, i zašto?*

Dodoše jedno jutro na Cetinje kapetan čeklički s njegovom gvardijom i pop Staniša Matanović, i vode između se jednoga njihova seljanina zavezanih ruka naopako, i uljegoše u Biljardu de bijaše Knjaz i senaturi. Ja onda nešto u mojoj kancelariji pisah, a čuh da je ovi svezani Ćeklić ranio Đura Matanovića (sina popa Staniše). Ostavim radnju i podem u Biljardu da slušam šta će biti, i kako će ga suditi.

Najprije upita G. Knjaz: „Što ste došli ljudi? Da nije ko poginuo?“

„Evo, Gospodaru, pogiboh ja svojom kućom“ — odgovori pop Staniša.

„Kako to, čoče!? Da si poginuo, ne bih te sad na nogama gledao đe stojis.“

„Jesam živ, zaludu, ali prosta turska sablja nego što mi se dogodilo.“

„Pričaj, da čujemo šta je.“

„Postade, Gospodaru, na moju kuću nova kletva da pas pasu priča i pripovijeda dokle je Crne Gore! Izgubio sam zimus brata i dva sinovca u boj, i pri ovoj pogibiji prosto i blagosloveno, ele junaci junački ginu, a ne na pepeljaku<sup>1</sup> kao moj sin Đuro.“

„Što!? Zar je vojvoda Duro poginuo?“

„Nije poginuo, a kamo sreće da je u boju junački, nego na so i na ljeb, utučen u kući od ovoga moga (kaže prstom na onoga svezana-ga) krvnika.“

„A, je li na smrt?“

„Nije još, ama za njega nije preša više ti zboriti, on je jednom bio pa ne bio!“

„Zašto ga i kako ga ubi?“

„Pričaću vi, Gospodaru i ostala gospodo. Evo kako to bi: Ovi moj krvnik evo toliko sile dobi, da se nenavidi s bratom. A neka s bratom, nego i sa svojom materom, pa mu umriješe u godini dvoje đece i napastvova crnu mater da je kao vještica ovo dvoje đece ona izjela,

■ Objavljeno u: Vuk Vrčević — Ogranci za istoriju Crne Gore, Knjiga I, Narodna knjiga, Cetinje, 1950. godine, priredio dr Ljubomir Durković, str. 52–58.

<sup>1</sup> pepeljak (arh.) — ograđeni dio zida za pečenje hljeba u starim crnogorskim i hercegovačkim kućama (prim. Redakcije).

a zato što — on veli — da joj je miliji drugi sin, njegov brat, no on, pa je više puta na svoju mater nasrtao da je ubije. A ja na moju dušu mičem, da mu nije majka vještica, koliko jesam li ja, a ima ih možebiti u naše selo što ja ne znam, no tamo se o njima pitalo. Skupismo se mi glavari da se dogovorimo šta ćemo od ove braće, dok se nijesu jedan dan poklali, i da ne bi bratska krv i njihov grijeh na naše selo panuli, i kad ih dobavismo rekosmo im: ‘Ili se mirite, ili dijelite.’ Oni oba pristadoše i rekoše: ‘Mi ćemo se dijeliti.’ Ovi krvnik izabra jednoga našega iz sela, a brat mu mojega nesretnjega sina Đura, i otidoše — za zlo moje — da ih dijeli, i podijeliše u jedan dan sve kao što je pravo, i kao što je po običaju naše zemlje, i onu veče prenoće u kući dok još neke pošurice<sup>2</sup> dovrše. Ovi moj krvnik, po večeri, poče se žaliti da mu ova dva djelioca nijesu pravi dio dali kao njegovom starijem bratu, i da neće nikako pristanuti na krivi učinjeni dio. Ljudi mu reknu: ‘Ako ti ne znaš šta je pravo, a ono znamo mi, a mi nećemo na našu dušu nikoga uzimat, jer starijemu bratu vazda se dava nešto starjeinstva, pa mi ne možemo metati novi zakon u staru zemlju. A kome je krivo što mi ne mogosmo ispraviti po terazijama, Bog će vazda krivu dijelu namiriti.’

Ovo ništa nije pomoglo krvničkoj pameti, no sve jedno te jedno: da neće puštati bratu starjeinstvo bez nečijega grdila. Ko će, Gospodaru, ako velikoga Boga znaš, promisliti da će Crnogorac Crnogorca ni te ni ove, u svojoj kući ubiti? Pa na so i na ljeb! Ama krvnik, kad obraz pod noge baci, šće i dušu izgubiti! Okolo ponoći prišunja se, i srećom ili nesrećom, ne znam kako ću bolje reći, ne nađe, zar, u tmuši, ničije oružje, nego ga njegovi đavoli, a moja nesreća, nauči te skine gornji žrvanj, i s njime sina mi u glavu. Srećom ne pogodi ga u glavu s ovim žrvnjem, nego kako mu je glavu bio uzaslonio pri samome zidu, tako je samo pola glave bio zavatio, i sve meso do kosti što je privatio, to je sve sljušteno.“

Knjaz mu prekide riječ: „A, je li mozak zdrav?“

„Za glavu ti, ne znam ništa kazati, nego smo na svu hitnju poslali za Iličkovića, ako mu bude opućena glava da mu je trapana, i da vidi da mu nije mozak smoždio, kao što će i bit, sve me strah. Sad, Gospodaru, nije mi žao toliko štete koliko moje vječne sramote od kakve mi smrti sin pogibe! Umori ga pasjom smrću, Bog mu sudio!“

Knjaz se okrenu put svezanog momka: „Danu, ti bezobrazni junake, kazuj zašto smaće ovakoga Crnogorca, smakao te Bog, kao što i oče?“

Nikola (tako se zvao ubica) odgovori: „Od nevolje i nepravde, Gospodaru!“

„Kakve nevolje i kakve nepravde, ubio te Bog i pravda Božija?!“

„Mnogi su se u naše selo žalili da je moja majka vještica i da davi đecu, ele joj se vidi krst pod nos, pa cijeli svijet govori da jest, a ja koliko za to znao toliko grijeha imao! Ma, znam da mi lani umrije dvoje đece oboje zdravi čitavi, u tri-četiri dana, te ja svud po Crnoj

<sup>2</sup> pošurice (arh.) — sitni, svakodnevni poslovi (prim. Redakcije).

Gori i po Primorju, đe god mi je ko kazivao, otvaraj knjige u proroka i svak mi jednako kaže da su mi oboje đece izjedeno od nekoga moga miloga u kući ili u komšiluku. Ako svijet laže, knjiga ne laže! Znao sam da ih u selu ima dosta, ali blizu moje kuće nema ni jedna, pa ko je drugi nego moja mati. Ali što ču, majka mi je! Što ču kriti, kad valja umirati? Pomrzim na mater, a i zato što ljubljaše mojega brata i blagosiljaše, a mene mrzjaše i kunijaše. Vojvoda Đuro, kao što kaže pop Staniša, nije došao da nas, braću, miri, no da nas potpiri kao glavnjom u stog slame. Nego da pravo zbori i radi, pa na njegovu ruku okrenu i mojega kmeta, a njegova druga, te obojica okrenuše naopako, što gođ su sami ščeli, to su mome starjem bratu dali. A sve su to bila vojvode Đura masla. Bogme, Gospodaru, zabolje me srce, prevrnu mi se svijest, a đavo ni ore ni kopa no o zlu ljudskome radi, i ubih i sebe i njega! A, je li mi ga žao? Čisto jest. Sad evo me u božije i tvoje ruke. Sablja tvoja a glava moja. Ako mi i uzmež život, dušu nećeš. Ma, Gospodaru, da sam ga htio usmrstiti, drukčije ga ja ščah, kako ja znam, gađati.“

Jedan senatur ironično reče: „Žao ti ga je, je li? I da si ga htio ubiti, mogao si drukčije!! A zar si ga štedio kad si žrvnjem zamanuo, je li!“

„Razumjeli smo sve, neego neka ga zatvore u tamnicu, a vi svi izidite nadvor“ — naredi Knjaz.

Kad Ćeklići iziđoše, započeše Knjaz i senaturi stvar, po običaju, pretresati na sljedeći način:

„Šta ćemo od ovoga đavola?“ — upita prvi senatur.

„Kako šta ćemo!? Evo ga utući, a da kako, a ne mušketati, nego kao psa, osim krsta što je na njega, objesiti. E viđe li, đe li ubi onoga biranoga Crnogorca na so i na ljeb, a u svoju kuću!“ — odgovori drugi senatur, a treći reče:

„Stan, polako! Arnauti vele: ‘Triš mjeri, a četvrtom kroj, ne ošteti tuđu robu, more, hoj!', a kamoli da se nekoliko puta ne odmjeri okolo ljudske glave! Ako vojvoda Đuro ne umre, nego ostane živ, oli ga ti na dušu maknut? No pričekajmo koji dan da vidimo oće li ali neće vojvoda umrijeti, pa ćemo onda znati bolje i suditi. A bogme, valjalo bi razabratи jesu li kmetovi pravo po duši braću podijelili, ali krivo, kao što se Nikola, mlađi brat, žali. E svak se može prevariti ja za mito, ja za ajtar<sup>3</sup>. A ko nije zgriješio, i ko nije falio, i ko neće?“

Poruči Knjaz za onoga Ćeklića te je s ranjenim vojvodom Đurom braću dijelio i upita ga:

„Danu, pravo mi kaži po tvojoj duši, sreći i napretku, kako ste se dijelili?“

„Oću, Gospodaru, sve pravo, tako ja sam sebe ne ubio kao Juda, prije no mi podne došlo! Ja i vojvoda Đuro sve smo pravo dijelili, kako smo najbolje znali i mogli, a bojeći se da na koji dio ne uradimo manje ili više, a u dlaku se ne može, na sva su dijela metali bruškete<sup>4</sup>,

<sup>3</sup> [h]ajtar — (tur.) sjećanje, pamćenje (prim. Redakcije).

<sup>4</sup> bruškete — (ital.) žrijeb, kocka (prim. Redakcije).

pa koga je što na brušket dopalo. Sve smo zemlje, livade i branjevine<sup>5</sup> konopom pravo podijelili, a oba su brata gledali, pa kad god su nam rekli: ‘Ovi je kraj malo grđi ili tanji od drugoga’, onđe smo primakli i odma mrgline udarili, a najposle bruškete metali.“ — odgovori kmet.

„A, bi li se mogao ti zakleti, da je to sve tako bilo, na kovčeg sve-toga Petra?“

„Imam, Gospodaru, dokle bog oće, doma tri muške glave u pepe-ljaku, i na sve ču ti se tri ne jednom, no tri puta zakleti će god očeš. A evo ođe, došlo je na Cetinje dosta moje braće Čeklića, pa ih pitaj jesam li ja ikad bio mitnik ili krivokletnik. Da sam ja taki bio, ne bi me ljudi zvali u kmetove ni na diobinu. Što se Nikola na mene i na vojvodu žali i, tamo on, laje, on je osvjedočio kakav je đetić, jer koji bi Crnogorac svoju majku, Gospodaru, ubio, i koji bi kao on u svoju kuću na so i na ljeb čojeka ubio, ako boga znaš!“ — potvrdi kmet svoju priču, a onda se u pretresanje uključi vicepresident:

„Ja bih ga, Gospodaru, sam na moju dušu primio da se mušketa, pa baš ako i ostane vojvoda Đuro živ. A to za tri stvari: prvo, što ga je na pravdi božjoj htio nasmrt ubiti, ali je po bogu skapulao<sup>6</sup>; drugo, da onaka guba ljudska ubije onakoga biranoga Crnogorca, ne kao što se ljudi ubijaju, nožem i puškom, nego krmci — sa žrvnjem u glavu!! ! Je li to ikad bilo? A treće, što je najteže, što ga je na svoje ognjište pri soli i ljebu, i na božju vjeru ubio, crn mu obraz bio!“

„Ma, eto ga nije nasmrt ubio, čoče! Svačemu se može naći lijeka dokle je čojek živ, a samo mrtvoj glavi ne može, pak“ — ponovo će jedan senatur, a odmah za njim drugi će:

„Stan! Stan! Istina je da ga nije nasmrt ubio, ali da ga nije htio usmrstiti, ne ščaše ga kao zmiju u glavu gađati, no negđe na drugo mjesto. A da li, čoče, dosad nije vazda bilo po Crnoj Gori, da ti i krvnik dobježe u kuću koji ti je brata ubio, ne bi ga puštilo da ti ga ko drugi, a kamoli ti, ubije dokle ga zdrava iz kuće ne ispratiš, pa posle ubij kad ti draga. Je li ovako, braćo?“

„To je do sada vazda među nama bivalo, i zlo bi za nas bilo ko bi to poštenje između nas batalio. No, nemojmo braćo ovaj narodni amanet pod noge metati, ele, dokle je ovake među nama mjere biti će i vjere“ — odgovori mnozina.

Zaključiše da pošlu dva perjanika u Čekliće da vide ranu vojvo-de Đura, i kad se vrati i kažu kakva je i oće li od nje umrijeti, onda da se onako kako je pravo i sudi. Sjutradan vratiše se perjanici, i tek što su u Biljardu uljegli, ne dade im Gospodar ni da pristupe k njegovoj ruci, no ih hitno upita:

„Je li živ vojvoda?“

„Jest, Gospodaru, još živ ali...“ — odgovori jedan perjanik.

„A što govori Iličković, oće li ostati živ ili će umrijeti?“

<sup>5</sup> branjevina — (arh.) mlada šuma u kojoj je zabranjena ispaša i lov (prim. Redakcije).

<sup>6</sup> skapulati — (ital.) spasiti se, preteći, pobjeći (prim. Redakcije).

„Reće mi Iličković da mu je jučer trapanao glavu i da mu je silnu krv s mozga pokupio, a da mu je bogu fala, tjenica od mozga zdrava, no se ljuto mozgu prepanuo od onoga poganog udarca. Prepanuo ti se hećim Iličković i reče nam da ti kažemo da mu se treba bojati za život (vojvode Đura), i da će samo onda znati oče li živ ostanuti kad mogne zubima slomiti orah, a prije ne.“

„Razbira li se, iole, vojvoda, i jede li išta, ali piye li?“

„Ležaše pokraj ognja zavezane glave, samotana mozga, ni živ ni mrtav, a što će od njega biti, to sami bog zna.“

„E! A da sad, kako ćemo? Govorite li da zločinca mušketamo ili ne?“ — upita Knjaz senature, a ovi svi, kao da se bijahu dogovorili:

„Pod organj perjanički, Gospodaru! A da kako?“

Pristavši Knjaz na presudu, naredi da se sekretar narodnji Stefanović načini običnu sentencu, pa da ga sjutra ujutro po običaju (kao što sam ovamo na svoje mjesto kazao) mušketaju, kao što je i sljedovalo.

No, da ne zaboravim kazati: vojvoda Đuro ne umrije, ali je dosta muke video i potrošio dokle se izvidao. Dokle sam ja na Cetinje živio, vazda se žalio da mnogo s glavom pati, a osobito o mijeni, i kada oče da vrijeme promijeni.



IN MEMORIAM



## Akademik Slobodan Perović 1932–2019

Osnivač Kopaoničke škole prirodnog prava akademik Slobodan Perović zatvorio je mirno svoje oči dana 17. februara 2019. godine. Moj profesor i prijatelj. Veliki čovjek i naučnik, koji je domašio najviše ljudske, pravničke i filozofske vrijednosti. Osnivač prestižne Kopaoničke škole prirodnog prava i Budvanskih pravnika dana. Čuveni profesor brojnih generacija pravnika. Uvijek sa izuzetnim osjećajem jezika, stila, pravde, kojom se dostižu lovčenski vrhovi dostojanstva kao apsolutne svrhe ljudskosti.

Divio se uvijek, iskreno i srdačno slavi i sreći svojih prijatelja i mlađih saradnika, bio je nesebični darivalac znanja i dobročinstva, pospješivao je ambicije drugih, bila je ličnost koja je do kraja znala da osjeti i odmjeri u jednoj naročitoj čednosti. Njegove riječi su bile posebna misija — besjede koje su imale najširi odjek, pjesničku žicu, kulturnog duha i naslućene estetike. To su bile ne samo pravničke besjede, nego besjede savjesti, osobeni dokumenti i zavjeti, moralne dužnosti brojnih hranilaca njegovog amaneta.

Pravda i pravedno pravo je bilo odista njegovim idealom cijelog života. Vjerovao je u moć prirodnog zakona, ali i u zakon ljudskog srca.

Izdanak crnogorskih Banjana, tamo gdje udar nađe iskru u kamenu. Oči su mu to čitavog života zborile. A oči zbole, to što im veli srce. Znameniti sukcesor Valtazara Bogišića, Živojina Perića, Mihaila Konstantinovića.

Bio je čovjek koga smo mnogo voljeli i izgubili. Ovaj izgub se ne namiruje.

Akademik Slobodan Perović je rođen 10. septembra 1932 u Prokuplju. Bio je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Bio je i dugogodišnji šef katedre za građansko pravo i dugogodišnji predsjednik postdiplomskih studija. Veliki broj doktorskih i magistarskih disertacija rađeni su pod njegovim mentorstvom. Bio je dugogodišnji član i predsjednik brojnih Univezitetskih tijela i profesor po pozivu na brojnim pravnim fakultetima izvan Srbije. Predavao je na Pravnom fakultetu Univerzita Crne Gore i na Pravnom fakultetu Univerziteta Donja Gorica, gdje je bio i rukovodilac doktorskih studija.

Osnovnu školu je učio u Kragujevcu, a gimnaziju u Beogradu. Diplomirao na Pravnom fakultetu u Beogradu (1956), na istom fakultetu doktorirao (1963) na kome je biran u sva univerzitetska zvanja: asistent, docent, vanredni profesor, redovni profesor. Matični predmet

mu je obligaciono pravo. Dugogodišnji šef Katedre za građansko pravo i dugogodišnji predsjednik postdiplomskih studija. Predsjednik Suda Srbije i Crne Gore bio je od osnivanja Suda (2004) do prestanka Državne zajednice Srbija i Crna Gora (2006). Predsjednik Naučnog društva Srbije. Predsjednik Saveza Udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske (ranije predsjednik Udruženja pravnika Jugoslavije). Osnivač Kopaoničke škole prirodnog prava — *Universitas iuris naturalis Copaonici* (od 2005. godine pod pokroviteljstvom UNESCO). Predsjednik Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije. Dugogodišnji član Pravnog savjeta Jugoslavije. Predsjednik Izzabranog suda (Arbitraže) Privredne komore Srbije i dugogodišnji arbitar međunarodnih arbitraža, institucionalnih i ad hoc, u oblasti međunarodnih trgovinskih odnosa. Profesor po pozivu na brojnim pravnim fakultetima u regionu. Predsjednik Komisije za polaganje pravosudnog ispita Ministarstva pravde Srbije. Glavni urednik časopisa „Pravni život“, časopisa „*Scientific Review*“, član više uredivačkih odbora pojedinih časopisa. Glavni redaktor Komentara Zakona o obligacionim odnosima (1995, dva toma), glavni redaktor Enciklopedije imovinskog prava (1978, tri toma). Nikada nije bio član nijedne političke partije.

Autor je više knjiga, udžbenika i monografija, naučnih studija i velikog broja radova publikovanih u domaćim i inostranim izdanjima u oblasti građanskog prava, komparativnog prava i filozofije prava. Mnoga od ovih djela objavljena su na francuskom, njemačkom i engleskom jeziku, a pojedina takođe i na španjolskom, ruskom, poljskom, mađarskom i kineskom jeziku. Ukupnim naučnim djelom u ovim oblastima uticao je na razvoj pravne teorije i prakse i po tom osnovu stekao naučni autoritet i ugled u zemlji i inostranstvu.

U oblasti građanskog prava, posebno obligacionog, autor je sistemskih djela, monografskih rasprava i brojnih studija. Glavna djela iz ove oblasti su: *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990 (800 strana, sedam izdanja, rezime 50 strana na francuskom i 50 strana na engleskom jeziku, prikazana u eminentnim francuskim časopisima); *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd, 1964 (150 strana, rezime na francuskom jeziku); *Opšta teorija ugovora*, Beograd, 1968 (300 strana); *Raskid ugovora zbog promjenjenih okolnosti i načelo pravne sigurnosti*, Naučni pregled, Beograd, 1974 (rezime na francuskom, engleskom i ruskom jeziku); *Zabranjeni ugovori u građanskom pravu*, Beograd, 1975, (260 strana, rezime na francuskom jeziku); *Punovažnost ugovora u spoljnoj trgovini*, Beograd, 1977 (strana 78); *Les principes et les règles générales de la nouvelle loi Yougoslave sur les Obligations en matière de contrats*, Revue Internationale de droit comparé, 1979, br. 4; *A jugoszláv kötelmi jog kodifikációjának általános jellegzetességeiről*, Jogtudományi közlöny, Tudományos folyórat mellékletekkel, Budapest 1981, 9 szám; *Die Kodifikation des Obligationenrechts in Jugoslawien*, Achiv für die civilistische Praxis, Tübingen, 1982, Heft 4; *Le rôle des normes non juridiques dans le droit*, XI Congrès internationale de droit comparé, rapports nationaux Yougoslaves, 1982;

*L'influence de l'ordre public sur la validité des contrats*, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne et Université de Belgrade, Paris, 1982 (publikovano i u časopisu Yugoslav law, 1982, br. 2); *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata*, teorija sukoba zakona u vremenu, Beograd, 1987 (320 strana); *Ugovor kao akt moralne i pravne civilizacije*, Beograd, 1993 (140 strana); *Pravne vrednote in podjetništvo*, Podjetje in delo, Dnevi slovenskih pravnika, Portorož 2001; *Ugovorno pravo u bivšoj Jugoslaviji*, Deutsche stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit E. V. Dubrovnik 2002; *Načelo ekvivalentnosti i dvostrani ugovori*, Savez Udrženja pravnika Srbije i Crne Gore, Budva, 2004; *Sloboda uređenja obveznih odnosa i javni poredak*, Pravni fakultet sveučilišta u Zagrebu, Liber amicorum Jakša Barbić, Zagreb, 2005; *Izvršenje ugovornih obaveza i odgovornost za neizvršenje*, Arhiv za pravne i društvene nauke br. 1–2, Beograd, 2008; *Predgovor Zakon o obligacionim odnosima*, Beograd, 2010 (devetnaest izdanja, u skraćenoj verziji objavljen kao produbljena teorijska studija na poljskom jeziku (Wstep) u izdanju Poljske akademije nauka.

U oblasti filozofije prava, glavna djela su: *Kriza pravnog sistema*, studija saopštena u JAZ-u u Zagrebu 1987, kao i na Pravnom fakultetu u Ljubljani 1987, Zbornik radova „Kriza pravnog sistema“ Univerzitet u Beogradu, 1990; *Pravno filozofske rasprave*, Beograd, 1995 (540 strana); *Prirodno pravo i sud*, Beograd, 1996 (130 strana, 1997 godine objavljeno i na francuskom jeziku *Le droit naturel et le juge*); *Kultura zakonitosti i prirodno pravo*, Beograd, 1997 (120 strana); *Sudjiska nezavisnost — prologomena*, Beograd, 1998 (130 strana, objavljeno i na francuskom jeziku *L'indépendance du juge*, kao i na engleskom jeziku *Independence of Judiciary*); *Ljudska prava i sudjiska nezavisnost*, Beograd 1998 (210 strana); *Moć prirodnog prava*, Beograd, 1998 (105 strana); *Kultura prirodnog prava*, Beograd, 2000 (64 strane); *Neprolaznost Heksagona prirodnog prava*, Beograd, 2001 (130 strana); *Deklaracija Kopaoničke škole prirodnog prava*, Beograd, 2002 (Deklaracija predstavlja sintezu autorovih radova u opusu Kopaoničke škole prirodnog prava. Objavljena je na šest velikih jezika: engleskom, francuskom, njemačkom, španskom, ruskom i kineskom jeziku); *Kulturni identitet i prirodno pravo*, Beograd, 2004 (130 strana); *Prirodno pravo i univerzalne vrednosti*, Beograd, 2005 (116 strana); *Prirodno pravo u filozofskom i normativnom spisu*, Beograd, 2006 (116 strana); *Budućnost prirodnog prava*, Beograd, 2006 (110 strana); *Sloboda i prirodno pravo*, Beograd, 2007 (136 strana); *Prirodno pravo i miroljubive integracije*, Beograd, 2008 (110 strana); *Vremenske dimenzije pozitivnog i prirodnog prava*, Beograd, 2009 (505 strana); *Prostorne dimenzije pozitivnog i prirodnog prava*, Beograd, 2010 (130 strana); *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2011 (trinaest izdanja, 907 strana).

Profesor Perović je bio član Slovenačke akademije znanosti i umetnosti od 1987 godine, član Crnogorske akademije nauka i umjetnosti (2000), član Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske (2004) i član Makedonske akademije nauka i umetnosti (2009). Član je

Međunarodne akademije za komparativno pravo (International Academy of Comparative Law) u Parizu (2006). Član je Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, kao i drugih domaćih i međunarodnih naučnih i stručnih foruma.

Nosilac je brojnih povelja i priznanja dodijeljenih od strane pravničkih asocijacija i akademija prava.

U pametniku blagodarnosti naše, kojim nas je za vazda zadužio akademik Slobodan Perović, neka na ovom mjestu budu izrečeni i ovi sjajni primjeri dobrotvorstva njegovog. Dijelim osjećanja duboke zahvalnosti milih gora naših, iz osnova malenih prostorom, ali jakih veličinom svojih žrtava, prema zaslugama dičnog sina njenih akademika Slobodana Perovića, prvaka među prvacima pravničke struke sa ovih prostora, čovjeku koji nas je stalno zadivljivao svojom dubokom umnošću. Plemenite rečitosti, i to koliko visoke. Uvjerenja koja su dolazila i od srca i od duha i koja je nesebično prenosio na druge. Francuzi bi primijetili: niko nije imao ljepša usta nego on. U njegovom stilu imalo je opštег, svačijeg i vječnog.

Prilik je da izrazim tugu njegove i naše Crne Gore, njegovih Banjana, Podgorice, Budve, u kojoj je organizovao prepoznatljive pravničke dane. I da izrazim zahvalnost njegovih kolega iz Crnogorske akademije nauka i umjetnosti, Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore, Pravnog fakulteta Univerzita Donja Gorica, Udruženja pravnika Crne Gore, brojnih polaznika prestižne Kopaoničke škole prirodnog prava iz Crne Gore, brojnih generacija studenata i uopšte vaskolikog pravništva Crne Gore za nezaboravna predavanja, za prenošenja znanja, za neprevaziđene knjige, za veledušnu potporu u savjetu, pravnim stavovima, umnosti.

Veliki profesor na čija se predavanja hrlilo. Svaka njegova rečenica pokretala je zavjesu sa nekog novog vidika. I to uvijek sa topilnom, povjerenjem, čistotom, iskreno i postojano, čovjekoljubivo, razumno i pravedno. Koliko je puta izgovorio i napisao riječ pravda i koliko se za nju borio. Više od tri decenije na Kopaoničkoj školi prirodnog prava pravdu je ulagao u temelje državne, u svakoga od nas, za građanina, na korist zemalja i naroda. Rijetko je neko kao on na ovim našim prostorima osvjetljavao pravdu kao nepomičnog stožera istine i sprečavanja svačije samovolje. I to one pravde kojom se doстиžu Lovćenski vrhovi dostojanstva kao apsolutne svrhe ljudskosti.

Akademik Slobodan Perović je našem svekolikom pravništvu podario gromadna djela koja ostaju pohranjena u božanskom ljetopisu i beskonačnoj vječnosti, djela neprevaziđena u svojoj čistoti, izdašnosti i brilijantnosti. Besjede sa Kopaonika svjedoče o stilu suptilnom i lakom, što je toliko ličilo njegovoj otmenojo pojavi. Iz tih besjeda najbolje se vidjela sposobnost za tančinu, za viši uzlet, za finiju rečitost, za dublje unutrašnje doživljaje. Uzor ili ideja vodilja svugdje i na svakom mjestu bila mu je naučna i filozofska istina: „Priroda je mjera svih stvari. Pravedno pravo je mjera svih prava“. I naravno, užvišena iskonska izreka: „Pošteno živjeti, drugoga ne povrijediti, sva-kome dati što mu pripada“.

Uspomenu na akademika Slobodana Perovića paziće i sveto čuvati pravnički i drugi naraštaji. Ostvarila se njegova velika misija u životu, ostavio je moralni dokument svoga rada. Sa Kopaoničkom školom prirodnog prava i sa svim što je u životu stvorio iznikla je gromadna građevina, koja gospodari jednom velikom epohom pravnog života i filozofskog duha.

Slava akademiku Slobodanu Peroviću. Vječan mu spomen među nama a mir i spokoj njegovoj velikoj duši.

Akademik Zoran P. Rašović



---

### *Izvod iz uputstva autorima*

Tekstovi se predaju na crnogorskom i drugim jezicima ovog gospodarskog područja ili na engleskom jeziku, ukupnog obima 1 – 1,5 autorski tabak (do cca. 45000 znakova sa bjelinama).

Predati tekst na početku sadrži apstrakt s osnovnim nalazima, obima do 20 redova i do pet ključnih riječi. Na kraju teksta nalazi se Apstrakt (summary) približnog obima i do pet ključnih riječi na engleskom, odnosno njemačkom jeziku, te eventualno na drugom stranom jeziku koji je relevantan za disciplinu na koju se tekst odnosi.

Potrebno je navesti i spisak literature i izvora po azbučnom, odnosno abecednom redu.

Za objavljivanje se prihvataju isključivo originalni tekstovi.

Redakcija zadržava pravo da tekstove prilagođava opštim pravilima uređivanja časopisa i jezičkom standardu u pogledu pravopisa i gramatike.

### *Excerpt from author guidelines*

Articles should be submitted in Montenegrin or any other language from this speaking area or in English language. Articles should not be longer than 1 – 1,5 sheet (cca. 45000 characters with spaces).

An abstract of the article containing general results of maximum 20 lines should be included at the beginning together with up to 5 keywords. At the end of an article a resume (summary) of an approximate length written in English, German, or any other language relevant for the area related to the article should be included.

A list of references and sources should be submitted in alphabetical order.

Only original articles shall be accepted for publishing.

The Editorial Board reserves the right to adapt texts to the general rules of Author Guidelines and with regards to Grammar and Orthography.

CIP — Каталогизација у публикацији  
Национална библиотека Црне Горе, Цетиње

ISSN 2661–2623 = Studia iuridica Montenegrina  
COBISS. CG-ID 38090512