

Godina XXV

2023.

ISSN 1450-7986

UDK 34: 061.1(4)

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

Godišnji časopis Udruženja za evropsko pravo

Glavni i odgovorni urednik

Jelena VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ

Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac

Izdavač / Publisher: Udruženje za evropsko pravo, 34000 Kragujevac

Saizdavač / Co-publisher: Institut za uporedno pravo, 11000 Beograd

Redakcija / Editorial Board

Prof. dr Vladimir Čolović (Institut za uporedno pravo, Beograd), prof. dr Aleksandar Ćirić (Pravni fakultet u Nišu), dr Duško Lopandić (Beograd), dr Miroslav Paunović (Beograd), prof. dr Vuk Radović (Pravni fakultet u Beogradu), prof. dr Maja Stanivuković (Pravni fakultet u Novom Sadu), akademik prof. dr Mirko Vasiljević (Pravni fakultet u Beogradu), prof. dr Slobodan Samardžić (Fakultet političkih nauka u Beogradu), akademik prof. dr Radovan D. Vukadinović (Pravni fakultet u Kragujevcu), dr Ana Čović (Institut za uporedno pravo, Beograd)

Međunarodna redakcija / International Editorial Board

Prof. dr Rajko Knez (Slovenija), prof. dr Nevenko Misita (Bosna i Hercegovina), akademik prof. dr Vitomir Popović (Republika Srpska), akademik prof. dr Zoran Rašović (Crna Gora), akademik prof. dr Joseph Straus (Nemačka), prof. dr Siniša Rodin (Hrvatska), prof. dr Allan Tatham (Engleska), prof. dr Velimir Živković (Engleska), prof. dr Takis Tridimas (Engleska).

Osnivač i počasni glavni urednik / Founder and honorary editor in chief

akademik prof. dr Radovan D. Vukadinović

Glavni i odgovorni urednik / Editor in chief: dr Jelena Vukadinović Marković, Institut za uporedno pravo u Beogradu

Urednik / Editor doc. dr Jovan Vujičić, Pravni fakultet u Univerziteta u Kragujevcu

Sekretar / Secretary msr Aleksandra Višekruna

Časopis izlazi jednom godišnje.

Tiraž / Circulation 100

Štampa / Print: Interprint, Kragujevac

Adresa uredništva / Address of the Editorial Board: Milovana Glišića 13, 34000 Kragujevac, Srbija; e-mail: revija@pravoeu.org

Prilozi objavljeni u časopisu referisani su u bazama / Abstracting and indexing:

Central and Eastern European Online Library (CEEOL), HeinOnline Law Journal Library, Kooperativni online bibliografski sistem i servisi (COBISS).

Časopis se objavljuje uz podršku Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije.

Predlog za citiranje: REP XXV(2023). U elektronskom formatu Revija je dostupna na: <http://revija.pravoeu.org/index.php/REP>

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

Godišnji časopis Udruženja za evropsko pravo

Godina XXV

2023.

SADRŽAJ

ČLANCI

Vladimir Crnjanski	Vrednosni sistem komunitarnog prava	1
Andrea Piletta Massaro	Back to the Treaties: Towards a 'Sustainable' Competition Law	13
Ana Čović	Razvoj usvojenja kroz istoriju i savremeni pravni i društveni izazovi u oblasti zaštite dece bez roditeljskog staranja	41
Jovan Vujičić	Pravna sredstva u slučaju nesaobraznosti robe u potrošačkom pravu Evropske unije	73
Ivana Radomirović Jelena Vukadinović Marković	Forma arbitražnog sporazuma	91
UPUTSTVA ZA AUTORE		107

REVIEW OF EUROPEAN LAW

Annual Review of the Association for European Law

Volume XXV

2023

CONTENT

ARTICLES

Vladimir Crnjanski	The Value System of European Community Law	1
Andrea Piletta Massaro	Back to the Treaties: Towards a 'Sustainable' Competition Law	13
Ana Čović	Development of Adoption throughout History and Contemporary Legal and Social Challenges in the Field of Protection of Children without Parental Care	41
Jovan Vujičić	Remedies for Lack of Conformity of the Goods in the Consumer Law of the European Union	73
Ivana Radomirović Jelena Vukadinović Marković	Form of Arbitration Agreement	91
INSTRUCTIONS TO THE AUTHORS		107

ČLANCI I RASPRAVE

Vladimir Crnjanski*

izvorni naučni rad
UDK 340.1(4-672EU)
10.56461/rep250123.01.C

VREDNOSNI SISTEM KOMUNITARNOG PRAVA

Apstrakt

U radu se analiziraju vrednosne odlike komunitarnog prava Evropske unije (dalje u tekstu: EU). Komunitarno pravo posmatra se u svetlu aktuelnih okolnosti, pre svega kroz prizmu pravnih pravila i ponašanja koja čine njegov opšti okvir. Naravno, predmetna analiza ne oslikava potpuni supstrat komunitarnog prava, već u opštim crtama iznosi određene vrednosne odrednice determinisane obimom ovog rada. Kroz prikaz ključnih obeležja komunitarnog prava, ukazuje se na njegovu vrednosnu poziciju u odnosu na prelomne i odlučujuće izazove današnjice. Aksiološki metod predstavlja dominantni metodološki pristup u obradi naslovljene teme. Osnovni cilj ovog rada nije opredeljenje za ili protiv evropskih integracija, već upitanost šta tvori današnji vrednosni sistem komunitarnog prava.

Ključne reči: komunitarno pravo, vrednosne odrednice komunitarnog prava

* Docent Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, e-mail: vladimir.crnjanski@pravnofakultet.rs

Rad je primljen 27. juna 2023. godine, a prihvaćen za objavljivanje 25. jula 2023. godine.

I Uvod

Ideja o ujedinjenju evropskih naroda nije ekskluzivitet modernog doba. Ona potiče još iz antičkog vremena, s tim što su modaliteti integracija bili različiti. Pojedini predstavnici nastojali su da ujedinjenje ostvare nasilnim putem, dok su se drugi zalagali za ujedinjenje mirnim sredstvima.¹ Ideja o povezivanju evropskih naroda doživela je svoju uzlaznu putanju početkom 20. veka. Osnovni cilj ujedinjenja bio je uspostavljanje i održavanje mira među evropskim narodima. U nizu imena utkanih u razvitak ideje o ujedinjenju evropskih naroda jeste i ime Aristida Brijana, začetnika inicijative za stvaranje Evropske federalne unije. Brijan je takvu inicijativu jasno izneo u svom govoru 5. septembra 1929. godine pred Skupštinom Društva naroda. Njegova osnovna koncepcija počivala je na federalnoj vezi između evropskih naroda zasnovanoj na ekonomskim (a ne političkim) vezama. Iako se početna inicijativa integracionog procesa pripisuje tzv. Šumanovoj deklaraciji iz 1950. godine, ne treba zaboraviti da se i sam Šuman pozvao na Brijanov koncept uspostavljanja evropske federacije. Ipak, nesumnjivo se može zaključiti da je Šumanovom deklaracijom stvorena polazna osnova za faktičku solidarnosti između evropskih naroda.²

U početnom periodu međusobne saradnje ekonomske vrednosti činile su linije povezivanja evropskih integracija zbog čega su u centru pažnje bila pravila o slobodi kretanja radnika, robe, kapitala, usluga i pravila o konkurenciji.³ Tek nakon toga političke inicijative zauzimaju značajnije mesto u procesu evropskih integracija.

Odluku o formiranju evropskih integracija donele su evropske upravljačke elite s ciljem uspostavljanja trajnog mira i prijateljstva. Evropska unija osnovana je Ugovorom iz Maastrichta, koji je stupio na snagu 1. novembra 1993. godine i trenutno je sačinjava 27 država članica. EU je osnovana na neodređeno vreme uz mogućnost jednostranog izlaska države članice prema propisanim pravilima.

¹ B. Rakić, *Za Evropu je potrebno vreme - O preuranjenom pokušaju uspostavljanja evropske političke organizacije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 7-9. Pojedine istorijske ličnosti, poput Karla Velikog, Napoleona i Hitlera, nastojale su da ratom postignu ujedinjenje evropskih naroda, dok su se drugi zalagali za ujedinjenje mirnim putem.

² Vid. više o tome J. Čeranić Perišić, "Brijanov projekat: Pokušaj stvaranja Evropske federalne unije", u: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva i pravosuđa* (ur. M. Orlić), Beograd 2023, 347-380.

³ C. Bernard, S. Peers, *European Union Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2017, 2.

Isključenje države članice nije moguće, ali su u slučaju da država članica ugrožava osnovne vrednosti EU propisane pravne sankcije. Temeljne vrednosti na kojima počiva EU jesu: demokratija, jednakost, sloboda, ljudsko dostojanstvo, vladavina prava, ljudska prava i prava manjina. EU nije samo ekonomska već je i politička zajednica, i to kako unija država tako i unija građana. Ona je i monetarna unija čija je valuta evro.⁴

Treba naglasiti da je Ugovorom iz Lisabona EU dobila status pravnog lica. U najširem smislu posmatrano, pravo EU obuhvata pravna pravila primarnog i sekundarnog prava EU. Primarno pravo pretežno čine pravni akti koje usvajaju države članice, dok sekundarno pravo čine pravni akti usvojeni od strane EU. Primarno i sekundarno pravo EU uređuje odnose između EU i država članica, između samih institucija EU, kao i odnose između fizičkih i pravnih lica, s jedne strane, i same EU. Konačno, pravna pravila EU regulišu u određenim slučajevima odnose između samih fizičkih i pravnih lica. Pravo EU čini kompleksan pravni sistem sistematizovan u više pravnih disciplina. Tako složen pravni sistem obuhvata različite grane prava, kao što su: građansko pravo EU, krivično pravo EU, kompanijsko pravo EU, antidiskriminaciono pravo EU, pravo konkurencije EU i sl.⁵

Evropske integracije jesu sastavni deo savremenog procesa globalizacije. Globalizacija ima višeslojnu strukturu, ali ono što je suštinski opredeljuje jeste proces intenzivnog povezivanja između pojedinaca, kompanija i država zasnovan na principima tržišne ekonomije i tehničko-tehnološkim dostignućima.⁶ Globalizacija nije kratkotrajan proces jer podrazumeva da se u nove oblike saveza uključe i druge države. U pravnom pogledu ona podrazumeva postupak unifikacije i harmonizacije prava radi stvaranja regionalnih ekonomskih integracija sa sopstvenim pravnim sistemom i poretom.⁷

⁴ V. Beširević, *Osnovi ustavnog prava Evropske unije*, Beograd 2023, 1-4. Osnovne vrednosti na kojima počiva EU ujedno čine i njen "ustavni identitet".

⁵ *Ibid.*, 9 i 33. Pored tradicionalnih grana prava EU, postoje i savremene pravne discipline, poput antidiskriminacionog prava EU i prava konkurencije EU.

⁶ *Ibid.*, 4. Čvršći i trajniji oblici povezivanja jesu osnovni ciljevi globalizacije.

⁷ Vid. R. Vukadinović, V. Popović, "Institucionalna struktura Evroazijske ekonomske unije", u: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva i pravosuđa* (ur. M. Orlić), Beograd 2022, 199-218.

Najvažniji civilizacijski doprinos ujedinjene Evrope jeste uspostavljanje i održavanje mira. Služenje miru predstavlja najvažniji cilj ujedinjenja evropskih naroda. Kao posledica njegovog izostanka nastao je Drugi svetski rat.⁸ Takva paradigma zla u 20. veku ne sme da se zaboravi jer opasnost od rata lebdi konstantno nad celim čovečanstvom.

II Vrednosne odrednice komunitarnog prava

U ovom delu rada izneće se opšte vrednosne odrednice komunitarnog prava EU. Komunitarno pravo posmatra se u širem kontekstu, ne samo u pogledu pravnih pravila EU koja čine njenu pravnu tvorevinu (*acquis communautaire*), nego i u odnosu na znakovita ponašanja ovlašćenih pojedinaca i nadležnih organa EU. Takav širi kategorijalni pristup omogućuje da se *grosso modo* objasni sadržinska struktura komunitarnog prava EU.

Ideja proširenja EU prolazila je kroz svoje uspone i padove. Već duži period ona je u evidentnoj krizi. U današnjem vremenu koncept jednakosti i jedinstva država članica ustupio je mesto konceptu diferencijalnosti. Koncept fleksibilnosti komunitarnog prava doprinosi da se države članice nalaze u različitim pozicijama kada je reč o određenim pravima i obavezama u pogledu proklamovanih političkih ciljeva EU. Time se urušava jedan od temeljnih i nosećih stubova evropske konstrukcije - princip jednakosti i jedinstva država članica. Treba istaći da su u prošlosti postojale inicijative za primenu principa diferenciranosti u pravu EU, ali nisu imale snažniji uticaj za razliku od današnjeg vremenu kada one sve više dobijaju na značaju.⁹

⁸ Schuman declaration May 1950, <https://european-union.europa.eu/principles-coun-tries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration.-may-1950-en>, posećena: 1. 6. 2023.

⁹ Vid. J. Čeranić Perišić, "Između fleksibilnosti i dezintegracije - diferenciranost u pravu Evropske unije", u: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva i pravosuđa* (ur. M. Orlić), Beograd 2022, 220 i 223. Devedesetih godina prošlog veka princip diferenciranosti je ponovo aktuelizovan. Postojali su evropski političari koji su se zalagali za različite modele diferencirane integracije. Primera radi, tadašnji francuski premijer Edvard Baladir zalagao se za strukturnu rekonstrukciju Evrope u tri koncentrična kruga. S druge strane, nemački političari zalagali su se za stvaranje "tvrdog jezgra" koje bi činile Nemačka, Francuska i zemlje Beneluksa. Nekadašnji britanski premijer Džon Mejdžor zalagao se da svaka država članica ima slobodu da izabere oblast integracije u kojoj želi da učestvuje, pri čemu bi stvaranje zajedničke zone slobodne trgovine bio glavni cilj evropskih integracija.

Princip diferenciranosti posledično stvara različite perspektive u pogledu evropskih integracija. Za Evropu u više brzina ključni kriterijum je vreme, za Evropu promenljive geometrije prostor, a za Evropu po želji oblast saradnje. Međutim, osnovni problem diferenciranosti u pravu EU ogleda se u činjenici što takva ideja nema svoje pozitivnopravno utemeljenje. Ona je pre svega izraz određenih političkih ciljeva i ne odražava jedinstveni pravni poredak usled različitih modaliteta diferenciranosti u pravu EU.¹⁰ Pored toga, iza takve ideje krije se jedna potencijalna opasnost. Reč je o svojevrsnoj zameni za punopravno članstvo zemalja Zapadnog Balkana koje bi time bile trajnije zadržane izvan okvira punopravnog članstva u EU. U svetlu trenutne arhitekture EU, jasno se uočavaju sada već opravdane sumnje da će sve prisutnija diferenciranost u pravu EU zapravo postati "katalizator dezintegracije Evropske unije".¹¹

Pre nego što razmotrimo vrednosne kriterijume komunitarnog prava, prethodno ćemo ukazati na problematične tačke određenja samog pojma prava. Pojam je izvestan oblik logičkog i mislenog određenja neke "stvari" ili nekog svojstva. Pojam generiše određene terminološke probleme prilikom odabira primerenih reči i izraza. Iznalaženje definicije podrazumeva dve faze: označenje višeg roda (*genus proximum*) i utvrđivanje specifične razlike (*differentia specifica*).¹²

O pojmu prava postoji više teorijsko-pravnih pravaca. Ovom prilikom izdvojiće se, prema oceni autora, za predmetnu tematiku oni najvažniji. U okviru pravnog pozitivizma, zastupnici tog pravca mišljenja ističu da pravo čini sve ono što ljudi koji tvore određenu zajednicu uzajamno priznaju (juristička škola prava). S druge strane, normativistička škola ukazuje da pravo postoji samo u normama. Drugim rečima, sve što se ne nalazi u njima i nije pravo.¹³ Pravni realizam i njegov najvažniji predstavnik Jering ukazuju da definicija prava zavisi od "namene tog poduhvata".¹⁴ Velikan pravničke misli Jelinek, fokusirajući se na cilj prava, formuliše sledeću definiciju: "Pravo nije ništa drugo do etički minimum".¹⁵

¹⁰ *Ibid.*, 225.

¹¹ *Ibid.*, 231.

¹² S. Vračar, Problematika pojma prava, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 92(2006)1-2, 130-131.

¹³ *Ibid.*, 139-140.

¹⁴ *Ibid.*, 141.

¹⁵ *Ibid.*, 142.

Konačno, pristalice škole pravnog idealizma ističu da pravo predstavlja jednu apsolutnu ideju vodilju. Gustav Radbruch je to dodatno konkretizovao napominjući da se pravo nalazi u "sferi kulture, gde se nalaze glavne vrednosti".¹⁶

Pravna filozofija jeste prvi i najstariji način sagledavanja prava kao vitalne društvene pojave. Pravo možemo da definišemo i kao skup normi i ponašanja koja oslikavaju određene vrednosti. Uopšteno govoreći, predmet savremene pravne filozofije vrednuje pravo tako što se bavi pitanjem kakvo pravo treba da bude (ili bi trebalo da bude). Naslanjajući se na ideje pravnog idealizma, pravo možemo da razumemo i kao kulturni pojam koji teži vrednosti. Jasnije rečeno, pravo služi pravnoj vrednosti jer se ideja prava ogleda u pravdi. Ona je "apsolutna vrednost koja se ne može izvesti ni iz kakve druge vrednosti".¹⁷ Filozofija prava, pored određivanja suštine prava i njegove veze sa svetom u celini, za svoj predmet mora da ima i samu sadržinu prava. Pravne ustanove se moraju objasniti filozofski, posmatrano u svetlu svoje celovite uloge i značaja u jednom društvu.¹⁸

Upravljačke elite EU ne smeju da zaborave da norme i ponašanja koja tvore ustrojstvo komunitarnog prava oslikavaju određene vrednosti. Pravo ima svoju normativnu, faktičku i vrednosnu dimenziju. U ovom radu, akcent se stavlja na vrednosnu dimenziju komunitarnog prava. Pored nesumnjivih pozitivnih tekovina, u nastavku će se apostrofirati negativna obeležja komunitarnog prava. Takav aksiološki pristup uključuje potrebu da se na vidljiv i jasan način vrednosno polemiše o nedostacima komunitarnog prava kako bi se sprečile dalje negativne tendencije.¹⁹

Imajući u vidu činjenicu da i negativne pojave u bitnom pogledu utiču na vrednosni sistem komunitarnog prava, ovom prilikom izdvojićemo one koje se odnose na aktuelne događaje. S obzirom na to da je zaštita ljudskih prava i

¹⁶ *Ibid.*, 145.

¹⁷ R. Lukić, Pojam filozofije prava, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 92(2006)1-2, 564.

¹⁸ *Ibid.*, 568. Pravo je samo jedan deo sveta, pa se ta celina mora poznavati za suštinsko razumevanje prava. Sadržinski deo filozofije prava ne treba svesti na prepričavanje normi koje čine pravne ustanove, nego se "ustanove moraju objasniti filozofski, tj. s gledišta svoje uloge i značaja u svetu i društvu kao celini". Recimo, ugovor nije samo pravni akt, već i sredstvo uređenja društva i ostvarivanja slobode čoveka.

¹⁹ O deficitu vrednosti u samoj EU, između ostalog, vid. V. Beširević, *op. cit.*, 177-185.

sloboda temeljna vrednost EU, postavlja se pitanje da li je dozvoljeno da se na evropskom tlu "glasno ćuti" o više nego vidljivim povredama ljudskih prava i sloboda. Takve manjkavosti ispoljene su u vezi sa povredama ljudskih prava i sloboda tokom migrantske krize koje i dalje "traže" adekvatnu pravnu zaštitu. Posebno zabrinjava i činjenica da je na teritoriji EU miniran glavni infrastrukturni projekat gasovod "Severni tok 1" bez jasnog odgovora komunitarnog prava ni u pogledu uzroka ni u pogledu posledica takvog krupnog događaja. U svetlu trenutnih ratnih dešavanja na tlu Evrope, teritorijalni integritet i suverenitet ponovo zaslužuju posebnu pažnju. Pre svega u pogledu njihove univerzalnosti i upitanosti da li je princip teritorijalnog integriteta i suvereniteta jednako važna tekovina na teritoriji cele Evrope ili je različita i posebna za "manje bitne slučajeve" na evropskom tlu. Pitanje povrede suvereniteta i teritorijalnog integriteta država na evropskom tlu aktuelizovano je protivpravnom agresijom članica NATO na tadašnju Saveznu Republiku Jugoslaviju (1999. godine). Međutim, i tada i sada na terenu komunitarnog prava ostala je bez jasnog odgovora sledeća dilema: da li protivpravni akt jedne zemlje kojim se narušava teritorijalni integritet i suverenitet druge međunarodno priznate zemlje može automatski da povuče krivicu celokupnog naroda one države koja je preduzela protivpravni akt. Sve glasnije najave i predlozi zvaničnika EU za zamrzavanje imovine ruskih državljana afirmišu princip kolektivne krivice koji je suprotan modernim pravnim standardima o individualnoj odgovornosti. Uvođenje kolektivnih mera i zamrzavanje imovine na teritoriji EU licima koja nisu njeni državljani suprotno je temeljnoj evropskoj ideji zaštite svojine i mirnog uživanja imovine. Pored pomenutih nedostataka, trenutni pristup EU ne predstavlja značajan doprinos ka iznalaženju mirnog rešenja u Ukrajini. Sada je već izvesno da se kao neuspešni mogu oceniti pokušaji da se rusko-ukrajinski konflikt reši "horskim jedinstvom" država članica EU. Takvi pokušaji su duboko pogrešni jer jasno manifestuju odsustvo želje da se prizna pravo i na drugačije mišljenje. Na taj način se direktno negira pozitivna vrednost komunitarnog prava na kojoj je EU i zasnovana - sloboda mišljenja i izražavanja. Polje slobode i jednakosti imanentno nameće istinski dijalog. Sloboda zahteva jednakost jer ne može da postoji izvan nje. Pravo kao izraz slobode ne može da podstiče "nejednakost". Upravo zbog toga pravo jeste zakonit i efikasan put ka pravdi.

Evropsko pravo je značajna kategorija naše stvarnosti. Zbog toga su nužni osvrti na vrednosni sistem komunitarnog prava, ma kako ti pokušaji izgledali usamljeni. Zato i treba da zabrinu sve glasnije najave evropskih političkih elita o prihvatanju ideje dugotrajnih ratnih dejstava na teritoriji Ukrajine, umesto da se

uloži energija u stvaranje preduslova za istinski dijalog između sukobljenih strana u cilju što bržeg uspostavljanja mira.

Kultura dijaloga uz istinsko uvažavanje sagovornika mora da bude početna i osnovna premisa za rešavanje složenih pravnih situacija. Unilateralne sankcije koje sukcesivno EU usvaja protiv Rusije u nameri rešavanja aktuelnog ratnog sukoba na teritoriji Ukrajine sporne su jer dovode u pitanje osnovna pravila međunarodnog javnog prava. One dodatno doprinose kršenju ljudskih prava, promovisanju sopstvenih interesa i kolektivnom kažnjavanju društva. Uz to, dovode u pitanje princip jednakosti država, suvereniteta i zabrane intervencije u unutrašnje poslove država.

Pored slobode, ljudskog dostojanstva, vladavine prava i demokratske procedure jesu pozitivne vrednosti komunitarnog prava EU. Međutim, komunitarno pravo ne sme da zanemari ključnu činjenicu da demokratija nije pitanje kvantiteta već vrednosnog supstrata jedne ideje. Za komunitarno pravo EU jednako važno pitanje jeste ne samo značaj i primena prava EU, nego i njegova vrednost. Pomenuti primeri ukazuju da komunitarno pravo EU u potpunosti ne baštini sve vrednosti demokratskog legitimiteta. Ako pravo jeste vrednost po sebi, estetika života i pravna kultura treba da budu krajnji cilj i prava EU. Zbog toga treba ozbiljno preispitati konceptijsku strukturu postojećeg komunitarnog prava. Pojasniti da li norme i ponašanja koja tvore ustrojstvo EU oslikavaju određene vrednosti i koje. Mora se imati u vidu da pravo kao bezvremena vrednost ne trpi elemente efemerne korisnosti. To se posebno odnosi na neskrivene namere da se negativne vrednosti neoliberalnog koncepta ekonomije sve više ukorenjuju u komunitarno pravo.

Pravo EU treba da potvrditi plemenite ideje na kojima su evropske integracije i zasnovane. To se ne postiže diktatom, nego snagom univerzalne vrednosti komunitarnog prava. Svojom sadržinskom strukturom komunitarno pravo određuje da li teži univerzalnim vrednostima ili ideji kratkoročnih i prolaznih političkih interesa. Ključno pitanje jeste da li u današnjem komunitarnom pravu ima mesta za drugog i drugačije mišljenje. Drugim rečima, da li bez ravnopravnosti i jednakosti svih članica EU može da postoji vrednosni sistem komunitarnog prava.

Nedostaci komunitarnog prava nisu vidljivi samo u kriznim situacijama, oni se sve više ispoljavaju i u redovnim okolnostima. Školski primer očiglednog "posrnuća" komunitarnog prava zbio se ne tako davno u francuskom društvu. Francuska kao osnivač i kamen temeljac EU treba da bude ogledni primer vrednosnih ideja komunitarnog prava EU. Najsvježiji primer skorašnjeg usvajanja

penzionog zakona bez njegovog izglasavanja u Donjem domu parlamenta vrednosno osiromašuje francusku demokratsku tradiciju. Nameće se pitanje da li takvo usvajanje sistemskog zakona bez presedana, i pored ustavne mogućnosti, predstavlja doprinos tekovini demokratije ili je paradigmatičan antidemokratski čin. I pored toga što je primenjen ustavom dozvoljen koncept, reč je o sistemskom zakonu koji uređuje penzionu reformu i njegovo donošenje bez glasanja u Donjem domu parlamenta ne oslikava demokratske vrednosti evropskog društva.

III Zaključak

Izazovi sa kojima se EU suočava u poslednje vreme, poput ekonomske krize, migrantske krize, bregzita, pandemije izazvane virusom Kovid-19, traže jasne i sistemske odgovore. Komunitarno pravo EU treba da potvrdi svoju vrednost pre svega u graničnim i kriznim situacijama. Ne samo zbog migrantske krize i aktuelne bezbednosne krize uzrokovane ratom na teritoriji Ukrajine, pravo EU je na ozbiljnom ispitu. EU treba kvalitetom svojih ideja nedvosmisleno da odgovori na trenutne i buduće izazove. Samo univerzalne vrednosti utemeljene na izvornim principima EU predstavljaju jasne odgovore na društvene i političke krize i ne dovode do konfuzije etičkih i moralnih vrednosti.

Pozitivne vrednosti imaju svoju unutrašnju snagu i ne mogu se nametati diktatom. Za uspostavljanje uzornog vrednosnog sistema, EU mora da se vrati svojim izvornim vrednostima - slobodi mišljenja i očuvanju trajnog mira i saradnje među evropskim narodima. Ako prihvatimo početnu premisu da je pravda u osnovi ideje prava i njegova najuzvišenija vrednost, onda je pravo stožerna ideja reda, ravnoteže i jednakosti u pravima i ljudskom dostojanstvu. Pravo EU je prvenstveno stvoreno da štiti i obezbeđuje unutrašnji i međunarodni mir. Trenutno, nisu vidljivi odlučni koraci u tom pravcu.

Suštinu politike određuju i ljudi koji je sprovode, pa se i vrednosni sistem jedne politike ogleda u njenim protagonistima. Čini se da u tom pogledu postoji ozbiljan raskorak na prostoru EU budući da nedostaju donosioci političkih odluka koji imaju prvorazredni autoritet nužan za etičku dimenziju javne funkcije. Između ostalog i zbog toga se otvara prostor za upitanost kakvo je trenutno mesto EU u novoj arhitekturi globalnog sveta i da li ona ima odgovarajuću poziciju u međunarodnim odnosima. Povodom toga, nužno je odgovoriti i na pitanje da li pravo EU predstavlja deo autonomnog pravnog poretka ili se približava i utapa u neke druge centre moći, poput evroatlantskih integracija (što nije bila izvorna ideja u vreme osnivanja EU). Pomenute dileme prethodno zahtevaju sledeće suštinsko razjašnjenje - da li je pravo EU cilj po sebi

ili sredstvo postizanja univerzalne pravde kao višeg cilja. Ako je ono prvo, onda je reč o nametnutim kategorijama, ako je ono drugo, reč je o "zelenom stablu pravnog života".

Pluralizam mišljenja je lekovit i predstavlja osnovno ljudsko pravo (sloboda misli). Međutim, svedoci smo da u pogledu aktuelne bezbednosne situacije u EU vlada zabrinjavajuće jednodušje koje čak i ne dozvoljava drugačije mišljenje. Oni koji se na tako nešto odluče, rizikuju svoj položaj i ravnopravan status u okviru EU. Nije zgoreg istaći jedno upozorenje - veoma je tanka linija između jednodušja i bezdušja. O tome EU mora da vodi računa, čak i kada zabranjuje određene medije jer time krši osnovno ljudsko pravo na informisanje. Ruska kultura i njena književnost jesu sastavni deo evropske kulture i pokušaji da se oni "kanseluju" duboko su pogrešni. Time se sama evropska kultura pomera iz svojih korena.

Vrednosni sistem komunitarnog prava određuje da li se magistralni tokovi pravnih tekovina EU izmeštaju iz humanih i univerzalnih vrednosti u druge protivrečne kategorije - potrošnju, ličnu korist i samozadovoljstvo. Građanske slobode podrazumevaju i odgovornost prema univerzalnim vrednostima. Ovaj rad ima za cilj da podstakne upitanost da li se današnjim konceptom komunitarnog prava promovišu pozitivne vrednosti. Ukoliko se komunitarno pravo vrati svojim izvornim vrednostima uspostaviće linije kontinuiteta sa univerzalnim idejama na kojima je EU i osnovana. Jedna od ideja koja ima značaj "apostolske" dužnosti jeste odgovornost za bezuslovno očuvanje i zaštitu mira. U njoj leži i osnovni motiv ovog rada.

Vladimir Crnjanski*

The Value System of European Community Law

Summary

This paper analyzes European Community Law in the light of current events, primarily through the prism of legal rules and behaviors that make up its general framework. The main aim of this paper is not a determination for or against

* PhD, Assistant Professor, Union University Law School Belgrade.

European integration, but rather the question of what constitutes today's value system of European Community Law.

Keywords: community law, value determinants of community law.

Literatura

Bernard, C., Peers, S., *European Union Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2017.

Beširević, V., *Osnovi ustavnog prava Evropske unije*, Beograd 2023.

Ćeranić Perišić, J., "Između fleksibilnosti i dezintegracije - diferenciranost u pravu Evropske unije", u: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva i pravosuđa* (ur. M. Orlić), Beograd 2022.

Ćeranić Perišić, J., "Brijanov projekat: Pokušaj stvaranja Evropske federalne unije", u: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva i pravosuđa* (ur. M. Orlić), Beograd 2023.

Lukić, R., Pojam filozofije prava, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 92(2006)1-2.

Rakić, B., Za Evropu je potrebno vreme - O preuranjenom pokušaju uspostavljanja evropske političke organizacije, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009.

Schuman declaration May 1950, <https://european-union.europa.eu/principles-coun-tries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration.-may-1950-en>, posećena: 1. 6. 2023.

Vračar, S., Problematika pojma prava, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 92(2006)1-2.

Vukadinović, R., Popović, V., "Institucionalna struktura Evroazijske ekonomske unije", u: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva i pravosuđa* (ur. M. Orlić), Beograd 2022.

Andrea Piletta Massaro *

izvorni naučni rad
UDK 349.6:339.137
10.56461/rep250123.02.P

BACK TO THE TREATIES: TOWARDS A 'SUSTAINABLE' COMPETITION LAW

Abstract

Competition law, especially after the advent of the so-called Chicago School, has often been viewed as a policy interested in the pursuit of economic efficiency only, and sometimes it has also been enforced accordingly. However, the call to improve – if not save – the conditions of the environment in which we live has become urgent for our economic, social and legal systems. Therefore, every policy, competition law included, must play its part, as the protection of the environment represents a core value of our societies' constitutional foundations. In the context of competition law, this means allowing sustainability agreements aimed at pursuing environmentally friendly objectives, such as new products or productive processes. This can be reached through various means, especially by means of the exemption provided by Article 101, paragraph 3, TFEU. This article will analyse the various approaches that can lead to an innovative and environmentally friendly application of competition law, bearing in mind that the inclusion of these concerns in the assessment of competition law cases is rooted in the 'multi-value' approach to competition required by the EU Treaties.

Keywords: competition, law, article 101, TFEU, sustainability.

* PhD, research fellow at University of Torino, Law Department, email: andrea.piletta@unito.it

Rad je primljen 29. juna 2023, a prihvaćen za objavljivanje 30. jula 2023. godine.

I The concept of 'sustainability' as a societal goal and the policy role of competition law

Sustainability has been defined by the 1987 World Commission on Environment and Development's Brundtland Report as *development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*.¹ The same Report sustained that *sustainable development is not a fixed state of harmony, but rather a process of change in which the exploitation of resources, the direction of investments, the orientation of technological development, and institutional change are made consistent with future as well present needs*.² From this statement it results evident how sustainability – not only environmental sustainability, but also social sustainability – can be reached only through a deep rethinking of our economic system, and precisely through an approach more attentive to social values and less focused on the mere economic efficiency. This claim recalls the current debate in competition law, which, being a fundamental policy of our legal and economic systems, has for sure played a role in this context. Anyhow, before turning the focus on the relationship between competition law and environmental sustainability, it is worth recalling the constitutional foundations of the right to a healthy and flourishing environment.

At the United Nations level, on 12 December 2015, 196 States signed the Paris Agreement, a legally binding international treaty entered into force on 4 November 2016 aimed at limiting global warming to 2 or preferably 1.5 degrees Celsius, if compared to pre-industrial levels.³ Having regard to the European Union, on 28 October 2019 the Plenary Session of the European Parliament declared climate emergency and urged the Commission to stick to the abovementioned 1.5 Celsius degree target, together with cutting emissions in the

¹ World Commission on Environment and Development (chaired by Gro Harlem Brundtland), *Our Common Future*, 1987, 41 (the concept is expressed also at p. 16), <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>, accessed: 30 May 2023. See also OECD, *Sustainability and Competition*, 2020, 11, <https://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf>, accessed: 30 May 2023; M. C. Iacovides, C. Vrettos, *Falling through the cracks no more? Article 102 TFEU and sustainability: the relation between dominance, environmental degradation, and social injustice*, *Journal of Antitrust Enforcement* 10(2022)1, 37.

² World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, 17.

³ United Nations, *The Paris Agreement. What is the Paris Agreement?*, <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>, accessed: 30 May 2023. The text of the Treaty is available at https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf, accessed: 30 May 2023.

EU by 55% within 2030, in order to become climate neutral in 2050.⁴ The Commission took action with the so-called *European Green Deal*, which confirms the EU's intention to reach a level of zero net emissions of greenhouses gases by 2050. In light of the European Green Deal, the question about the possible role that competition law should play in the transition towards a more sustainable economy can receive a positive answer. Moreover, it is worth highlighting that competition law should play its part in this context precisely because of the very 'constitutional' basis of the European Union law.⁵

For the sake of better understanding the constitutional roots of the environmental call, it is first worth mentioning that Article 3, paragraph 3, TEU provides that the 'social market economy' which shall lie at the foundation of the European society aims at *full employment and social progress, together with a high level of protection and improvement of the quality of the environment*. Also, the Charter of Fundamental Rights of the European Union's Article 37 establishes that *a high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment must be integrated into the policies of the Union and ensured in accordance with the principle of sustainable development*. In addition, Article 11 TFEU reiterates that *environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union's policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development*. These provisions confirm how EU's policies, such as competition law, cannot be untied from the Union's 'constitutional' objectives, but they must implement them, also in accordance with the consistency requirement set forth by Article 7 TFEU.⁶

From another perspective, having regard to the European Charter of Fundamental Rights does not contain any specific provision regarding environmental protection. However, this does not imply that the Charter does not require sustainable behaviours towards the environment. In fact, the

⁴ European Parliament, The European Parliament declares climate emergency, 29 October 2019, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20191121IPR67110/the-european-parliament-declares-climate-emergency>, accessed: 30 May 2023. The text of the European Parliament's Plenary Session resolution, P9_TA(2019)0079, European Parliament resolution of 28 November on the 2019 UN Climate Change Conference in Madrid, Spain (COP 25) (2019/2712(RSP)), is available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0079_EN.pdf, accessed: 30 May 2023.

⁵ M. C. Iacovides, C. Vrettos, *op. cit.*, 9-12.

⁶ See also S. Kingston, "Why environmental protection goals should play a role in EU competition policy: a legal systematic argument", in: S. Kingston, *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge University Press, 2011, 106-107.

European Court of Human Rights has adopted an evolutive interpretation of the Charter and, for instance, applied the right to life or family life to environmental issues.⁷ However, as recently pointed out by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, the extensive interpretation of other fundamental rights promoted by the ECHR in order to include environmental protection concerns is only *indirect* and *favours an anthropocentric and utilitarian approach to the environment which prevents natural elements from being afforded any protection per se [emphasis added]*.⁸ At this purpose, the same Parliamentary Assembly recognised that *an autonomous right to a healthy environment would have the benefit of allowing a violation to be found irrespective of whether another right had been breached and would therefore raise the profile of this right*.⁹ As a consequence, the Assembly recommended member States of the Council of Europe to *participate in a political process under Council of Europe auspices aimed at preparing legally binding and enforceable instruments – an additional protocol to the Convention, and an additional protocol to the Charter – in order to protect more effectively the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment*.¹⁰ Finally, it is worth mentioning that at the same Council of Europe's level the Bern Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats was signed in 1979.¹¹

⁷ Council of Europe, Protecting the Environment using human rights law, <https://www.coe.int/en/web/portal/human-rights-environment>, accessed: 30 May 2023. A summary of the decisions issued by the European Court of Human Rights on environmental issues was made available in July 2021 by the same Court's Press Unit, Environment and the European Convention on Human Rights, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf, accessed: 30 May 2023.

⁸ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe, Resolution 2396 (2021), 29 September 2021, point 6, <https://pace.coe.int/pdf/658d3f594762736ba3c0f378798b2c9529cf4be34aa45a8c38616ecd18fa80c0/resolution%202396.pdf>, accessed: 30 May 2023.

⁹ *Ibid.*, point 9.

¹⁰ *Ibid.*, point 14.3. An overview of the Council of Europe Parliamentary Assembly's activities aimed at ensuring that the right to a healthy environment is recognised as a basic human right is available at <https://pace.coe.int/en/pages/environment-right-now>, accessed: 30 May 2023.

¹¹ Council of Europe, Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats, signed in Bern on 19 September 1979, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680078aff>, accessed: 30 May 2023. See also Council of Europe, Presentation of the Bern Convention, <https://www.coe.int/en/web/bern-convention/presentation>, accessed: 30 May 2023.

EU member States also recognise environmental protection as a constitutional level right to be protected and the importance of such a right is increasingly highlighted. The major example is represented by the *Charte de l'environnement de 2004*, added in 2005 to the 1958 French Constitution.¹² It is composed of ten articles. Among them, Article 1 provides that *everyone has the right to live in a balanced environment which shows due respect for health*, whilst Article 2 states that *everyone is under a duty to participate in preserving and enhancing the environment*. Anyhow, for our purposes, the most interesting provision is represented by Article 6, which establishes a link between environmental protection, social progress and economic development, as it requires that *public policies shall promote sustainable development. To this end they shall reconcile the protection and enhancement of the environment with economic development and social progress*.

The issue of environmental protection was addressed also by Germany, which in 1994 added Article 20a to the *Grundgesetz*. With an interesting reference to the *responsibility towards future generations*, this provision affirms that *the state shall protect the natural foundations of life and animals by legislation and, in accordance with law and justice, by executive and judicial action, all within the framework of the constitutional order*.¹³ In compliance with this provision, in 2019 the Federal Climate Change Act was enacted,¹⁴ aimed at implementing obligations stemming from the Paris Treaty with regard to the German Republic. However, on 21 March 2021 the German *Bundesverfassungsgericht* intervened with an order that deemed the Act unconstitutional with regard to the provisions governing climate targets and the annual amount of gas emissions allowed until 2030 since they do not specify how emissions would be reduced beyond 2030.¹⁵ In fact, the Climate

¹² The *Charte de l'environnement de 2004*'s English text is available on the Conseil Constitutionnel's website at <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/charter-for-the-environment>, accessed: 30 May 2023. The *Charte* was added to the French Constitution by means of *Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement*, published in the *OJ* 2 March 2005.

¹³ The German *Grundgesetz*'s English text is available at https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0116, accessed: 30 May 2023.

¹⁴ Federal Climate Change Act, 12 December 2019, published in *OJ* I S. 2513. The Act's English translation is available at https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ksg/englisch_ksg.html, accessed: 30 May 2023.

¹⁵ Bundesverfassungsgericht, Order of the First Senate of 24 March 2021, 1 *BvR* 2656/18, paras. 1-270, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/rs20210324_1bvr265618en.html, accessed: 30 May 2023. The relevant press release, No. 31/2021, 29 April 2021, Constitutional complaints against the Federal Climate Change Act partially successful, is available in English at

Change Act provided for precise emissions reduction targets until 2030 and then referred to an adjustment of the emissions reduction pathway after 2030. Very interestingly, the *Bundesverfassungsgericht* deemed this adjustment mechanism not enough to ensure that the transition to climate neutrality is achieved in time. According to the Court, the emissions reduction obligation stems from the above-analysed Article 20a of the *Grundgesetz* and more detailed gas reduction targets after 2030 are required to protect the freedom guaranteed by fundamental rights, as almost every activity characterising human life implies gas emissions. Therefore, all these freedoms might be threatened by gas reduction obligations in case the climate situation would have reached a tipping point due to excessive emissions allowed in the current phase, thus offloading the burden of fundamental freedoms' limitation to future generations, after 2030. In conclusion, the Court ordered the German legislator to amend the Act with more precise provisions regarding the after-2030 period. The Act was amended in June 2021.¹⁶ In a similar vein, in October 2021 the *Tribunal Administratif de Paris* issued a decision where it stated that the French State must compensate the non-compliance with the carbon emission targets fixed for the 2015-2018 term.¹⁷ In particular, the *Tribunal* found that these objectives were exceeded by 15 Mt of carbon dioxide. Therefore, the Court fixed a short term, set on 31 December 2022, within which the French State must compensate for carbon dioxide excess. Anyhow, this order was not supported by means of *astreinte* measures.¹⁸

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-031.html>, accessed: 30 May 2023.

¹⁶ White & Case LLP, Reshaping Climate Change Law, 14 July 2021, <https://www.whitecase.com/publications/alert/reshaping-climate-change-law>, accessed: 10 August 2021; Dentons, Parliament passes first law amending the German Federal Climate Protection Act, 18 June 2021, <https://www.dentons.com/en/insights/articles/2021/june/18/first-draft-law-amending-the-german-federal-climate-protection-act>, accessed: 30 May 2023.

¹⁷ Tribunal Administratif de Paris, decision 14 October 2021, no. 1904967-1904968-1904972-1904976, <http://paris.tribunal-administratif.fr/content/download/184990/1788790/version/1/file/1904967BIS.pdf>, accessed: 30 May 2023. See the relevant press release by the same *Tribunal Administratif de Paris*, *L’Affaire du Siècle: l’Etat devra réparer le préjudice écologique dont il est responsable*, 14 October 2021, <http://paris.tribunal-administratif.fr/Actualites-du-Tribunal/Communique-de-presse/L-Affaire-du-Siecle-l-Etat-devra-reparer-le-prejudice-ecologique-dont-il-est-responsable>, accessed: 30 May 2023.

¹⁸ *Ibid.*

Having regard to the Italian context, before a constitutional reform intervened in 2022, in the absence of specific provisions contained in the Italian Constitution, the *Corte Costituzionale* recognised environmental protection as a right to be safeguarded.¹⁹ The Court defined the environment as a constitutionally protected value. In particular, the Italian Constitutional Court stated that the environment shall be protected as an element that determines the quality of life. Its protection, according to the Court, does not pursue naturalistic goals, but it aims at preserving the environment where humans live, which is necessary for the society. This value should have been protected according to Articles 9 (safeguard of natural landscape) and 32 (right to health) of the Italian Constitution – thanks to an extensive interpretation – and it amounts to an absolute value of primary importance.²⁰ However, a proposal of constitution-amending law directed at introducing environmental protection into the Italian Constitution's Articles 9 and 41 (the latter referred to the right to private economic enterprise) was approved in February 2022 – according to the procedure provided for by Article 138 of the Italian Constitution.²¹ This initiative aligns the Italian Constitution with the above-analysed French and German Fundamental Laws, as the amendments explicitly introduce the right to environmental protection. In particular, the reform adds to Article 9 of the Italian Constitution a paragraph which explicitly recognises the protection of the environment, biodiversity and ecosystems, also in the interest of future generations, as a fundamental principle of the Republic. The same Article makes also reference to the protection of animals, although the concrete application of this last provision is delegated to ordinary law.²²

¹⁹ See the report drafted by the *Corte Costituzionale's Servizio Studi*, *La tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale (2002-2015)*, April 2015, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_279.pdf, accessed: 30 May 2023.

²⁰ *Corte Costituzionale*, decision 17 December 1987, no. 641, para 2.2. See also, *inter alia*, *Corte Costituzionale*, decision 4 July 1989, no. 391; decision 7 March 1990, no. 127; decision 24 September 1990, no. 430.

²¹ Constitutional Law 11 February 2022, no. 1, published in *OJ* 22 February 2022, no. 44. See Camera dei Deputati, *Tutela ambientale, approvata la proposta di legge costituzionale*, 8 February 2022, https://www.camera.it/leg18/1132?shadow_primapagina=13595, accessed: 30 May 2023.

²² Camera dei Deputati, *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, 8 February 2022, <https://temi.camera.it/leg18/temi/modifiche-agli-articoli-9-e-41-della-costituzione-in-materia-di-tutela-dell-ambiente.html>, accessed: 30 May 2023; Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Riforme Istituzionali, *La riforma*

Likewise, the amended Article 41 of the Italian Constitution clearly states that economic activities must not be performed with prejudice to health and the environment.²³

From the analysis conducted in this paragraph results evident how the protection of the environment lies at the foundations of our societies. Therefore, all the policies, competition law included, have to pursue this goal, which cannot be sacrificed in light of more material goals, such as economic efficiency. With regard to competition law, this means a broadening of its goals through what we have already defined – more broadly – as a 'multi-value' approach.²⁴

The following paragraphs will analyse how competition law provisions shall be interpreted in order to give a contribution to the shift towards a more environmentally sustainable economy, especially in the context of Article 101 TFEU.

II Sustainability and sustainability-enhancing agreements between firms: The role of Article 101 TFEU

Article 101 TFEU represents the most important tool for pursuing environmentally friendly goals in competition law. That is why companies willing to introduce more sustainable products or processes may encounter the so-called 'first mover disadvantage', as researching for innovations is often more expensive than continuing with the conventional technologies.²⁵ As a result, a firm that decides to embrace a more sustainable regime may be backfired by this choice, as it will be required to invest more and it will also bear the risk of not recovering these investments, provided that the products offered would probably be – at least initially – more expensive. Given this premise, companies might be unwilling to risk sustainability-oriented investments, especially if they are operating in a highly competitive market. Of course, more sustainable products might also come out to be market-breaking ones, but this outcome may not be predicted. In fact, these items, from the average consumer's point of view, represent a sort of 'dilemma', as they require a difficult trade-off between their –

costituzionale in materia di tutela dell'ambiente, <https://www.riformeistituzionali.gov.it/it/la-riforma-costituzionale-in-materia-di-tutela-dell-ambiente/>, accessed: 30 May 2023.

²³ *Ibid.*

²⁴ A. Piletta Massaro, Il diritto della concorrenza tra obiettivi di policy e proposte di riforma: verso un approccio multi-valoriale, *La Cittadinanza Europea Online* 2021, 65.

²⁵ S. Holmes, Climate change, sustainability, and competition law, *Journal of Antitrust Enforcement* 8(2020)2, 367.

usually high – price and quality parameters. In this realm, competition may establish the right market conditions for developing greener products which, thanks to synergies among regulators and industries, might be also affordable, thus leading to an *inclusive green transition*, bearing in mind that this is the only way possible to reach a change of path in the society's relationship with the environment.

However, the point is that companies need to cooperate for the purpose of developing more sustainable products, but in doing so they do not have to risk or fear the application of competition provisions.²⁶ Of course, on the contrary, competition rules cannot be totally relaxed, as this would incentivise 'green washing' behaviour that would negatively affect both competition and the environment.

The existing Treaty provisions and the praxis developed by competition Authorities and Courts already allow the inclusion of sustainability-related profiles into the competition law assessment of a case. Four routes appear practicable in this sense,²⁷ which can be categorized into three sub-groups: The first and most important way is built on the exemption provided for by Article 101, paragraph 3, TFEU; The second relies on the newly introduced sustainability agreements category. Finally, as the final two approaches represent 'alternative' means, they could be analysed together, and they are elaborated upon the 'ancillary restraint' category and the ECJ's *Albany* decision's approach.²⁸

1. The Article 101, paragraph 3, TFEU exemption

Article 101 TFEU, paragraph 1, establishes which agreements are contrary to competition rules. Anyhow, the same Article's paragraph 3 set forth a generally available exemption from the application of Article 101, paragraph 1, TFEU in case the agreements at stake meet certain conditions. These requirements shall be categorised into positive and negative ones. The latter requires that agreements aimed at promoting certain positive improvements do not amount to agreements

²⁶ *Ibid.* See also European Commission, Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition, Competition policy brief 2021-01, September 2021, 1-2, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/63c4944f-1698-11ec-b4fe-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>, accessed: 30 May 2023.

²⁷ These possibilities are finely addressed and proposed by S. Holmes, *op. cit.*, 15-30; S. Holmes, Climate change, sustainability and competition law in the UK, *European Competition Law Review* 2020, 41(8), 385.

²⁸ European Court of Justice, decision 21 September 1999, Case C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie*.

which detrimentally distort competition. These requirements ought to be read as cumulative.

Turning to the positive conditions, the Treaty provision grants the analysed exemption if the concerned agreements are directed at improving goods' production or distribution or if they deliver some sort of economic or technical progress. However, these agreements also need to deliver a 'fair share' of these improvements to consumers. In particular, as stated by the ECJ in *Consten and Grundig*, the benefits brought by the concerned agreement shall *compensate for the disadvantages which they cause in the field of competition*.²⁹

It is worth noticing that the first set of positive requirements is contained in a sentence put together by means of disjunctive conjunctions. Consequently, the exemption is granted also in case the agreement *only* improves the production or the distribution of goods or whether it delivers *only* technical or economic progress. At this point, the first question arises, *i.e.*, if environmental concerns may fit into the first two positive requirements. The answer ought to be positive, as practices directed at reducing the production and sale of goods' environmental impact of course improve the production and distribution of goods and they would also introduce more efficient processes which could drastically reduce the waste of natural resources. Therefore, these kinds of agreements match all the positive requirements requested by Article 101, paragraph 3, TFEU in order to receive the exemption contemplated therein.³⁰ Moreover, it is highly unlikely that in the current political and policy realm the Commission and Courts will not recognise the positive value brought by practices intended at promoting environmental protection. In this sense, the ECJ recognised that the Commission can rely on public policy arguments while evaluating cases under Article 101, paragraph 3, TFEU,³¹ and a revised version of the Commission's exemption guidelines, including specific reference to sustainability-oriented agreements, has

²⁹ European Court of Justice, decision 30 July 1966, joined cases 56 and 58/64, *Consten and Grundig*, p. 348.

³⁰ Hellenic Competition Commission, *Competition Law and Sustainability*, 2020, 27, https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/1896_9b05dc293adbae88a7bb6cce37d1ea60.html, accessed: 30 May 2023.

³¹ European Court of Justice, decision 25 October 1977, case C-26/76, *Metro v. Commission*, para 21; EU General Court, decision 11 July 1996, joined cases T-528/93, T-542/93, T-543/93 and T-546/93, *Metropole television SA et al. v. Commission*, para 118, where the Court stressed that *in the context of an overall assessment, the Commission is entitled to base itself on considerations connected with the pursuit of the public interest in order to grant exemption under Article 85(3) of the Treaty*. See also Hellenic Competition Commission, *Competition Law and Sustainability*, 26.

been recently approved, and it is going to be published just after a light linguistic revision.³² In addition, the Commission has already considered environmental-related justifications to exempt agreements according to the general exemption clause under scrutiny in cases such as *Philips-Osram*,³³ *CECED*³⁴ and *DSD*.³⁵

More challenging, while assessing the merit of a single case, is the second and overarching positive condition, *i.e.*, the delivery of these benefit's fair share to consumers. For this purpose, it is essential to better delineate what the required *fair share* is and to what *consumers* it shall be delivered.

According to the newly approved Commission Exemption Guidelines, Consumers receive a fair share of the benefits when the benefits deriving from the agreement outweigh the harm caused by the agreement, so that the overall effect on the consumers in the relevant market is at least neutral.³⁶ This does not amount to a full compensation, but to appreciable objective advantages, as it can be read through the lines of the ECJ *Asnef-Equifax*³⁷ and *Mastercard*³⁸ decisions

³² Communication from the Commission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, 2023, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-06/2023_revised_horizontal_guidelines_en_0.pdf, accessed: 27 June 2023. Also, recently adopted Commission Regulation (EU) 2023/1066 of 1 June 2023 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements (published in the *Official Journal of the EU* 2 June 2023, L 143/9), at its Recital 2 explicitly states that cooperation among undertakings in R&D can fit into the purposes of the European Green Deal.

³³ EU Commission, decision 21 December 1994, 94/986/EC, case IV/34.252 – *Philips-Osram*, in particular para. 27.

³⁴ EU Commission, decision 24 January 1999, 2000/475/EC, case IV.F.1/36.718. *CECED*, in particular paras. 55-57.

³⁵ EU Commission, decision 17 September 2001, 2001/837/EC, case COMP D3/34493 – *DSD and others*, in particular para. 148.

³⁶ Communication from the Commission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, point 569.

³⁷ European Court of Justice, decision 23 November 2006, case C-238/05, *Asnef-Equifax*, para. 72, where the Court stresses that *the overall effect on consumers in the relevant markets must be favourable*.

³⁸ European Court of Justice, decision 11 September 2014, case C-382/12 P, *MasterCard Inc. at al. v. Commission*, para. 234.

and sustained also by a paper issued by the Dutch ACM.³⁹ Moreover, if the agreement leads to an increase in prices, consumers can be compensated through increased quality or other benefits.⁴⁰ In fact, in relation to environmental sustainability issues, it is possible that higher prices paid by actual consumers may be reflected in higher long-term benefits to society.⁴¹ For this purpose, the new Commission Guidelines introduce three categories of possible benefits for consumers: The 'individual use value benefit', the 'individual non-use value benefits' and the 'collective benefits'. The first kind refers to improved product quality or product variety resulting from qualitative efficiencies or takes the form of a price decrease as a result of cost efficiencies.⁴² The second encompasses the appreciation of the consumers whilst consuming a sustainable product in comparison to a non-sustainable one, as it causes a less negative impact on others (and, in this case, consumers could also be willing to pay more for the product).⁴³ The last category of benefits, instead, occurs irrespective of the consumers' individual appreciation of the product and these benefits accrue to a wider section of society than just consumers in the relevant market.⁴⁴

However, a difficult task appears to be the evaluation of sustainability gains, as these are not easily measurable through price parameters. In this sense, as pointed out by the Dutch ACM, *environmental benefits can often be quantified, for example, by indicating the extent to which certain harmful emissions will be reduced, and*

³⁹ Dutch Authority for Consumers & Markets, What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context?, ACM Legal Memo, 27 September 2021, 1, 3-4, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-fair-share-for-consumers-in-a-sustainability-context.pdf>, accessed: 30 May 2023. See also M. Dolmans, "Sustainable Competition Policy and the "Polluter Pays" Principle", and M. P. Schinkel, L. Treuren, "Green Antitrust: Friendly Fire in the Fight Against Climate Change", both in: *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability* (eds. S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep), Concurrences, 2021, respectively 34 and 72.

⁴⁰ *Ibid.* See also point 102, where it is stated that consumer pass-on can also take the form of qualitative efficiencies such as new and improved products, creating sufficient value for consumers to compensate for the anticompetitive effects of the agreement, including a price increase.

⁴¹ G. Monti, J. Mulder, Escaping the clutches of EU competition law. Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives, *European Law Review* 2017, 42(5), 649; M. Dolmans, *op. cit.*, 31-32.

⁴² Communication from the Commission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, point 571.

⁴³ *Ibid.*, 575, 578.

⁴⁴ *Ibid.*, 582.

over what period.⁴⁵ This solution is particularly viable as a means for quantifying an agreement's sustainability gains and comparing them with the related restriction to competition. Moreover, anchoring this process to measurable parameters brings the necessary safeguards for preserving legal certainty in a field – *i.e.*, sustainability – which is guided by broad policy considerations.

With regard to the aspect concerning the category of consumers who shall receive the fair share required by Article 101, paragraph 3, TFEU, the newly approved Commission Guidelines specify that *the concept of 'consumers' encompasses all direct or indirect customers of the products covered by the agreement.*⁴⁶ In this sense, it is important to follow the reasoning of the Commission's new Guidelines with reference to the so-called collective benefits. Here it is stated that *although the weighing of the positive and negative effects of the restrictive agreements is normally done within the relevant market to which the agreement relates, where two markets are related, efficiencies generated on separate markets can be taken into account, provided that the group of consumers that affected by the restriction and that benefits from the efficiencies is substantially the same.*⁴⁷ Moreover, *where consumers in the relevant market substantially overlap with, or form part of the group of beneficiaries outside the relevant market, the collective benefits to the consumers in the relevant market that occur outside the market can be taken into account if they are significant enough to compensate the consumers in the relevant market for the harm they suffer.*⁴⁸

The abovementioned Guidelines' approach appears to be consistent with the praxis developed by the European judiciary. Indeed, in *Compagnie Générale Maritime*,⁴⁹ the General Court stated that for the purposes of Article 101, paragraph 3, TFEU, *regard should naturally be had to the advantages arising from the agreement in question, not only for the relevant market [...], but also, in appropriate*

⁴⁵ Dutch Authority for Consumers & Markets, Draft Guidelines on Sustainability Agreements, 2020, point 32, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf>, accessed: 30 May 2023. See also Communication from the Commission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, point 587.

⁴⁶ Communication from the Commission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, point 569.

⁴⁷ *Ibid.*, point 583.

⁴⁸ *Ibid.*, point 584.

⁴⁹ EU General Court, decision 28 February 2002, case T-86/95, *Compagnie Générale Maritime v. Commission*.

cases, for every other market on which the agreement in question might have beneficial effects, and even, in a more general sense, for any service the quality or efficiency of which might be improved by the existence of that agreement.⁵⁰ Additionally, in the *Mastercard* judgement (dealing with a credit card system two-sided market), although the Court of Justice first held that *where [...] restrictive effects have been found on only one market of a two-sided system, the advantages flowing from the restrictive measure on a separate but connected market also associated with that system cannot, in themselves, be of such character as to compensate for the disadvantages resulting from that measure in the absence of any proof of the existence of appreciable objective advantages attributable to that measure in the relevant market, in particular [...] where the consumers on those markets are not substantially the same,*⁵¹ some paragraphs below the Court specified that what is required is that both the sides of the concerned market had to receive an advantage, but that has not to be of the same extent.⁵² Furthermore, as specified by the Dutch ACM, the ECJ's *dictum* in *Mastercard* means that *if the two groups were substantially the same, out of market benefits could possibly suffice. This is because fair compensation for consumers can result from out of market benefits for a larger group of beneficiaries that includes the consumers who are also present in the relevant market, for instance because the relevant benefits accrue to society as a whole.*⁵³ In particular, according to the ACM, *Mastercard* clarified that *out of market benefits are counted towards compensation of the consumers negatively affected, in particular if they affect substantially the same group and that out of market efficiencies benefiting other consumers can also be counted toward a fair share for consumers overall.*⁵⁴ Consequently, it appears that the case-law is already in line with the approach adopted by the Commission (and by some National Competition Authorities, such as the Dutch ACM).⁵⁵

⁵⁰ *Ibid.*, para 343.

⁵¹ EU General Court, decision 11 September 2014, case C-382/12 P, *MasterCard Inc. et al. v. Commission*, para 242.

⁵² *Ibid.*, para 248.

⁵³ Dutch Authority for Consumers & Markets, What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context?, 3.

⁵⁴ *Ibid.*, 4. In light of this, it is worth recalling the Commission decision in the *CECED* case, which stated that an agreement aimed at producing more energy-efficient washing machines would create environmental results for society that *would adequately allow consumers a fair share of the benefits even if no benefits accrued to individual purchasers of machines.* European Commission, *CECED*, point 56.

⁵⁵ Hellenic Competition Commission, Competition Law and Sustainability, 29; Dutch Authority for Consumers & Markets, What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context?, 3.

Of particular importance is also the timeframe of the materialisation of the benefits that a sustainability-oriented agreement may bring. For this purpose, the newly adopted Guidelines suggest that *the fact that pass-on to consumers occurs with a certain time lag does not in itself exclude the application of Article 101(3). However, the greater the time lag, the greater must be the efficiencies to compensate for the loss to consumers during the period preceding the pass-on. In making this assessment, the value of future benefits must be appropriately discounted.*⁵⁶

In the end, the approach introduced by the new Commission Guidelines has to be welcomed, as a too narrow interpretation of the *fair share* requirement would undermine the possibility of exempting agreements that would have a positive effect on the fight against climate change.⁵⁷ Anyhow, as already anticipated, an excessive enlargement of the requirements could well challenge the legal certainty necessary in the market and the green transition itself, as well.⁵⁸ Consequently, a link between the market affected and the market in which the benefits are passed-on ought to be required.⁵⁹ What is important is also that now, after the new Guidelines' adoption, these considerations are not anymore based on academic interpretation of judicial praxis or Competition Authorities decisions, but it is plainly outlined by the Commission. This will for sure provide a safe and stable guidance to firms and it will for sure stimulate the cooperation aimed at pursuing sustainable goals in production.

2. Sustainability agreements

A second route through which firms can pursue environmentally sustainable goals without risking the breach of competition rules relies on the so-called sustainability agreements category.⁶⁰

⁵⁶ Communication from the Commission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, point 591.

⁵⁷ (With reference to the regime preceding the newly adopted Guidelines) T. van Dijk, "A New Approach to Assess Certain Sustainability Agreements under Competition Law", in: *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability* (eds. S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep), 58.

⁵⁸ The risks of an excessive broadening of Article 101, paragraph 3, TFEU's exemption are recognised also by the European Commission, Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition, 2.

⁵⁹ The 'broader view' suggested by S. Holmes (2020a), 24.

⁶⁰ However, as pointed out by the OECD, these agreements might also lead to a reduction of competition as a result of the harmonisation of product characteristics. Consequently, a careful

The 2001 Commission Guidelines on the applicability of Article 101 TFEU to horizontal cooperation agreements⁶¹ contained an entire section dealing with the so-called environmental agreements. They were defined as agreements *by which the parties undertake to achieve pollution abatement [...] or environmental objectives*.⁶² The Commission also specified that *environmental agreements may set out standards on the environmental performance of products (inputs or outputs) or production processes*.⁶³

Anyhow, the subsequent 2011 Guidelines expressly turned not to directly address sustainability agreements, stating that *standard-setting in the environment sector [...] is more appropriately dealt with in the standardisation chapter of the same Guidelines*.⁶⁴ Furthermore, it was specified that *in general, depending on the competition issues 'environmental agreements' give rise to, they are to be assessed under the relevant chapter of these guidelines, be it the chapter on R&D, production, commercialisation or standardisation agreements*.⁶⁵

Anyhow, the current importance of sustainability issues led to the introduction of a specific section about 'sustainability agreements' in the Guidelines approved in 2023. In particular, the mentioned section gives guidance on the assessment of such agreements under Article 101, paragraph 1 TFEU. The Guidelines also specify that if these agreements are found as anti-competitive under this provision, they can still benefit from the above-analysed exemption granted by Article 101, paragraph 3, TFEU.⁶⁶

competition law assessment, along the lines suggested in paragraph 3. of the present chapter, is necessary. See OECD, Horizontal Agreements in the Environmental Context 2010, 24 November 2011, 12, <https://www.oecd.org/competition/cartels/49139867.pdf>, accessed: 30 May 2023.

⁶¹ European Commission, Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, published in *OJ* 6 January 2001, C 3/2.

⁶² *Ibid.*, point 179.

⁶³ *Ibid.*, point 180.

⁶⁴ Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, published in *Official journal of the EU* 14 January 2011, C 11/1, footnote no. 14.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Communication from the Commission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, point 536.

In particular, these kinds of agreements may lead, according to the Guidelines, to the adoption of sustainability standards, which can also concretise in specific sustainability labels.⁶⁷ According to the Commission, sustainability standardisation agreements may lead to the development of new products or markets, to an increase in quality of the concerned products, or improve the distribution of products. Moreover, sustainability standards can increase the awareness of consumers on the sustainability of the products they purchase.⁶⁸

Anyhow, there is also a dark side to these agreements as, under a competition law lens, might lead to price coordination, foreclosure of alternative standards, and exclusion or discrimination of competitors.⁶⁹

Therefore, the Guidelines establish six cumulative conditions that render such agreements 'unlikely' to restrict competition. This constitutes very important guidance to companies on this 'soft safe harbour', as it is called by the same Guidelines. In particular, these conditions are:

Transparency, which means that all interested competitors must be able to participate in the process leading to the selection of the standard;⁷⁰

No obligation to comply with the standard on undertakings that are not willing to participate in it;⁷¹

Freedom to apply higher sustainability standards for companies participating in the standard setting, although binding requirements can be imposed on them in order to ensure compliance with such a standard;⁷²

No exchange among the undertakings participating the standard setting of sensitive information which is not necessary or proportionate for the purpose of the standard;⁷³

Effective and non-discriminatory access to the outcome of the standard-setting process must be ensured;⁷⁴

⁶⁷ *Ibid.*, points 538, 541.

⁶⁸ *Ibid.*, point 545.

⁶⁹ *Ibid.*, point 546.

⁷⁰ *Ibid.*, point 549.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

As a final requirement, firms must comply with at least one of the following two conditions: 1. The standard must not lead to a significant increase in the price or a significant reduction in the quality of the products concerned; 2. The combined market share of the participating undertakings must not exceed 20% on any relevant market affected by the standard.⁷⁵ This last point is of particular importance, as it, by setting an alternative for firms, allows also firms having a significant market share on the market to pursue sustainability goals, but without harming consumers. The relevance of this lies in the fact that big firms often are the ones that have the necessary resources to establish a standard or develop, by means of research, new sustainable products.

What is important, is that the Guidelines specify that the non-compliance with one of these conditions does not lead to a presumption of anti-competitiveness of the concerned agreements, but by not applying the 'safe-harbour', this makes necessary a normal assessment of the agreement under Article 101, paragraph 1, TFEU.⁷⁶

3. Alternative routes: Public policy considerations and the 'ancillary restraint' route

The two final routes that we would like to illustrate are a sort of praetorial interpretation of competition provisions along more environmental or sustainability-sensitive lines.

The first approach envisages a policy that confers competition Authorities and Courts with the possibility of adopting – to a certain extent – a sort of 'multi-value' approach while interpreting competition provisions. The case that acts as a cornerstone for such possibility is the ECJ's *Albany* decision. In this ruling, the ECJ had to decide whether collective bargaining agreements in the labour field fell under the scope of Article 101 TFEU. Of course, from a pure 'classical' economic point of view, there are no reasons why these agreements shall escape the application of competition provisions. The Court of Justice, after reminding that the EU Treaties indicate social protection as an objective to be pursued by the Union, stressed that *certain restrictions of competition are inherent in collective agreements between organisations representing employers and workers. However, the social policy objectives pursued by such agreement would be seriously undermined if management and labour were subject to Article 85(1) of the Treaty when seeking to*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*, point 522.

*jointly adopt measures to improve conditions of work and employment.*⁷⁷ Having regard to its scope, the agreement concerned represented the outcome of negotiations between employers and workers and established a supplementary pension scheme managed by a pension fund to which affiliation might have been compulsory. However, as the Court pointed out, this agreement was aimed to *guarantee a certain level of pension for all workers in that sector*, thus improving their working condition.⁷⁸ As a condition, according to the Court, such an agreement falls outside the scope of Article 101 TFEU.⁷⁹

This approach, which, more recently, was confirmed by the ECJ also in the *FNV Kunsten* ruling,⁸⁰ clearly introduced a policy element into the ECJ's reasoning and this was plainly supported by the EU Treaties. Therefore, given the above-analysed Treaties provisions aimed at reaching a high level of environmental protection, together with the consistent policy lines endorsed by the Commission with the Green Deal and the signing of the Paris Agreement, there are no obstacles to exempting agreements directed at pursuing environmental-friendly goals.⁸¹

An alternative way for assessing sustainability clauses in the competition law realm is that of evaluating them as 'ancillary restraints'. These are defined by the Commission itself as *restrictions [...] which do not constitute the primary object of the agreement, but are directly related to and necessary for the proper functioning of the objectives envisaged by agreement.*⁸² Although this possibility has not been tested in Court yet, it is highly unlikely that, under the current policy scenario, a Court would not accept a grounded environmental justification contained in an ancillary agreement.⁸³

⁷⁷ *Ibid.*, para. 59.

⁷⁸ *Ibid.*, para. 63.

⁷⁹ *Ibid.*, para. 64.

⁸⁰ European Court of Justice, decision 4 December 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media v. Staat der Nederlanden*. See S. Holmes (2020a), 17, footnote no. 36.

⁸¹ M. Dolmans, *op. cit.*, 29.

⁸² European Commission, Glossary of terms used in EU competition policy, 2002, <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/100e1bc8-cee3-4f65-9b30-e232ec3064d6>, accessed: 30 May 2023. Please note that although this publication has been archived, it proves still helpful for defining key competition law terms.

⁸³ S. Holmes (2020a), 18.

However, these last two parallel routes rely on a case-by-case assessment of every single agreement's merits, and they may well function with reference to single cases, also in a large number of them. Anyhow, they do not establish a sort of 'level playing field', a complete and objective guide, on which firms may firmly rely while running their business. Therefore, these two routes may reinforce the arguments in favour of an agreement needed for sustainability purposes, or they might be used in particular cases, but a complete shift would not occur if firms may however incur the risk of having Article 101 TFEU applied to 'green' agreements. Consequently, to achieve the necessary degree of legal certainty to establish a proper market where firms can compete in order to deliver 'greener' products, other paths have to be followed, such as the analysed Article 101, paragraph 3, TFEU exemption and the standardisation agreements option.

III Practical examples of sustainability-oriented practices in competition law

In order to put into practice the possibility to reach environmentally friendly results also through competition law, competition Authorities must take initiatives oriented at promoting sustainability-oriented business initiatives.

A first step in this direction is providing firms with precise guidelines on the activities they can perform in order to 'green' their processes and production. In this sense, in March 2023 the European Commission opened a consultation regarding a draft revised version of the Horizontal Block Exemption Regulations and the related Guidelines.⁸⁴ The definitive version of these legislative instruments and guidelines should follow soon.

Also, the Dutch Authority for Consumers & Markets 2014 issued a 'vision document' on competition and sustainability.⁸⁵ In 2020 it published draft guidelines on sustainability agreements,⁸⁶ whilst in 2021 a clarification about the notion of 'fair share' for consumers was released.⁸⁷ These documents are of

⁸⁴ European Commission, Antitrust: Commission invites comments on draft revised rules on horizontal cooperation agreements between companies, 1 March 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1371, accessed: 30 May 2023.

⁸⁵ Dutch Authority for Consumers & Markets, Vision Document on Competition & Sustainability, 9 May 2014, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13077_vision-document-competition-and-sustainability-2014-05-09.pdf, accessed: 30 May 2023.

⁸⁶ Dutch Authority for Consumers & Markets, Draft Guidelines on Sustainability Agreements.

⁸⁷ Dutch Authority for Consumers & Markets, What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context?.

particular importance, as they will provide firms with an inside information of how competition Authorities will interpret certain concepts and issues related to sustainability-enhancing agreements.

The Hellenic Competition Commission, as well, issued a comprehensive staff discussion paper on this matter.⁸⁸ Moreover, the same Greek Authority and the Dutch ACM commissioned a technical report on sustainability and competition law published in January 2021.⁸⁹

The German *Bundeskartellamt* drafted a working paper on *Sustainability and Competition* for the 2020 OECD Competition Committee meeting,⁹⁰ and the UK Competition & Markets Authority, after having affirmed that a focus for the 2021/2022 term will be placed on *supporting the transition to a low carbon economy*,⁹¹ issued guidance where the CMA's approach to sustainability agreements is delineated and useful guidelines for businesses are provided.⁹²

Another option, also suggested by the European Commission, is the adoption of a so-called 'regulatory sandbox',⁹³ which consists of a structured context where innovative technologies, solutions or approaches can be tested for a limited time under the supervision of a regulatory authority that ensures that the necessary safeguards are in place.⁹⁴ In this sense, the Hellenic Competition Commission

⁸⁸ Hellenic Competition Commission, Competition Law and Sustainability.

⁸⁹ R. Inderst, E. Sartzetakis, A. Xepapadeas, Technical Report on Sustainability and Competition, report commissioned by the Dutch ACM and the Greek HCC, January 2021, https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/2165_f998b905c20c0426f068e512186c6ec4.html, accessed: 30 May 2023.

⁹⁰ Bundeskartellamt, Sustainability and Competition – Note by Germany, 27 November 2020, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2020/OECD_2020_Sustainability_and_Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=2, accessed: 30 May 2023.

⁹¹ CMA consults on Annual Plan 2021/2022, 3 December 2020, <https://www.gov.uk/government/news/cma-consults-on-annual-plan-2021-22>, accessed: 30 May 2023.

⁹² Competition & Markets Authority, Guidance on Environmental sustainability agreements and competition law, 27 January 2021, <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-agreements-and-competition-law/sustainability-agreements-and-competition-law>, accessed: 30 May 2023.

⁹³ European Commission, Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition, 3.

⁹⁴ See the definition provided by the Council of the EU, Regulatory sandboxes and experimentation clauses as tools for better regulation: Council adopts conclusions, 16 November 2020,

created a Sustainable Development Sandbox.⁹⁵ The sandbox solution shall be regarded as a particularly ambitious and functioning one, as it allows competition Authorities to explore new approaches in a safeguarded environment.

IV Conclusion

This article affirms the necessity that competition law plays a role in the green transition, being required by the 'constitutional' provisions contained in the EU Treaties. However, while analysing the various possibilities for implementing sustainability-related concerns through the current competition provisions, and especially Article 101 TFEU, a tension between the 'social' and the 'economic' soul of competition law emerged. This does not happen by chance, as this clash, back in 2015, led to the contradictory assessment issued by the Dutch ACM – one of the most progressive competition Authorities about sustainability issues – in the *Chicken of Tomorrow* case.⁹⁶ The issue involved an initiative put forward by supermarkets and firms active in the poultry market to set a minimum standard related to the chickens' 'animal welfare'. This agreement would have led to the replacement of the 'ordinary' chickens with the so-called 'Chicken of Tomorrow'. Anyhow, after having carried out a willingness to pay analysis, the ACM established that the consumers' willingness to pay was not enough to justify the increase in chickens' prices that the arrangement at stake would have caused. Consequently, the ACM held that the positive aspects of the 'Chicken of Tomorrow' initiative did not outweigh the reduction in consumer choice (as consumers would not have the possibility to buy 'ordinary' chickens anymore)

<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/11/16/regulatory-sandboxes-and-experimentation-clauses-as-tools-for-better-regulation-council-adopts-conclusions/>, accessed: 30 May 2023. See also the definition provided by the European Commission, Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition, 3, footnote no. 7.

⁹⁵ Hellenic Competition Commission, Public consultation: Proposal for the creation of a sandbox for sustainability and competition in the Greek market, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/sandbox.html#diavoulefsi>, accessed: 30 May 2023; see also the relevant press release, 13 July 2021, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/press-releases/item/1471-press-release-public-consultation-proposal-for-the-creation-of-a-sandbox-for-sustainability-and-competition.html>, accessed: 30 May 2023. The website of the Sustainable Development Sandbox is available at <https://sandbox.epant.gr/en/>, accessed: 30 May 2023.

⁹⁶ Dutch Authority for Consumers & Markets, ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow', 26 January 2015, case ACM/DM/2014/206028, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf, accessed: 30 May 2023. See also I. Lianos, *op. cit.*, 26-28; G. Monti, J. Mulder, *op. cit.*, 639-641.

and the related increase in prices.⁹⁷ In addition, the ACM stressed that instead of setting a minimum standard, consumers should have been informed more properly about the chickens' welfare by means of appropriate labelling, a measure which is regarded as less restrictive of competition.⁹⁸ This case clearly shows the tension between the price-centric dimension of competition law and its 'multi-value' one. What is clear is that in order to make a fruitful step towards a more sustainable approach to competition law, aspects not related to the price shall be attributed much more importance in the competitive assessment of the single cases. In this sense, guidance for firms is necessary, and the issuance of progressively more detailed guidelines – as done by the UK CMA, the Dutch ACM, the Greek HCC, and, finally, the European Commission – represents the best solutions. In addition, solutions like the analysed regulatory sandboxes appear necessary, as well.

However, at the basis of all this shall lie the paramount belief that competition law is included in a broader policy environment and that, as pointed out by the European Commission itself, the consumer welfare standard (European version) *pertains not only to price reduction, but also to quality and innovation*.⁹⁹ In light of this and taking into account the whole analysis conducted in this Article, it appears clear how the inclusion of environmentally oriented goals in competition law, in accordance with a 'multi-value' approach to this subject, is not an abstract academic call, but a needed policy shift to safeguard – and urgently – our planet, and a legal requirement included into the EU's foundational Treaties.

Andrea Piletta Massaro*

Povratak Ugovorima: ka "održivom" pravu konkurencije

Rezime

Pravo konkurencije je, naročito nakon Čikaške škole, često posmatrano kao politika koja je zainteresovana samo za ostvarivanje ekonomske efikasnosti, pa je u skladu sa tim ponekad i primenjivana. Međutim, poziv da se pobojša, ako ne i

⁹⁷ Dutch Authority for Consumers & Markets, ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow', 6.

⁹⁸ *Ibid.*, 7.

⁹⁹ European Commission, Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition, 5-6.

* Doktor nauka, naučni saradnik Pravnog odseka Univerziteta u Torinu.

spase, životna sredina postao je hitan za naše ekonomske, društvene i pravne sisteme. Stoga svaka politika, uključujući i pravo konkurencije mora odigrati svoju ulogu, jer zaštita životne sredine predstavlja ključnu vrednost ustavnih osnova naših društava. U kontekstu prava konkurencije ovo znači dozvoljavanje sporazuma o održivosti koji imaju za cilj postizanje ekološki prihvatljivih ciljeva, kao što su novi ekološki proizvodi ili proizvodni procesi. To se može postići na različite načine, a naročito putem izuzeća predviđenog u članu 101(3) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. U radu su analizirani različiti pristupi koji mogu dovesti do inovativne i ekološki prihvatljive primene prava konkurencije, imajući u vidu da je uključivanje ovih pitanja u ocenu prava konkurencije ukorenjeno u "više vrednosni" pristup konkurenciji koji je zahtevan Osnivačkim ugovorima EU. Ovaj član potvrđuje neophodnost da pravo konkurencije igra ulogu u zelenoj tranziciji, budući da to zahtevaju "ustavne" odredbe sadržane u Ugovorima EU. Tako se pojavila tenzija između društvene i ekonomske duše prava konkurencije.

Ključne reči: konkurencija, pravo, UFEU, čl. 101, održivost.

References

- Dentons, Parliament passes first law amending the German Federal Climate Protection Act, 18 June 2021, <https://www.dentons.com/en/insights/articles/2021/june/18/first-draft-law-amending-the-german-federal-climate-protection-act>, accessed: 30 May 2023.
- Dolmans, M., "Sustainable Competition Policy and the "Polluter Pays" Principle", in: *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability* (eds. S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep), Concurrences, 2021.
- Holmes, S., Climate change, sustainability, and competition law, *Journal of Antitrust Enforcement* 8(2020)2, 354-405.
- Holmes, S., Climate change, sustainability and competition law in the UK, *European Competition Law Review* 2020, 41(8).
- Iacovides, M. C., Vrettos, C., Falling through the cracks no more? Article 102 TFEU and sustainability: the relation between dominance, environmental degradation, and social injustice, *Journal of Antitrust Enforcement* 10(2022)1, 32-62.
- Inderst, R., Sartzetakis, E., Xepapadeas, A., Technical Report on Sustainability and Competition, report commissioned by the Dutch ACM and the Greek HCC, January 2021, https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/2165_f998b905c20c0426f068e512186c6ec4.html, accessed: 30 May 2023.

Kingston, S., "Why environmental protection goals should play a role in EU competition policy: a legal systematic argument", in: S. Kingston, *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge University Press, 2011.

Monti, G., Mulder, J., Escaping the clutches of EU competition law. Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives, *European Law Review* 2017, 42(5), 635-656.

Piletta Massaro, A., Il diritto della concorrenza tra obiettivi di policy e proposte di riforma: verso un approccio multi-valoriale, *La Cittadinanza Europea Online* 2021, 65-91.

Schinkel, M. P., Treuren, L., "Green Antitrust: Friendly Fire in the Fight Against Climate Change", in: *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability* (eds. S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep), Concurrences, 2021, 69-90.

Van Dijk, T., "A New Approach to Assess Certain Sustainability Agreements under Competition Law", in: *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability* (eds. S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep), Concurrences, 2021, 55-68.

White & Case LLP, Reshaping Climate Change Law, 14 July 2021, <https://www.whitecase.com/publications/alert/reshaping-climate-change-law>, accessed: 10 August 2021.

Documents

Bundeskartellamt, Sustainability and Competition - Note by Germany, 27 November 2020, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2020/OECD_2020_Sustainability_and_Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=2, accessed: 30 May 2023.

CMA consults on Annual Plan 2021/2022, 3 December 2020, <https://www.gov.uk/government/news/cma-consults-on-annual-plan-2021-22>, accessed: 30 May 2023.

Communication from the Commission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, 2023, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-06/2023_revised_horizontal_guidelines_en_0.pdf, accessed: 27 June 2023.

Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-

operation agreements, published in *Official journal of the EU* 14 January 2011, C 11/1.

Competition & Markets Authority, Guidance on Environmental sustainability agreements and competition law, 27 January 2021, <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-agreements-and-competition-law/sustainability-agreements-and-competition-law>, accessed: 30 May 2023.

Council of Europe, Protecting the Environment using human rights law, <https://www.coe.int/en/web/portal/human-rights-environment>, accessed: 30 May 2023.

Council of the EU, Regulatory sandboxes and experimentation clauses as tools for better regulation: Council adopts conclusions, 16 November 2020, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/11/16/regulatory-sandboxes-and-experimentation-clauses-as-tools-for-better-regulation-council-adopts-conclusions/>, accessed: 30 May 2023.

Dutch Authority for Consumers & Markets, What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context?, ACM Legal Memo, 27 September 2021, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-fair-share-for-consumers-in-a-sustainability-context.pdf>, accessed: 30 May 2023.

Dutch Authority for Consumers & Markets, Draft Guidelines on Sustainability Agreements, 2020, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf>, accessed: 30 May 2023.

Dutch Authority for Consumers & Markets, Vision Document on Competition & Sustainability, 9 May 2014, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13077_vision-document-competition-and-sustainability-2014-05-09.pdf, accessed: 30 May 2023.

Dutch Authority for Consumers & Markets, ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow', 26 January 2015, case ACM/DM/2014/206028, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analisis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf, accessed: 30 May 2023.

European Commission, Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, published in *OJ* 6 January 2001, C 3/2.

European Commission, Glossary of terms used in EU competition policy, 2002, <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/100e1bc8-cee3-4f65-9b30-e232ec3064d6>, accessed: 30 May 2023.

European Commission, Antitrust: Commission invites comments on draft revised rules on horizontal cooperation agreements between companies, 1 March 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1371, accessed: 30 May 2023.

European Parliament, The European Parliament declares climate emergency, 29 October 2019, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20191121IPR67110/the-european-parliament-declares-climate-emergency>, accessed: 30 May 2023.

Hellenic Competition Commission, Competition Law and Sustainability, 2020, https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/1896_9b05dc293adbae88a7bb6cce37d1ea60.html, accessed: 30 May 2023.

Hellenic Competition Commission, Public consultation: Proposal for the creation of a sandbox for sustainability and competition in the Greek market, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/sandbox.html#diavoulefsi>, accessed: 30 May 2023.

OECD, Sustainability and Competition, 2020, <https://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf>, accessed: 30 May 2023.

OECD, Horizontal Agreements in the Environmental Context 2010, 24 November 2011, <https://www.oecd.org/competition/cartels/49139867.pdf>, accessed: 30 May 2023.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe, Resolution 2396 (2021), 29 September 2021, <https://pace.coe.int/pdf/658d3f594762736ba3c0f378798b2c9529cf4be34aa45a8c38616ecd18fa80c0/resolution%202396.pdf>, accessed: 30 May 2023.

United Nations, The Paris Agreement. What is the Paris Agreement?, <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>, accessed: 30 May 2023.

World Commission on Environment and Development (chaired by Gro Harlem Brundtland), Our Common Future, 1987, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>, accessed: 30 May 2023.

Ana Čović*

pregledni naučni rad
UDK 347.633
10.56461/rep250123.03.C

RAZVOJ USVOJENJA KROZ ISTORIJU I SAVREMENI PRAVNI I DRUŠTVENI IZAZOVI U OBLASTI ZAŠTITE DECE BEZ RODITELJSKOG STARANJA**

Apstrakt

U radu će biti opisan razvoj ustanove usvojenja kroz istoriju, od perioda gentilnih organizacija do donošenja buržoaskih građanskih zakonika. Takođe, biće analizirana zakonodavna rešenja u oblasti usvojenja u zakonodavstvu Kraljevine Jugoslavije, i to rešenja iz Srpskog građanskog zakonika, austrijskog Opšteg građanskog zakonika, mađarskog prava koje je važilo u Vojvodini, kao i uticaj običajnog prava i šerijatskog verskog prava na ustanovu usvojenja. Nakon toga, u analizi zakonskih rešenja u periodu posle Drugog svetskog rata, napraviće se paralela između zakonskih rešenja koja je predviđao Zakon o usvojenju FNRJ iz 1946, Zakon o usvojenju SR Srbije iz 1976. godine, Zakon o braku i porodičnim odnosima iz 1980. godine i Porodični zakon Republike Srbije iz 2005. godine, kao i pregled uloga i zadataka stručnih lica organa starateljstva u fazama zasnivanja i sprovođenja usvojenja. Analizom zakonskih rešenja kojima se u Srbiji uređuje usvojenje, ali i propisa i iskustava drugih zemalja, sa ciljem podsticanja novih rešenja koja se mogu primeniti u domaćem pravnom

* Doktor pravnih nauka, viša naučna saradnica, Institut za uporedno pravo u Beogradu, Srbija, e-mail: a.covic@iup.rs

Rad je primljen 5. marta 2023.godine, a prihvaćen za objavljivanje 17. aprila 2023. godine.

** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

sistemu, može se unaprediti zbrinjavanje dece bez roditeljskog staranja i poboljšati položaj usvojenika.

Ključne reči: prava deteta, usvojenje, deca bez roditeljskog staranja, usvojenik, usvojitelj, uporedno pravo.

I Uvod

Usvojenje je ustanova porodičnog prava i ustanova socijalne zaštite dece bez roditeljskog staranja kojom se formira roditeljski odnos između tuđeg maloletnog deteta (usvojenika) i punoletne poslovno sposobne osobe (usvojitelja). S obzirom na to da je pravo svakog deteta da odrasta u porodici koja ga voli i prihvata, najbolje je za dete da odrasta u okviru svoje biološke porodice. Ako iz nekog razloga nije moguće da dete živi sa svojim roditeljima, a istovremeno ne postoji mogućnost da se ono zbrine u porodici srodnika, usvojenje jeste sledeće najbolje rešenje, jer predstavlja trajni oblik zaštite koji detetu pruža mogućnost da u potpunosti izgradi osećanje pripadnosti i zajedništva sa usvojiteljima.

Konvencija o pravima deteta u članu 20 utvrđuje obavezu države da obezbedi posebnu zaštitu deci lišenoj roditeljskog staranja i da osigura smeštaj takve dece u odgovarajuće alternativne porodice i ustanove, a u članu 21 utvrđuje da usvojenje treba da bude izvedeno u skladu sa najboljim interesom deteta, uz saglasnost nadležnih vlasti i uz mere zaštite deteta.¹

Tokom istorije, cilj i karakter ustanove usvojenja su pretrpeli značajne promene. Ranije je cilj bio, pre svega, da se obezbedi potomstvo porodicama bez prirodnog potomstva, a usvojitelji su bili osobe bez dece i u dobi kada ih više nisu mogli imati. Afirmacijom prava deteta, primarni cilj usvojenja postaje zbrinjavanje deteta bez roditelja. Dozvoljava se usvajanje osobama koje imaju svoju decu i onima koji su dovoljno mladi da ih mogu imati, a postepeno se zabranjuje usvajanje punoletnih osoba. Uvodi se potpuno usvojenje, sa ciljem da se dete što potpunije integriše u novu porodicu, budući da ulazak deteta u porodicu predstavlja početak intenzivnog odnosa koji bi trebalo da traje ceo život.

U Srbiji biološka ili zdravstvena prepreka jeste jedan od osnovnih razloga zbog kojih se parovi odlučuju da usvoje dete. Praksa centara za socijalni rad pokazuje da oni, najčešće, traže samo zdravu decu. Decu sa smetnjama u razvoju ili nekim stepenom invaliditeta ne želi uglavnom niko. U svetu je ovaj problem rešen

¹ Konvencija o pravima deteta, UN, 1989. godine (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/1990 i *Službeni list SRJ*, br. 4/96 i 2/97).

subvencijama, pa se tako roditelji koji usvoje ovu decu delimično oslobađaju poreza, primaju novčane naknade ili imaju olakšice prilikom podizanja kredita.

Broj dece koja ostaju bez roditeljskog staranja svakodnevno se povećava, usled ratova, prirodnih katastrofa i raznih epidemija, a nekad, nažalost, zbog roditelja koji deci ne pružaju ljubav i siguran dom za odrastanje. U okolnostima porodičnog nasilja ili bolesti roditelja od šizofrenije, psihoze i drugih mentalnih bolesti, ukoliko se roditelj ne liši potpuno poslovne sposobnosti, roditeljskog prava ili prava da odlučuje o pitanjima koja bitno utiču na život deteta, dete ne može biti usvojeno, a postupci i kada se pokrenu traju vrlo dugo, zbog teškoća u prikupljanju dokaza i njihovog adekvatnog prezentovanja na sudu, zbog čega se često dešava da dete postane punoletno pre okončanja sudskog postupka.²

U nastavku rada biće dat pregled razvoja ustanove usvojenja kroz istoriju i mogući načini za unapređenje položaja deteta bez roditeljskog staranja danas, uzimajući u obzir i uporednopravna zakonska rešenja u ovoj oblasti. Pošto se pravnim aktom o zasnivanju usvojenja celokupan život i okruženje deteta, ali i usvojitelja, menjaju, neophodno je odgovoriti na pitanje koji su nedostaci u postojećem sistemu i na koji način se oni mogu prevazići, a postojeća rešenja unaprediti.

II Oblici zaštite deteta bez roditeljskog staranja i aktuelni izazovi

Donošenjem Konvencije o pravima deteta, na globalnom nivou u poslednjim decenijama 20. veka, posebna pažnja posvećena je usvojenju kao obliku zaštite dece bez roditeljskog staranja. Pravnim putem se formira veštački roditeljski odnos i usvaja tuđe maloletno dete, sa ciljem zaštite njegovih interesa. Nebiološki roditelji pravnim putem postaju roditelji i stiču roditeljska prava prema usvojeniku koji na ovaj način dobija roditelje. Nezavisno od toga da li se nadležni organ za sprovođenje postupka usvojenja u svemu pridržava propisane

² Svakodnevne pojave nasilja nad decom i sve više novih manifestacija i pojava oblika ispoljavanja nasilja (fizičko, psihičko, seksualno nasilje, zanemarivanje, zastrašivanje, uskraćivanje ljubavi) često se prikrivaju podvođenjem pod kategoriju "porodičnog vaspitanja". Nasilje u porodici nad decom je posebno težak vid ispoljavanja nasilničkog ponašanja sa razarajućim posledicama po porodicu i po decu, jer i kada nisu direktno ugrožena, na decu posebno utiče i to što su svedoci nasilja u porodici. U takvim porodicama deca imaju problem ponašanja sa emotivnim i kognitivnim problemima, koji mogu da traju do odraslog doba. Nasilje u porodici čije su žrtve deca, postaje veoma ozbiljna i složena pojava sa pravnog, sociološkog, psihološkog, etičkog i kulturnog stanovišta, i iako formalno žive sa roditeljima, ta deca nemaju uslove za pravilan psiho-fizički razvoj. Vid. A. Čović, "Nasilje nad decom - pojavni oblici i mere zaštite", u: *Nasilje u Srbiji - uzroci, oblici, posledice i društvene reakcije* (ur. D. Kolarić), Kriminalističko-policijska akademija-Fondacija "Hans Zajdel", Beograd 2014, 368-382.

procedure, često u praksi inventivnost života usporava proceduru ili usvojenje postaje, pre ili kasnije, problem i teret za usvojenika i za usvojitelja. Ovo iz razloga što odlučivanje o sudbonosnim pitanjima, kao što su usvojenje deteta i konstituisanje roditeljskog prava, nije isključivo stvar procedure i kvaliteta iste, već zavisi i od iskustvene procene, koja treba da "pogodi" ispravnost donete odluke kojom će neko dobiti roditelje ili postati roditelj, pa se može reći da je reč o socio-psihološkom sagledavanju podobnosti usvojenika da bude usvojen od strane određenih lica i podobnosti usvojitelja da usvoje konkretno određeno dete.

Takođe, postoji velika dilema u vezi sa pitanjem da li je potpuno usvojenje bez prava usvojenika da poseduje informacije o svom poreklu i ostvari veze sa biološkom porodicom prevaziđen model, odnosno da li su u pravu autori koji smatraju, da potpuno usvojenje ne mora da isključuje pravo deteta na kontakt sa biološkim roditeljima, budući da u periodu odrastanja maloletnog deteta, iako su usvojitelji, možemo reći, za sebe realizovali roditeljsko pravo, može postojati potreba da se nastavi neki oblik i forma kontakata sa biološkim roditeljima.³ Prema dosadašnjim sprovedenim istraživanjima ovakav koncept tzv. otvorenog usvojenja kvalitetnije bi se odrazio na razvoj usvojenika, pod uslovom da postoji brižljivo i pažljivo izbalansiran i isplaniran odnos sa usvojiteljima i biološkim roditeljima.⁴ Potpuno usvojenje koje u sebi sadrži i kontakt sa biološkim roditeljima, upotpunilo bi i obogatilo glavnu svrhu usvojenja - zaštitu interesa deteta. Moglo bi se zamisliti da se dogodi da u određenim situacijama roditelji požele detetu da učine neki poklon ili da mu obezbede bolje obrazovanje, zbog čega uvek treba imati u vidu da zakon često ne može da predvidi i normira sve životne situacije, budući da je život nepredvidiv i inventivniji i od najinventivnijeg zakona. Takođe, kompleksan proces kao što je usvojenje, teško se može staviti u kalup i rešavati po nekoj unapred određenoj i rigidnoj šemi, s obzirom na to da je priča svakog deteta, njegovih roditelja i usvojitelja priča za sebe. Osnovno pitanje koje se ovde postavlja jeste da li iko ima pravo da detetu promeni identitet i onemogući mu kontakt sa biološkim roditeljima, pod plaštom velike brige države i društva za njegovu sudbinu, i da li se na ovaj način krše elementarna ljudska prava deteta.

Prema postojećim podacima, samo deset odsto dece iz Stacionara za majku i dete u Zvečanskoj u Beogradu, jesu kandidati za usvojenje, jer ih toliko ima regulisan porodičnopravni status. Ostali su u domu jer se roditelji o njima ne staraju zbog

³ Vid. A. Čović, D. Čović, Izbor koncepta usvojenja sa aspekta zaštite prava deteta na saznanje svog porekla, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* 145(2013), 635-652.

⁴ Isto.

bolesti, siromaštva, nasilja, a sudskim putem nisu lišeni roditeljskog prava niti sami žele da potpišu saglasnost za usvojenje. U proseku, za jedno dete konkurišu tri roditeljska para, a svega trećina dece koja čeka na usvojenje mlađa je od dve godine, trećina ima između tri i pet godina, a trećina je starija od šest godina, te postoji raskorak između želja i mogućnosti, jer gotovo svi potencijalni usvojitelji žele bebe koje su zdrave i po mogućnosti srpskog porekla. U toku 2022. godine u Srbiji je usvojeno 89 dece, od kojih je 10% dom pronašlo u inostranstvu, a u jedinstvenom registru resornog Ministarstva za brigu o porodici i demografiju nalazi se 814 potencijalnih usvojitelja i 280 dece podobne za usvojenje.⁵ Inače, svako drugo dete koje se nalazi u bazi podataka ima poremećaje u razvoju. Iako Porodični zakon dozvoljava da i samohrani roditelj usvoji dete, godišnje se u proseku realizuje jedno takvo usvojenje, i tada je u pitanju dete sa određenim razvojnim poteškoćama, ili romska deca za koju parovi uglavnom nisu zainteresovani.

Čini se da kao društvo u celini nismo svesni kompleksnosti pojave dece bez roditeljskog staranja i nužnosti potpunijeg sagledavanja uslova koji uzrokuju potrebu za društvenom intervencijom, jer sistem socijalne zaštite ne reaguje preventivno, već dopušta brojnu reprodukciju unapred neželjene i odbačene dece. Sa druge strane, sve više parova se suočava sa problemom neplodnosti. U Evropi oko 25 miliona ima problem sa neplodnošću, a u Srbiji svaki šesti par, a prema nekim procenama čak i svaki treći par, preciznije oko 400.000 parova vodi borbu sa sterilitetom.⁶ Fiziološki uzrok neplodnosti prisutan je kod muškarca u 20-30%, kod žene u 20-35%, dok se kod 25-40% parova problem nalazi kod oba partnera; u Evropi se prema podacima izvrši 1058 biomedicinski potpomognutih oplodnji na milion stanovnika, dok se u nekim zemljama poput Belgije, Holandije, Islanda, Norveške, Slovenije i Švedske procenjuje da je oko 3% ukupno rođenih beba začeto na ovaj način (u SAD je taj procenat manji od 1%).⁷ Može se zaključiti da se procentualno mali broj parova u Srbiji odlučuje na pokušaj da roditeljsku ulogu realizuje putem usvojenja deteta.

Naše zakonodavstvo poznaje i hraniteljstvo i starateljstvo kao oblike zaštite dece bez roditeljskog staranja. U teoriji i praksi preovlađuju mišljenja, da je

⁵ Euronews Srbija, Usvajanje čeka 280 dece: Neki mališani nikada ne nađu roditelje u Srbiji, jedina šansa su im usvojitelji iz inostranstva, Euronews Serbia, 12. februar 2023, <https://www.euronews.rs/srbija/drustvo/77365/usvajanje-ceka-280-dece-neki-malisani-nikada-ne-nadu-roditelje-u-srbiji-jedina-sansa-su-im-usvojitelji-iz-inostranstva/vest>.

⁶ Z. Mršević, *Analiza uslova i načina ostvarivanja biomedicinski potpomognute oplodnje u Srbiji*, Labris - organizacija za lezbejska ljudska prava, Beograd 2020, 3, 8.

⁷ Isto.

institucionalni domski smeštaj poslednja opcija koju treba izabrati, u situacijama kada se detetu bez roditeljskog staranja obezbeđuje zaštita.

Hraniteljstvo⁸ kao oblik zaštite dece bez roditeljskog staranja ima sličnosti sa ustanovom usvojenja, ali je ključna razlika u odnosu na usvojenje ta što se hraniteljstvom ne zasniva srodnički odnos između hranitelja i hranjenika, već se dete samo privremeno smešta u drugu porodicu radi zbrinjavanja. Po punoletstvu kada detetu istekne pravo na hraniteljski smeštaj, ono uglavnom ostaje samo i za njega od tog trenutka više niko nije odgovoran, zbog čega se dete često suočava sa velikim poteškoćama u rešavanju egzistencijalnih problema. Odluka o upućivanju deteta u hraniteljsku porodicu koju donosi organ starateljstva, može biti predmet preispitivanja u upravnom i u sudskom postupku. Hraniteljstvo se primenjuje u situacijama kada roditelji privremeno ili trajno ne mogu da obavljaju svoju dužnost, zbog bolesti, izdržavanja kazne zatvora, ili usled toga što su lišeni roditeljskog prava ili su umrli ili nestali, a u hraniteljsku porodicu se najčešće smešta jedno ili više dece iz istog braka, ukoliko je to moguće.

Starateljstvo⁹ kao oblik zaštite dece bez roditeljskog staranja, za svrhu ima da se zbrinjavanjem, vaspitavanjem i obrazovanjem, obezbedi razvoj ličnosti maloletnika i zaštita njegovih imovinskih prava i interesa, ali staratelj dete ne izdržava, nije dužan da ga primi u svoju porodicu i nije u obavezi da ima stalni kontakt sa njim, već pre svega brine o pravno-ekonomskim problemima deteta. Staralac može biti fizičko lice, ali i pravno, u slučaju kada je dete smešteno u bolnicu ili u dom za nezbrinutu decu. Tada ulogu staraoca mogu obavljati bolnica ili dom. Staralac je dužan da organu starateljstva dostavlja tri vrste izveštaja i to redovni svake godine, vanredni kada dete stekne određenu imovinu ili kada dođe do većih troškova, a nakon prestanka starateljstva, nezavisno od razloga prestanka, staralac dostavlja izveštaj u kome se navodi kompletna imovinska struktura prava i obaveza deteta.

III Razvoj usvojenja od perioda gentilnih organizacija do donošenja buržoaskih građanskih zakonika

Usvojenje je ustanova koja se pojavljuje u periodu gentilne organizacije kad još uvek nisu postojali pravo i pravni poredak i u tom sociološkom smislu, ono i danas postoji kod pojedinih plemena Australije i Afrike. Kako Morgan navodi, za varvare nižeg stepena razvoja, rob nije imao nikakvu vrednost, jer je zbog niskog

⁸ Čl. 110-123 Porodičnog zakona, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 i 6/2015.

⁹ Čl. 124-144 Porodičnog zakona.

stepena razvoja proizvodnih snaga, rezultat njegovog rada mogao biti samo sopstveno prehranjivanje, ali ne i donošenje bilo kakve koristi gospodarstvu, te su iz tog razloga zarobljenike ubijali, ponekad ih jeli, a po potrebi uzimali u svoj rod kao braću i sinove.¹⁰ Rodovsko društveno uređenje nametalo je prvenstvene interese gensa, odnosno roda, pa su interesi usvojenika i usvojioca bili zapostavljeni u odnosu na interese i potrebe društvene zajednice. Usvojenjem su se dobijala prava gensa i nacionalnost plemena, a sam akt usvojenja je bio religiozna ceremonija u plemenskoj skupštini, nakon čega je adoptirani najčešće zauzima mesto poginulog u porodici. Posebna vrsta usvojenja koja se sreće u vreme gentilne organizacije je u vezi sa krvnom osvetom, kada je ubica, koji je pripadnik drugog gensa, mogao da izbegne krvnu osvetu ukoliko bi bio usvojen u gens ubijenog, tako što bi ustima dodirnuo grudi majke ubijenog.¹¹ Grudi bilo koje žene su se dodirivale da bi se zasnovalo usvojenje u gens begunca ili progonjenog lica koje traži zaštitu kod Arabljana i stanovnika Kavkaza.¹² Može se zaključiti da je usvojenje za cilj imalo, pre svega, jačanje kolektivne radne i odbrambene sposobnosti.

Rimska porodica je bila patrijarhalna sa velikim brojem dece. Prvobitnu bračnu zajednicu u Rimu, sačinjavali su braća sa svojim ženama i njihovim potomcima, a od vremena XII tablica, porodica se sastojala isključivo od jednog bračnog para i njihovih potomaka. Članovi porodice su bili međusobno povezani verskim vezama, interesnim vezama, ekonomskim vezama, jer se u zatvorenoj kućnoj privredi nije moglo opstati bez porodice, pa se može reći da primitivna prava ne oblikuju porodicu, već se služe njom pri regulisanju društvenih odnosa.¹³ Porodica je predstavljala skup lica i stvari podređenih jednoj volji, ocu porodice, kome je pripadala porodica i sva vlast nad njom.

Usvojenje u starom Rimu je preraslo u sredstvo zaštite interesa pojedinca (usvojioca) i njegove porodice i prestalo je da služi interesima roda – gensa. Cilj usvojenja postaje produženje porodice i porodičnog kulta, a i prelazak imovine *pater familiasa* bez potomstva na usvojenika, budući da je gašenje porodičnog

¹⁰ A. Prokop, *Porodično pravo – Usvojenje*, Informator, Zagreb 1970, 9; navedeno prema L. Morgan, *Die Urgesellschaft*, Stuttgart 1920, 68.

¹¹ *Isto*.

¹² *Isto*, 10. Po ovome se vidi da je akt usvojenja u kome se kao usvojitelj pojavljuje žena, stariji od akta usvojenja u kome se kao usvojitelj pojavljuje muškarac.

¹³ Vid. D. Smiljanić, *Brak kroz istoriju*, Narodna knjiga, Beograd 1955.

kulta bila tragedija koja se mogla izbeći jedino usvojenjem.¹⁴ Usvojenjem su se mogli postići i politički ciljevi, kada npr. patricije usvoji plebejca, koji je na taj način sticao bolji društveni položaj i uspješniju karijeru, a vladari su putem usvojenja mogli obezbediti nasljednika prestola. Može se zaključiti da se usvojenjem u to doba nije obezbeđivala društvena funkcija zbrinjavanja dece bez roditeljskog staranja, već su se ostvarivali interesi i ciljevi usvojioca.

Rimsko pravo je poznavalo dve vrste usvojenja:¹⁵

1. Adrogacija se obavljala u bratskoj (kurija) skupštini *lege curiata*, zbog specifične forme i učešća građana Rima. Mogao je biti adrogiran samo odrastao muškarac *sui iuris*, jer je jedino on mogao osnovati novu porodicu, produžiti postojeću i vršiti očinsku vlast nad ženom i decom. Kurija je bila isto što i u Grčkoj fratrija, više gentilna organizacija, a gensovi su bili organizovani tako što se srodstvo računalo po muškoj liniji. Postojalo je privatno vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju, ali je postojalo i kolektivno vlasništvo, pre svega nad zemljištem. Usvojenje je, pre svega, značilo da jedan gens gubi deo svojih proizvodnih snaga u korist drugog gena, pa zbog toga usvojenje nije stvar pojedinca, već nešto što se tiče gensova i kurija. Zbog toga se govori o kolektivnom dejstvu adrogacije. Žene i maloletnici nisu mogli biti adrogirani, kao ni plebejci, a od perioda Republike uz neka ograničenja, dopušta se i usvajanje žena. Vremenom su se sadržaj i forma adrogacije promenili, pa je bila dozvoljena adrogacija uz ispunjenje određenih pretpostavki: da je adrogant lice bez bioloških, bračnih potomaka; da je navršio 60 godina života, pa zbog starosti očigledno neće imati vlastitih potomaka; da je razlika u godinama između adroganta i adrogata najmanje 18 godina. Cilj ovakvih ograničenja bio je očuvanje

¹⁴ Kult predaka je značio da svaki *pater familias* posle svoje smrti postaje božanstvo koje poštuju njegovi nasljednici. Ako otac ima nekoliko sinova, oni će posle njegove smrti postati starešine tri nove porodice, ali će sve te nove porodice poštovati kao božanstvo zajedničkog pretka, kao i sve druge zajedničke pretke. Te porodice će biti povezane vezom koja se zove agnata. Starešina porodice je jedini mogao da poseduje stvari, imovinu i prava i sve što članovi porodice ili robovi steknu, pripadalo je njemu. U drugoj polovini republike su njegova prava donekle ograničena, na taj način što je bio izložen moralnom sudu javnosti, prijatelja i cenzora. Do opadanja njegove vlasti dolazi usled jačanja države i institucija prava, koje su za sebe želele veću moć upravljanja nad ljudima. Rimljani porodično pravo nisu smatrali posebnom granom prava, već su ga svrstavali u deo prava koji se odnosi na lica (*ius quod ad personas pertinet*).

¹⁵ D. Kurupparachchi, Adoption; Comprehensive Comparison Between Roman Law Of Adoption And Its Characteristics In Present Adoption Law, Chambers Tool Kit, <https://chamberstoolkit.com/roman-law/adoption-comprehensive-comparison-between-roman-law-of-adoption-and-its-characteristics-in-present-adoption-law/>.

imovine za biološke potomke, čija su prava usvojenjem mogla biti ugrožena. U doba Justinijana adrogat je morao biti lice *sui iuris* koji je morao ispunjavati materijalne uslove za adrogaciju, a žene su se takođe mogle adrogirati. Adrogat je usvajanjem gubio status *sui iuris*, jer je dolazio pod vlast adroganta i postajao osoba *alieni iuris*.¹⁶

2. Rimsko pravo je poznavalo adopciju muških i ženskih lica, maloletnih ili punoletnih. Adopcija je stara i izuzetno rasprostranjena pravna ustanova, koja je kod mnogih naroda imala različite oblike: kod Germana oblik pobratimstva - usvojenja za brata, kod Vavilonaca ugovor o uzajamnom pomaganju i staranju, itd.¹⁷ Kada se patrijarhalna porodica učvrstila kao proizvodna jedinica sa privatnim vlasništvom nad sredstvima za proizvodnju, interes gensa je prešao u drugi plan. Ovaj vid usvojenja se vršio u komplikovanoj formi, koja je imala za cilj da potvrdi da je *pater familias* imao vlast nad decom, koja je skoro bila istovetna sa vlašću nad stvarima. Ukidanje očinske vlasti se vršilo putem prividne prodaje sina tri puta, posle čega je magistrat sina dosuđivao adoptantu. Kod adopcije žena, uglavnom se vršila jednokratna prividna prodaja. Nakon toga, otac, dete i usvojitelj su odlazili do pretora gde je usvojitelj tvrdio da je to dete njegovo, otac nije osporavao, a pretor je dete dosuđivao usvojitelju.¹⁸ Uočava se sličnost sa prenosom prava svojine na stvarima. Usvojiti se mogu muška i ženska lica, dorašla i nedorašla, patriciji i plebejci.¹⁹ Adopcija postaje pravni posao između dva lica, a u prvom planu je interes pojedinca i njegove porodice. I adrogacija i adopcija imaju klasno obeležje i služe, pre svega, očuvanju robovlasničkih porodica, pa iz tog razloga ove ustanove sitnim seljacima nisu bile potrebne niti su ih oni koristili.

Za vreme Justinijana razlikovalo se potpuno usvojenje (*adoptio plena*) i nepotpuno usvojenje (*adoptio minus plena*). Potpuno usvojenje se odnosilo na usvojenje descendenta (vanbračno dete, unuk) koji je sticao nasledna prava prema adoptantu. Nepotpuno usvojenje se odnosilo na adopciju lica koje nije

¹⁶ Adrogant je sticao i imovinu adrogata i to samo za uživanje ali ne i pravo svojine. Adrogat je imao pravo nasleđa imovine adroganta i njegovih srodnika, a adrogant i njegovi srodnici su imali intestatsko (zakonsko) nasledno pravo prema adrogatu. A. Prokop, *n. delo*, 11-13.

¹⁷ Opširnije o tome *Beleške po predavanjima Dragomira Stojčevića, Rimsko pravo*, Odbor za udžbenike stručnog udruženja studenata prava, Beograd 1947, 116. Ističe se da adopcija vodi poreklo iz matrijarhata kada su deca ostajala u porodici majke, a otac je, ukoliko je želeo da dete bude sa njim, morao da ga adoptira.

¹⁸ *Isto*, 117.

¹⁹ A. Prokop, *n. delo*, 13-14.

descendent i adoptirani je sticao nasledno pravo prema adoptantu, ali adoptant nije imao nasledna prava prema adoptiranom licu. U oba slučaja adopcija je bila moguća samo ako su u pitanju lica *alieni iuris*.²⁰

Institut usvojenja u starom Rimu je kasnije prihvaćen kao preteča izgradnje modernih sistema usvojenja i to počev od buržoaskih građanskih zakonika pa do savremenih zakona. Za vreme feudalizma usvojenje je bilo pod snažnim uticajem crkvenog prava koje nije podržavalo institut usvojenja, pa se ne sreću tragovi adopcije. Propisi rimskog prava su bili recipirani u drugim delovima Evrope, ali se to ne odnosi i na propise koji se tiču usvojenja, verovatno i iz razloga što je postojao crkveni brak, pa se legitimno potomstvo priznavalo samo iz ovakvih brakova.²¹

Vremenom, već u buržoaskom pravu, ustanova usvojenja postaje društveno prihvatljiva, jer je za prevashodni cilj imala produženje porodice lica bez bioloških potomaka, što ukazuje na veliki uticaj kasnog rimskog prava u ovoj oblasti. Zato jedna od ključnih pretpostavki za usvojenje, u vreme buržoaskog prava, postaje odsustvo biološke dece kod usvojitelja.²² Druga materijalna pretpostavka u buržoaskom pravu su određene godine života usvojioca i to uglavnom navršenih 50 godina života. Smatralo se, da se u tim godinama izvesno može pretpostaviti da usvojitelj neće dobiti vlastite potomke, te da je nužno omogućiti mu produženje njegove porodice. Ovom starosnom granicom, štitila su se i nasledna prava biološke dece usvojioca koja su mogla biti ugrožena. Uslov koji se odnosio na godine usvojitelja se postepeno liberalizovao i starosna granica se vremenom snižavala. Ova koncepcija usvojenja se razlikuje od koncepcije koja će preovladati u zakonicima koji su doneti nakon Prvog i Drugog svetskog rata, usled činjenice da je veliki broj dece u tim ratovima ostao bez roditeljskog staranja.

Ovako postavljena starosna granica, postala je prepreka za zbrinjavanje velikog broja dece, koja su se u to vreme pojavila kao ratna siročad. Takođe, u poznijim godinama, usvojitelji su gubili motiv da se usvojenje realizuje, zbog čega se pristupilo snižavanju starosne granice za usvojitelje.²³ Nacistički i fašistički zakoni, pre svega nemački i italijanski, zahtevali su da usvojitelj i usvojenik

²⁰ Isto, 14.

²¹ Isto, 15.

²² Tako npr. *Code Napoleon* iz 1804. god., italijanski *Codice civile* iz 1865, Nemački građanski zakonik iz 1896, Švajcarski građanski zakonik 1907.

²³ Engleska je Zakonom o usvojenju iz 1950. i 1958. godine odredila da se može usvojiti samo osoba do 21. godine.

moraju pripadati arijevske rasi ili veri, a u nekim američkim državama nije bilo moguće usvojenje crnca od strane belca i obrnuto.²⁴

Može se zaključiti da neka buržoaska zakonodavstva, tek sredinom dvadesetog veka, počinju da propisuju usvojenje isključivo maloletnih lica u skladu sa nametnutom potrebom zbrinjavanja dece bez roditeljskog staranja. Ovo moderno shvatanje usvojenja, proizlazilo je iz novog pristupa svrsishodnosti i potrebe društvenog zbrinjavanja dece. Sa druge strane, zakonodavstva socijalističkih zemalja su u samom početku institut usvojenja normirala kao institut za zbrinjavanje i zaštitu maloletne dece, pa su u tom smislu sve države imale odredbu o nužnosti korisnosti usvojenja za maloletnika, osim Mađarske koja je zahtevala da usvojenje ne sme biti štetno za usvojenika, odnosno za javni interes.

IV Usvojenje u zakonodavstvu Kraljevine Jugoslavije

Pravni sistem u Kraljevini Jugoslaviji činilo je šest različitih pravnih područja.²⁵ Krivični zakonik i zakoni o krivičnom i parničnom postupku doneti su tokom trajanja režima diktature (1929), dok Građanski zakonik nije donet do kraja trajanja Kraljevine Jugoslavije.

²⁴ A. Prokop, *n. delo*, 20.

²⁵ Na teritoriji u nadležnosti Kasacionog suda u Beogradu i apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju, važili su pravni propisi nekadašnje Kraljevine Srbije, ukoliko nisu bili izmenjeni odredbama propisa koji su doneseni u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca. Na pravnom području Vojvodine važno je uglavnom mađarsko pravo, koje se primenjivalo pod uslovom da nije bilo u suprotnosti sa propisima zakonodavstva nove države. Na delu teritorije Vojvodine koji je pre pripadao Vojnoj granici, važno je austrijsko pravo pod istim uslovima kao mađarsko. To je bilo područje nadležnosti Okružnog suda u Pančevu i sreskih sudova u Banatskom Karlovcu, Beloj Crkvi, Kovinu, Titelu i Žablju. Crnogorsko pravno područje činila je teritorija nadležnosti Velikog suda u Podgorici, a na njemu se primenjivalo pravo nekadašnje Kraljevine Crne Gore. Bosansko-hercegovačko pravno područje obuhvatalo je teritoriju Bosne i Hercegovine, odnosno teritoriju nadležnosti Vrhovnog suda u Sarajevu i na ovom području, važno je austrijsko pravo, dok je za muslimane u oblasti bračnog prava važno isključivo šerijatsko pravo. Hrvatsko-slavonsko područje obuhvatalo je teritoriju bivše Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, bez Dalmacije, Istre i Međumurja. Na ovom području, važno je novelirano austrijsko pravo. Dalmatinsko-slovenačko pravo obuhvatalo je Dalmaciju sa ostrvima Pagom, Rabom i Krkom, područje kotara Kastav i Sloveniju. G. Drakić, "Građansko pravo na vojvođanskom pravnom području u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca", u: *Harmonizacija građanskog prava u regionu* (ur. D. Marković Bajalović), Istočno Sarajevo 2013, 108, 109.

1. Usvojenje u Srpskom građanskom zakoniku

Srpski građanski zakonik je donet 1844. godine i u desetak paragrafa je definisao ustanovu usvojenja (par. 136-147), a u članu 148. normira se posestrimstvo i pobratimstvo.

Redovno usvojenje je bilo potpuno usvojenje i bio je najrasprostranjeniji oblik usvojenja u kome je uspostavljan roditeljski odnos između usvojioca i usvojenika. Usvojenik je bio u potpunosti izjednačen sa rođenom decom usvojioca (čl. 137). Kod nepotpunog usvojenja, njegov sadržaj se određivao posebnim ugovorom (čl. 143). Treći oblik usvojenja bilo je hranjenišтво (čl. 144), ali je zbog svoje specifičnosti bilo definisano kao posebna i samostalna ustanova porodičnog prava. Takođe, pobratimstvo i posestrimstvo, kojima se ugovorom mogao zasnovati odnos jednak odnosu brata i sestre, vremenom su izgubili svoj porodičnopravni značaj.

Postojala su određena odstupanja u ustanovi usvojenja po Srpskom građanskom zakoniku u odnosu na rešenja tadašnjih zakonika evropskih država. Zakonik je predviđao mogućnost usvojenja dece od strane lica sa decom, iako je takvo rešenje ugrožavalo intestatsko pravo nasleđivanja bioloških potomaka usvojioca, te je iz tog razloga zakonsko rešenje bilo predmet kritika. Smatralo se da je učinjena nepravda biološkoj deci usvojitelja. Takođe, moglo se desiti da ženski potomak usvojioca ostane bez nasleđa, jer je muški usvojenik nasleđivao u vremenu neravnopravnog položaja muške i ženske dece.²⁶ Usvojitelj je moglo biti lice koje je imalo 21 godinu i potpunu poslovnu sposobnost, a zahtevalo se da razlika između usvojitelja i usvojenika bude najmanje 15 godina (čl. 140). Usvojiti su mogli i muškarci i žene bez obzira na pol usvojenika, s tim da je žena morala imati saglasnost muža. Ako bi muž odbio davanje saglasnosti ženi, ona se mogla obratiti sudu radi dobijanja odobrenja za vršenje usvojenja.

Usvojenje punoletne žene u braku podrazumevalo je pristanak njenog supruga, ali za usvojenje punoletnog oženjenog muškarca uslov nije bio pristanak njegove žene. Bilo je moguće usvojiti i svoje vanbračno dete, a poznati su slučajevi usvojenja unuka, zeta ili snahe, te se može reći da su porodična usvojenja bila pravilo u to vreme.²⁷

Ukoliko se vršilo usvojenje maloletnog lica morala se pribaviti saglasnost oca i majke ukoliko su bili živi i poznati, a ako je lice bilo punoletno, osim njega su

²⁶ Profesor Živojin Perić je isticao da ako bi neko pored kćeri usvojio mušku osobu, tada bi ga on nasledio a ćerka bi ostala bez naslednog dela, navedeno prema, A. Prokop, *n. delo*, 29.

²⁷ N. Đuretić, *Usvojenje – teorija i zakonodavna praksa*, Zagreb 1982, 43.

pristanak davala i oba roditelja ili zakonski zastupnik (čl. 144). Kod usvajanja vanbračne dece morao je postojati pristanak vanbračne majke, a ukoliko je usvojenik bio pod starateljstvom, tražio se pristanak staraoca, odnosno starateljskog sudiše.²⁸

Akt o usvojenju je mogao imati i formu testamenta, koji je sadržao izjavu da se usvaja određeno lice i proizvodio je pravno dejstvo ukoliko je usvojenik prihvatio usvojenje i ako je testament bio punovažan i overen od strane suda i nadležnog sveštenika, nakon čega se morala pribaviti i potvrda od strane vanparničnog suda (čl. 146).

Ako je usvojitelj bila žena, usvojenik se i dalje nalazio pod očinskom vlašću prirodnog oca, pa se problem rešavao tako što se prirodni otac odricao očinske vlasti, nakon čega se usvojenik stavljao pod starateljstvo i za staratelja se postavljala žena koja ga je usvojila.²⁹ Usvojenik je i dalje zadržavao sva prava prema svojim krvnim srođnicima.³⁰

Usvojenje se po ovom zakoniku moglo raskinuti saglasnošću lica koja su učestvovala u njegovom zaključenju i to sporazumom usvojioca i usvojenika, kao i u slučaju ugovorenih tereta za jednu ugovornu stranu, ukoliko ih ona ne ispuni u celosti.³¹

²⁸ Kada se usvajalo maloletno lice pod starateljstvom, molba i pismeni ugovor o usvojenju podnosili su se starateljskom sudu koji je davao saglasnost na podnetu molbu i priloženi ugovor o usvojenju, a konačnu odluku je donosio okružni sud na osnovu obrazloženog predloga starateljskog suda. U slučaju kada se usvajalo punoletno lice, molba i ugovor su se direktno podnosili okružnom sudu. *Isto*.

²⁹ *Isto*, 44-45. Takođe, Bračnim pravilnikom Srpske pravoslavne crkve, usvojenje je predstavljalo neotklonjivu bračnu smetnju do drugog stepena, dok je adoptivno srođstvo od drugog do sedmog stepena zaključno, predstavljalo otklonjivu bračnu smetnju.

³⁰ Usvojenik je imao nasledna prava prema usvojitelju, ali ne i prema njegovim srođnicima, a istovremeno je zadržavao i nasledna prava prema biološkim roditeljima i njihovim srođnicima. Usvojitelj nije mogao da nasleđuje usvojenika. Usvojioci su bili dužni da izdržavaju usvojenika, a roditelji samo ako usvojioci ovu dužnost nisu ispunjavali. Takođe, usvojenik je imao obavezu da izdržava usvojiocē ukoliko nisu imali sredstava za život. Usvojenjem se stvarala veza između usvojioca i njegovog potomstva sa jedne strane i usvojenika i njegovog potomstva sa druge strane, te je brak između ovih lica bio zabranjen. Krivični zakonik je propisivao pet godina zatvora za lice koje izvrši obljubu nad svojim usvojenim detetom, ali se rodoskrvućem nije smatrala obljuba između srođnika drugog stepena srođstva po usvojenju. *Isto*.

³¹ *Isto*.

Interesantno je da je sudska praksa postavila određene granice usvojenju, koje oslikavaju versku netoleranciju, pa se u tom smislu nije dopuštalo sklapanje usvojenja između osobe koja pripada hrišćanskoj veri i osobe koja je pripadala islamskoj ili židovskoj veroispovesti.³²

2. Usvojenje po austrijskom Opštem građanskom zakoniku

Austrijski građanski zakonik (OGZ), donet je 1811. godine i predvideo je usvojenje sa ciljem produženja porodice lica bez biološkog potomstva.³³ Zasnivanjem usvojenja nisu se prekidali odnosi između usvojenika i njegovih bioloških roditelja i drugih krvnih srodnika, a između usvojenika i srodnika usvojioca nisu stvarane nikakve srodničke veze.³⁴ Usvojenje se naziva posinjenje, a usvojenik posinak i pokćerka.

Po ovom zakoniku usvojitelj je moglo biti lice sa navršenih 50 godina života koje nije imalo zakonite bračne dece. Kasnijim izmenama, starosna granica je spuštana na 40 godina života. Usvojitelj nije moglo biti lice koje je položilo zavet božanstva i ovaj paragraf je unet u zakonik zbog velikog uticaja crkve u to vreme. AGZ je predviđao usvojenje maloletnih i punoletnih ženskih i muških lica, nezavisno od toga da li su u braku i imaju potomke. Za usvojenje maloletnog lica, pristanak je davao biološki otac ukoliko je bio živ, a kada otac nije bio živ, pristanak su davali majka, sud i tutor. I kada se usvajalo punoletno lice, tražila se saglasnost oca.

Usvojitelj je moglo biti muško i žensko lice, s tim da se položaj pomajke razlikovao od položaja poočima, jer je on sticao očinsku vlast nad usvojenikom za razliku od pomajke, kada je očinska vlast ostajala kod prirodnog oca, ukoliko je bio živ. Ukoliko prirodni otac nije bio živ, uz pomajku se određivao i tutor sa obavezom da se pribavlja saglasnost starateljskog suda za sve važnije odluke od

³² Mišljenje Opšte sednice Kasacionog suda u Beogradu, br. 2844 od 30. 04. 1923. godine, navedeno prema A. Prokop, *n. delo*, 30.

³³ Austrijski građanski zakonik, u pogledu pravnih odnosa roditelja i dece, karakteriše patrijarhalni sistem u porodici. Muž je bio glava porodice, jer je bio vlasnik sredstava za proizvodnju koji je izdržavao ženu i decu. Otac je upravljao imovinom deteta, davao pristanak za zaključenje braka maloletnog deteta, davao mu prezime, grb i ostala prava njegove porodice i staleža. Otac je stoga davao i pristanak za usvojenje. Ovaj zakonik je, u odredbama koje su regulisale porodičnopravne odnose, zadržao feudalne elemente. Novelom iz 1914. godine popravljen je položaj dece, utoliko što je noveliran zakonik izostavio odredbu po kojoj su vanbračna deca "isključena od prava porodice i rodbine". Takođe, pojačava se zaštita dece i ako otac zloupotrebljava svoju vlast ili ne ispunjava svoje dužnosti. Majka vanbračnog deteta dobija pravo da od oca deteta traži izdržavanje u periodu šest nedelja nakon porođaja i troškove vezane za porođaj. Vid. A. Prokop, *n. delo*, 15-17.

³⁴ Opširnije N. Đuretić, *n. delo*, 46.

uticaja na usvojenika. Usvojenje se zaključivalo u formi javne isprave i podnosilo se na potvrdu nadležnom zemaljskom načelstvu, a kasnije je ugovor o usvojenju potvrđivao sud. Takođe, raskid usvojenja se mogao izvršiti sporazumom svih učesnika u postupku usvojenja.³⁵

3. Usvojenje u mađarskom pravu koje je važno u Vojvodini

Mađarsko privatno pravo, koje je u to vreme važno u Vojvodini, omogućavalo je raskidivo, nepotpuno usvojenje. Uspostavljanje roditeljskog odnosa između usvojenika i usvojioca, vršilo se zaključenjem ugovora i svako poslovno sposobno lice je moglo biti usvojitelj, bez obzira na bračni status i pol. Moglo je usvojiti i lice koje je imalo biološke potomke. U mađarskom pravu razlika u godinama između usvojitelja i usvojenika je morala biti najmanje 16 godina. Usvojitelj je mogao usvojiti i vlastito vanbračno dete ukoliko ga nije mogao priznati, odnosno ozakoniti na drugi način. Moglo se usvojiti punoletno lice i maloletnik, koji je mogao dati saglasnost ukoliko je napunio 14 godina. Ugovor o usvojenju je odobravao starateljski sud, ali je on morao biti potvrđen i od strane ministra pravde. Mađarsko pravo je dozvoljavalo da prirodni roditelji zadrže očinsku vlast nad svojim detetom, koje je moglo zadržati svoje rođeno prezime ili uzeti prezime usvojioca, ali samo ako je to izričito predviđeno. Usvojenjem je nastajala primarna obaveza usvojioca da se brine o održavanju usvojenika.³⁶

U pogledu naslednih prava, usvojenje je proizvodilo naslednopravna dejstva, tako što je usvojenik nasleđivao usvojioca (ali ne i njegove srodnike) kao intestatski zakonski naslednik prvog naslednog reda, a zadržavao je i svoja nasledna prava prema biološkim roditeljima i krvnim srodnicima. Prestanak usvojenja je bio moguć na osnovu sporazuma usvojioca i usvojenika, pod uslovom da je usvojenik bio punoletan. Maloletni usvojenik nije mogao raskinuti sporazumom ugovor o usvojenju, jer bi isti bio ništav po osnovu usvojenikovog odricanja od prava bez protivčinidbe druge strane. Međutim, tadašnje mađarsko

³⁵ Opširnije o tome A. Prokop, *n. delo*, 25-27. Prvom delimičnom novelom od 12. oktobra 1914. godine izmenjen je član 180 tako što su snižene godine za posinitelja sa 50 na 40 godina, dok je potrebna razlika od 18 godina zadržana. U tom paragrafu se ističe i potreba da se supružnik privoli, bilo da se posinjuje ili biva posinjen, osim ukoliko je bračni drug duševno oboleo, nepoznatog boravišta ili ako je brak rastavljen. Novelirani paragraf 182 određuje izmene u pogledu porodičnog imena lica koje se posinjuje, tako što posinjani prima prezime posinitelja, a prezime svoje porodice može i ne mora da doda. Samo kada je posinjena osoba bila plemić, posinjani je morao da zadrži svoje plemićko ime i uz njega dodati prezime posinitelja.

³⁶ N. Đuretić, *n. delo*, 46-47.

pravo je predviđalo mogućnost sudskog raskida ugovora o usvojenju po tužbi usvojioca, ukoliko je usvojenik bio nezahvalan prema usvojiocu.³⁷

4. Uticaj običajnog prava i šerijatskog verskog prava na ustanovu usvojenja

Produženje porodice usvojioca, po crnogorskom običajnom pravu, moglo se vršiti usvojenjem isključivo muške dece od strane usvojioca (muškaraca), koji nisu imali vlastite muške potomke. Usvojenici su bili muška deca i to bliski krvni srodnici usvojioca. Usvojioci su uglavnom bili stariji muškarci, starosti od 60-65 godina, za koje je bilo izvesno da neće imati svojih bioloških potomaka, a usvajani su mladići od 15-18 godina. Usvojenjem se privatnom vlasniku obezbeđivala radna snaga i naslednik, pa su u ranijoj istoriji Crne Gore poznati slučajevi prihvatanja izbeglica iz turskih oblasti, nakon sloma srpske srednjovekovne države.³⁸

Razlikovalo se crkveno usvojenje od usvojenja koje se zaključivalo putem ugovora. Ukoliko je usvojenje bilo crkveno i ako je usvojenik dolazio iz istog bratstva usvojioca, usvojenik je zbog potpunog dejstva usvojenja bio lišen svih prava prema njegovoj rođenoj porodici (gubio je prezime i slavu), osim moralnih obaveza, a zadobijao je sva lična i imovinska prava prema usvojiocu, kao i pravo nasleđivanja.

Ako se usvojenje vršilo putem zaključenja ugovora, ugovorne strane su bile slobodne da samostalno uredi sva međusobna prava i obaveze. Važio je i usmeni ugovor zaključen pred svedocima i po svečanom obredu. Usvojenje se odnosilo na maloletne i punoletne usvojenike, ali se tražila saglasnost oca i majke ako je usvojenik bio maloletan.

Donošenjem Zakona o vanbračnoj deci (1894. godine), u Crnoj Gori je prvi put na celovit način regulisana ustanova usvojenja, ali se to odnosilo samo na usvojenje vanbračne dece. Nisu se mogla usvajati vlastita vanbračna deca. Ovaj zakon se nije primenjivao onoliko koliko su se na materiju usvojenja primenjivale crnogorske običajne norme i nova moderna zakonska rešenja nisu uspela da stave van primene običajna pravila u oblasti usvojenja.³⁹

³⁷ Isto.

³⁸ Isto, 47.

³⁹ Isto.

Porodično pravo za pripadnike islamske veroispovesti regulisalo se po šerijatskom verskom i običajnom pravu.⁴⁰ Kuran je zabranjivao usvojenje deteta čije je poreklo poznato. Usvojenje se zasnivalo tako što je usvojitelj izjavom u propisanoj formi priznavao dete nepoznatog porekla za svoje. Usvojitelji su mogli biti i muškarac i žena, nezavisno od bračnog statusa, poslovno sposobni i u odgovarajućem životnom dobu, a saglasnost usvojenika nije bila potrebna. Usvojenik je sticao sva prava prema usvojitelju, a naročito pravo nasleđa i vaspitanja, a ovako zasnovanim neraskidivim usvojenjem, stvaralo se krvno a ne građansko srodstvo.

Sudska praksa na teritoriji tadašnje Bosne i Hercegovine, poznavala je i nepotpuno usvojenje dece čije je poreklo bio poznato. Takvo usvojenje nazivalo se beslema. Beslema je bila prisutna naročito za vreme Prvog svetskog rata, kada je mnogo dece poznatog porekla ostalo nezbrinuto. Ovaj ugovor o othranjivanju je po dejstvu bio vrlo sličan trećem obliku usvojenja iz Srpskog građanskog zakonika (par. 144). Njega su najčešće sklapali parovi bez dece, iako nije postojao izričit uslov u pogledu toga da li usvojilac može imati svoju decu. On je overavan od strane šerijatskog sudije, nije stvarao civilno srodstvo, niti je proizvodio naslednopravna dejstva, a u praksi je usvojilac ugovorom prenosio imovinu ili njen deo na usvojenika, dok je za sebe zadržavao pravo doživotnog izdržavanja.⁴¹ Interesantna je Odluka Kasacionog suda u Beogradu od 30. maja 1923. godine u kojoj se navodi da kod muslimana postoji samo treći oblik usvojenja – hranjenišтво.⁴²

⁴⁰ *Isto*, 48-49. U bivšoj Jugoslaviji za muslimane je važno šerijatsko pravo, nezavisno od područja. Šerijat je verski zakon islama, utemeljen na božijoj volji. U ranom srednjem veku, pored rimskog prava, samo je još šerijatsko pravo predstavljalo zaokružen pravni sistem. Izvori šerijatskog prava su Kuran (sadrži osnovne principe vere, morala i prava), sunet (teorijsko tumačenje i praktična primena Kurana), Konsenzus (jedinstveni stav islamskih naučnika o verskom ili pravnom pitanju) i analogija (analogno rešavanje šerijatskog pitanja koje nije rešeno zakonom, po uzoru na rešenje drugog sličnog pitanja). Šerijat je podeljen na četiri osnovna dela. Prvi reguliše veze između čoveka i boga, drugi uređuje imovinsko pravo, treći bračno pravo i četvrti kazneno pravo. Muž je mogao da okonča brak "otpustom žene" koja se tada vraćala svojoj porodici, za razliku od dece koja su pripadala mužu, njegovoj porodici i rodu. Kodifikaciji šerijatskog prava prva je pristupila Turska, a kasnije su isto učinili Egipat, Tunis, Alžir i Iran. Turska je 1926. godine ukinula primenu šerijatskog prava, a danas ono ima najširu primenu u Saudijskoj Arabiji. Vid. M. Begović, *Šerijatsko bračno pravo*, G. Kon, Beograd 1936.

⁴¹ *Isto*.

⁴² *Isto*, 49.

V Usvojenje nakon Drugog svetskog rata

U našoj zemlji, nakon Drugog svetskog rata, 1947. godine donet je Zakon o usvojenju u FNRJ,⁴³ koji se u svojim rešenjima razlikovao od propisa Kraljevine Jugoslavije. On je donekle reformisan i promenjen mu je naziv u Osnovni zakon o usvojenju 1965. godine.⁴⁴

Nova koncepcija je podrazumevala da se usvojenje vrši sa ciljem zbrinjavanja velikog broja dece bez roditeljskog staranja. Ovaj zakon je omogućavao usvojenje samo maloletnih lica i to pod uslovom da se zadovolji princip korisnosti za usvojenika. Zakon je imao svoje nedostatke, a poseban problem je bio nepostojanje statističkog praćenja i obrade podataka u oblasti usvojenja.

Zakon je predviđao samo nepotpuno, raskidivo usvojenje kao formu usvojenja, jer se u tom periodu osnivao veliki broj ustanova socijalne zaštite za smeštaj dece bez roditeljskog staranja. Tako je usvojenje bilo dopušteno jedino ako je bilo od interesa za usvojenika i nije se posebno marilo za interes usvojioca. Usvojenje nije imalo za posledicu nastanak srodničkog odnosa između usvojenika i srodnika usvojioca, a usvojenik je zadržavao sva prava i obaveze prema svojim biološkim roditeljima i ostalim krvnim srođnicima. Usvojenik je mogao birati koje će prezime uzeti ili je mogao zadržati svoje prezime i njemu pridodati prezime usvojioca, a u pogledu naslednih prava, usvojitelj je mogao isključiti prilikom zasnivanja usvojenja mogućnost usvojenika da ga nasledi, ali samo ako je imao vlastite potomke.

Zasnivanje usvojenja vršilo se saglasnošću volja usvojioca i zakonskih zastupnika usvojenika, pred mesno nadležnim organom starateljstva koji se određivao prema mestu prebivališta usvojenika i upisivalo se u matičnu knjigu rođenih, u kojoj su se i dalje nalazila upisana imena bioloških roditelja, s tim da se činjenica usvojenja sa podacima usvojioca upisivala u posebnoj rubrici. Tek sa donošenjem saveznog Zakona o matičnim knjigama,⁴⁵ omogućeno je da lično ime usvojioca bude upisano kao lično ime roditelja usvojenog deteta, ukoliko su roditelji deteta bili nepoznati. Do ovog upisa je dolazilo na zahtev usvojitelja, na osnovu rešenja nadležnog organa starateljstva.

Ovaj zakon je omogućavao usvojenje samo maloletnog deteta uz uslov da usvojenik nije krvni srođnik usvojitelja u pravoj liniji bez obzira na stepen, a u

⁴³ Zakon o usvojenju, *Službeni list FNRJ*, br. 30/1947.

⁴⁴ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o usvojenju, *Službeni list SFRJ*, br. 10/1965. (njime je promenjen naziv Zakona o usvojenju u Osnovni zakon o usvojenju).

⁴⁵ Zakon o matičnim knjigama, *Službeni list SFRJ*, br. 28/65.

pobočnoj liniji do drugog stepena srodstva. Zakon je propisao da razlika u godinama između usvojitelja i usvojenika ne može biti manja od 18 godina. Ukoliko je usvojenik bio stariji od 10 godina, bila je neophodna i njegova izričita saglasnost za usvojenje.

Usvojitelj je moglo biti lice koje nije u braku, a ukoliko je u braku, bila je nužna saglasnost bračnog partnera. Takođe, i bračni par je mogao usvojiti dete. Zakon je izričito predviđao ko nije mogao biti usvojitelj.⁴⁶

Prilikom zasnivanja usvojenja, bilo je predviđeno obavezno prisustvo i davanje saglasnosti od strane roditelja u svoje ime i u ime usvojenika, saglasnost staratelja u ime štićenika, usvojitelja i usvojenika starijeg od 10 godina. Na ovaj način nije postojala tajnost u pogledu ličnosti usvojioca. Izmenom i dopunom člana 11 Zakona o usvojenju⁴⁷ iz 1952. godine, omogućeno je da usvojitelj i roditelji daju svoju izjavu preko punomoćnika ili nadležnog organa starateljstva. Ako se radilo o usvojiocu ili jedinom roditelju koji nije mogao lično prisustvovati sklapanju usvojenja, zahtevalo se i odobrenje republičkog Saveta za socijalnu politiku, što je mogućnost koja se često koristila, naročito kada se usvajalo vanbračno dete kome je samo majka bila poznata.

Ovim usvojenjem nastajao je roditeljski odnos između usvojioca i usvojenika i njegove dece, dok je roditeljsko pravo bioloških roditelja mirovalo za sve vreme trajanja usvojenja.⁴⁸ Usvojenje se moglo raskinuti.⁴⁹ Član 23 je predviđao da se

⁴⁶ Nije moglo usvojiti lice koje je sudskom odlukom bilo lišeno roditeljskog prava, lice za koje se opravdano sumnjalo da će zloupotrebiti status usvojitelja na štetu usvojenika, lice koje nije davalo dovoljno garancija da će usvojenika vaspitavati za korisnog člana društvene zajednice i lice koje je imalo duševnu bolest, bilo slaboumno ili imalo neku drugu bolest koja je mogla ugroziti zdravlje i život usvojenika. Sa druge strane, postavljeni staratelj nije mogao biti usvojitelj i to svojstvo je mogao steći tek po prestanku starateljstva.

⁴⁷ Zakon o izmeni člana 11 Zakona o usvojenju, *Službeni list FNRJ*, br. 24/52.

⁴⁸ Usvojenjem nije nastajao srodnički odnos između usvojenika i krvnih srodnika usvojioca, ali je postojala izričita bračna zabrana između usvojioca i usvojenika. Ukoliko bi ipak došlo do zasnivanja braka između usvojioca i usvojenika, brak bi opstao ali je usvojenje prestajalo da postoji. U pogledu nasleđivanja, usvojenik je nasleđivao usvojioca, ali nije imao nasledna prava prema krvnim srođnicima usvojioca. On je zadržavao nasledna prava prema svojim krvnim srođnicima. Takođe, nakon zasnivanja usvojenja, usvojitelj nije mogao da nasledi usvojenika. Usvojenje nije uticalo na državljanstvo usvojenog deteta.

⁴⁹ Rešenjem organa starateljstva po službenoj dužnosti, ukoliko to zahtevaju opravdani interesi maloletnog usvojenika; sporazumom zaključenim između usvojitelja i punoletnog usvojenika koji se zaključuje pred organom starateljstva i na čije zaključenje se primenjuju pravila o zasnivanju usvojenja; rešenjem organa starateljstva na zahtev usvojitelja ili usvojenika, kada postoje važni razlozi; sklapanjem braka između usvojenika i usvojitelja, kada je usvojenje prestajalo po sili zakona.

pod određenim uslovima može odrediti izdržavanje u korist bivšeg usvojitelja ili bivšeg maloletnog usvojenika.

Ovim zakonom je usvojenje bilo destimulisano, činjenicom da nije bila predviđena mogućnost zaključenja neraskidivog usvojenja. Smatralo se da zaštita ratne siročadi ne sme da zavisi od inicijative pojedinca, već da je to obaveza države, te da mora postojati šira društvena akcija. Iz tih razloga se osnivao veliki broj domova za decu i omladinu, koje je u tom periodu finansirala država.

Usvojenje sa inostranim elementom nije bilo regulisano i ono se često smatralo za jedan od načina da se opština oslobodi materijalnih troškova prema detetu bez roditeljskog staranja, što je u praksi rezultiralo dozvoljavanjem da se zasnjuje usvojenje i onda kada nisu bili ispunjeni svi zakonom predviđeni uslovi.

Ustav SFRJ iz 1974. godine izvršio je razgraničenje zakonodavne nadležnosti između federacije i republika (pokrajina), pa je SR Srbija donela Zakon o usvojenju⁵⁰ 1976. godine, kada su doneti i Zakoni o usvojenju SAP Kosova⁵¹ i SAP Vojvodine.⁵² Najvažnija odlika ovih zakona je uvođenje institucije potpunog usvojenja, kao trajnog i neraskidivog roditeljskog odnosa između usvojioca i usvojenika, potpuna integracija usvojenika u porodicu usvojioca i prekid svih veza sa porodicom porekla. Potpuno se moglo usvojiti maloletno dete do navršene pete godine života, koje nije imalo žive roditelje ili je imalo samo jednog živog roditelja, a usvojiti je mogao bračni par, kao i jedan bračni partner rođeno dete drugog bračnog partnera. Blanko saglasnost roditelji nisu mogli da daju i morali su lično da prisustvuju činu zasnivanja usvojenja, jer se potpuno usvojenje zasnivalo na isti način kao i nepotpuno, pa usvojenje stoga nije bilo tajno. Takođe, uređena su i pitanja: uslova i postupka usvojenja dece naših državljana od strane inostranih građana; slučajevi ništavosti usvojenja; mogućnost primene probnog smeštaja; mogućnost proširenja usvojenja na bračnog druga usvojioca. U svemu ostalom, ovaj zakon se nije bitno razlikovao u odnosu na Osnovni Zakon o usvojenju.

⁵⁰ Zakon o usvojenju SR Srbije, *Službeni glasnik SR Srbije*, br. 17/1976.

⁵¹ Zakon o usvojenju SAP Kosova, *Službeni list SAP Kosova*, br. 30/1976.

⁵² Zakon o usvojenju SAP Vojvodine, *Službeni list SAP Vojvodine*, br. 24/1976. Za razliku od rešenja u Zakonu o usvojenju SR Srbije i Zakonu o usvojenju SAP Kosova, koji je sadržao gotovo ista rešenja, Zakon o usvojenju SAP Vojvodine je predviđao da spisi o zasnivanju usvojenja predstavljaju službenu tajnu, a u zapisnik o zasnivanju usvojenja se nisu unosili podaci o biološkim roditeljima kojima identitet usvojitelja nije bio poznat.

Zakon o usvojenju SR Srbije primenjivao se do kraja 1980. godine, kada je donet Zakon o braku i porodičnim odnosima⁵³ koji se primenjivao od 1. januara 1981. godine uz nekoliko značajnih novina. Neke od najvažnijih bile su: dopuštenost potpunog usvojenja deteta starijeg od pet godina pod određenim uslovima; u slučaju kada se usvajalo dete koje ima jednog živog roditelja, postojala je obaveza organa starateljstva, da pruži prirodnom roditelju svu potrebnu pomoć pre donošenja odluke o usvojenju; dozvoljeno je usvojenje deteta licu koje nije u braku, ukoliko za to postoje opravdani razlozi; dozvoljeno je inkognito usvojenje, a nakon davanja blanko saglasnosti roditelja, njihovo ime se nije upisivalo u zapisnik o potpunom usvojenju; nakon zasnivanja potpunog usvojenja, nije dozvoljeno utvrđivanje očinstva i materinstva; utvrđena je dužnost organa starateljstva da budućem usvojitelju ukaže na značaj koji ima saznanje usvojenika o pravnoj prirodi njihovog odnosa, što je predstavljalo uputnu normu; utvrđeni su slučajevi relativne ništavosti; sve odredbe koje su se odnosile na potpuno usvojenje, smeštene su u posebno poglavlje, pa je na taj način postignuta i bolja preglednost zakonskog teksta.

Može se zaključiti da je usvojenje kroz vreme pretrpelo značajne izmene. Tek u skorijoj istoriji, usvojenje postaje institut koji će biti u funkciji zaštite deteta bez roditeljskog staranja i njegovih najboljih interesa. Porodičnim zakonom iz 2005. godine, koji poznaje samo potpuno usvojenje, unapređena su određena zakonska rešenja iz Zakona o braku i porodičnim odnosima SR Srbije, što je doprinelo daljoj evoluciji i promovisanju ovog oblika zaštite deteta bez roditeljskog staranja. Da bi se ceo postupak sproveo na najbolji način, primenjuje se multidisciplinarni pristup, što znači da u postupku ocene podobnosti deteta i usvojitelja učestvuju socijalni radnik, pedagog, psiholog, pravnik i lekar. Njihov zaključak je od ključnog značaja prilikom donošenja odluke o najadekvatnijem obliku zaštite deteta bez roditeljskog staranja, te se može zaključiti da je pripremna faza u postupku usvojenja daleko kompleksnija i složenija od samog čina zasnivanja usvojenja. Ona uključuje i probni smeštaj.⁵⁴ Posebno je važno

⁵³ ZBPO SR Srbije, *Službeni glasnik SRS*, br. 22/80 i 11/88 i *Službeni glasnik RS*, br. 22/93, 25/93, 35/94, 46/95 i 29/01.

Zakon se primenjivao na celoj teritoriji Republike nakon što je prestao da važi Zakon o usvojenju SAP Vojvodine 10. marta 1993. godine, proglašenjem Ustavnog zakona o izmenama i dopunama Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije na sednici Narodne skupštine Republike Srbije. Istog dana prestao je da važi i Zakon o braku i porodičnim odnosima SAP Kosova iz 1984. godine.

⁵⁴ Vid. B. Stjepanović, Probni smeštaj kao faza u procesu zasnivanja usvojenja, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka: naučno-stručni časopis iz oblasti pravnih nauka* 8(2018)8, 257-267. <http://ricl.iup.rs/420>.

proceniti motiv potencijalnih usvojitelja da usvoje dete. Ljudi najčešće usvajaju decu iz sledećih razloga: želja za detetom; ljubav prema deci; emotivna vezanost za neko dete; obezbeđivanje naslednih prava deteta ili obezbeđivanje društva svom detetu (deci).⁵⁵ Neprihvatljivi motivi bili bi sledeći: obezbeđivanje sebi društva i brige u starosti; težnja da se ispune očekivanja društva i da se uklopi u postojeće norme i standarde, jer je imati dete nešto "normalno" što se podrazumeva; neurotična potreba da se bude voljen i da se ljubav pruži; očekivanje da se na taj način spasi brak i srede poremećeni bračni odnosi; zamena za umrlo dete, jer u ovom slučaju može doći do razočarenja kod usvojlaca, ukoliko nisu dobili "pravu" zamenu za izgubljeno dete; u detetovim očima se može biti veliki, veći nego što stvarno jesi.⁵⁶

Porodični zakon je u članu 95 st. 2, predvideo mogućnost da roditelji označe usvojioce deteta, što predstavlja značajnu novinu u odnosu na Zakon o braku i porodičnim odnosima koji tu mogućnost nije predviđao. Iako roditelji biraju usvojioce detetu, usvojenje se zasniva rešenjem organa starateljstva, na osnovu koga se vrši novi upis u matičnu knjigu rođenih. Tumačenjem člana 318 st. 1, koji propisuje da je organ starateljstva koji je izabrao buduće usvojitelje dužan da im uputi dete radi uzajamnog prilagođavanja, proizlazi da u slučaju kada roditelji izaberu usvojioce, takva obaveza ne postoji. U godinama nakon usvajanja Porodičnog zakona, uočene su određene zloupotrebe u vezi sa članom 95 st. 2, koje dovode do nedosledne primene zakona.⁵⁷ Zbog svega navedenog, 2007. godine je intervenisalo Ministarstvo rada i socijalne politike, dajući Mišljenje o primeni člana 95 st. 2 i člana 317 st. 3. Porodičnog zakona⁵⁸ u kome se navodi da je ovde reč o "otvorenom usvojenju koje podrazumeva održavanje ličnih odnosa između deteta i njegovih roditelja i izgradnju njegovog ličnog i porodičnog identiteta u skladu sa biološkim poreklom", te da je organ starateljstva dužan, shodno članu 313 st. 3 Porodičnog zakona, da preporuči roditeljima i označenim

⁵⁵ Grupa autora, *Priručnik o usvojenju*, Institut za socijalnu politiku, Beograd 1990, 103.

⁵⁶ *Isto*.

⁵⁷ Nepravilnosti se odnose na situacije, kada budući usvojitelji koji imaju utvrđenu opštu podobnost za usvojenje, i nalaze se u Jedinstvenom ličnom registru usvojenja, i druga zainteresovana lica, tragaju za roditeljima i sa njima postižu dogovor da ih oni označe kao usvojioce. Prethodno, iz štampe, porodilišta ili na drugi način, ova lica dolaze do informacija da je dete napušteno ili da roditelji neće vršiti roditeljsko pravo. Dogovori se često zaključuju uz prisustvo advokata kao punomoćnika budućih usvojitelja, a zabeleženi su i slučajevi da su budući usvojitelji preuzimali dete od roditelja i određivali mu lično ime koje su roditelji verifikovali njegovom prijavom nadležnom matičaru, prilikom upisa činjenice rođenja deteta.

⁵⁸ Mišljenje o primeni člana 95 st. 2 i čl. 317 st. 3 Porodičnog zakona, br. 110 - 00 - 00681/2007 - 14 od 17. jula 2007.

usvojiteljima da se uključe u psiho-socijalno savetovanje, jer se odgovornost njihove odluke proverava i vezano za mogućnost ostvarivanja suštinski "dvojnog roditeljstva". S obzirom na to da Porodični zakon ne predviđa pravo na održavanje ličnih odnosa sa roditeljima nakon zasnovanog usvojenja, može se zaključiti da navedeno Mišljenje o primeni člana 95 st. 2 i čl. 317 st. 3 Porodičnog zakona nije u skladu sa zakonom, ali može otvoriti eventualna buduća razmatranja opravdanosti uvođenja otvorenog usvojenja u naše porodično zakonodavstvo.⁵⁹

VI Usporednopravne tendencije u razvoju usvojenja - primeri iz zakonodavne prakse

Određbe Francuskog građanskog zakonika koje regulišu institut usvojenja, revidirane su nekoliko puta.⁶⁰ Poslednje izmene odnose se na priznanje prava istopolnim parovima da se pojave u ulozi usvojitelja, što je dovelo do značajnih podela među građanima i predstavnicima političkih stranaka u Francuskoj. Godine 2013, Francuska je postala četrnaesta zemlja u svetu i deveta u Evropi koja je legalizovala istopolne brakove.⁶¹ Opozicioni konzervativci i predstavnici

⁵⁹ Vid. A. Čović, D. Čović, *n. delo*, 646-648.

⁶⁰ Code civil, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>.

Zakonik je donet 1804. godine i u to vreme je regulisao samo nepotpuno usvojenje. Usvojitelj je moglo biti lice sa navršениh 50 godina života, bez bioloških potomaka, a usvojiti se moglo samo punoletno lice sa ciljem da se produži porodica usvojitelja. Usvojenje maloletne dece dozvoljeno je izmenama iz 1923. godine, kada je i starosna granica snižena sa 50 na 40 godina, a kasnije reformom iz 1963. dodatno spuštena na 35 i izuzetno na 30 godina. Godine 1939. uvodi se novi oblik usvojenja "ozakonjeno usvojenje", koje se odnosi na decu uzrasta do pet godina čiji su roditelji nepoznati. Takođe, omogućava se prekid veze sa biološkom porodicom, uz rezervu zabrane braka. Izmene iz 1957. godine predviđaju mogućnost usvojenja deteta o kome se par starao pre rođenja bioloških potomaka, tako da činjenica rođenja biološke dece prestaje da bude smetnja za zasnivanje usvojenja. Nakon reforme iz 1958. godine sudska odluka postaje konstitutivni akt za zasnivanje usvojenja. Zakon iz 1963. godine reguliše tri oblika usvojenja: obično usvojenje, varijantu običnog usvojenja sa prekidom veza sa biološkom porodicom i adoptivnu legitimaciju (za određene kategorije veoma male dece). Od izmena iz 1966. godine Zakonik reguliše potpuno usvojenje (*adoption pleniere*) i obično usvojenje (*adoption simple*), dok adoptivna legitimacija prestaje da postoji. Ovaj Zakon o usvojenju je predvideo i obavezan probni smeštaj. Zakon iz 1976. godine značajan je jer precizira pojam napuštenog deteta.

⁶¹ Dana 23. aprila 2013. godine, parlament je odobrio predlog zakona kojim se istopolnim parovima omogućava sklapanje braka i usvajanje dece, sa 331 glasom za i 225 protiv. Zakon je 17. maja potpisao predsednik Francuske, a objavljen je u Službenom glasniku dan kasnije (*LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*). Uredba br. 2013-429 o sprovođenju Zakona doneta je 28. maja, a prvi istopolni par se venčao 29. maja.

centra podneli su francuskom Ustavnom savetu zahtev da ospori usaglašenost zakona br. 2013-404 sa Ustavom Francuske, ističući da usvajanje dece od strane istopolnih parova ugrožava jednak tretman usvojene dece na taj način što im se uskraćuje pravo da imaju i oca i majku, kao i da će se njegovim usvajanjem omogućiti medicinski potpomognuto rađanje i vantelesna oplodnja u lezbejskim vezama. Ustavni savet Francuske doneo je odluku da nacrt zakona br. 2013 - 404 ne krši francuski Ustav (*Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013*), čime je izvršena radikalna reforma u oblasti porodičnog prava u francuskom pravu. Zakon je omogućio istopolnim parovima zajedničko vršenje roditeljskih ovlašćenja ukoliko su venčani i dete je usvojeno od strane jednog od supružnika. Do tada, parovi istog pola nisu mogli da usvajaju decu, iako nije postojala zakonska prepreka da se u ulozi usvojitelja pojavi gej muškarac ili lezbejka.

Nemački građanski zakonik predviđa usvojenje maloletnih i punoletnih lica.⁶² Čini se opravdanom namera zakonodavca da u određenim slučajevima dozvoli usvojenje punoletnih osoba, posebno ukoliko se usvajaju braća i sestre, a neka od njih su punoletna. Iz te perspektive, interesantno je i rešenje ruskog zakonodavstva, po kome se rođena braća i sestre ne mogu usvajati od strane različitih osoba, a princip apsolutne tajnosti usvojenja u Rusiji (čl. 135. Ruskog porodičnog zakonika) jeste podložan kritikama sa aspekta zaštite prava usvojenika.⁶³ Forma potpunog usvojenja postoji u Nemačkoj od 1977. godine kada je novim Zakonom o usvojenju predviđena kao jedina. Ovaj zakon je inkorporiran u Nemački građanski zakonik, koji je prvobitno regulisao samo nepotpuno usvojenje. Analizom statističkih podataka o broju zaključenih međudržavnih usvojenja, može se videti da se Nemačka često pojavljuje kao država prijema dece koja su poreklom iz manje razvijenih država. Najveći broj usvojene dece poreklom je iz Ruske federacije, Tajlanda, Ukrajine, Kolumbije i Poljske.⁶⁴

U austrijskom pravu, takođe, postoji mogućnost usvojenja punoletnih osoba, a karakter usvojenja je ugovorni.⁶⁵ Određene obaveze bioloških roditelja, njihovih srodnika i usvojenika postoje i nakon zasnovanog usvojenja, a zasnovanjem

⁶² *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) donet je 1896. godine. Ustanova usvojenja je regulisana u paragrafima 1741-1772, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html.

⁶³ A. Čović, D. Čović, "Usvojenje u pravu Rusije", u: *Uvod u pravo Rusije* (ur. N. Mrvić Petrović, N. Kršljanin, M. Zirojević), Institut za uporedno pravo-Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 329-340.

⁶⁴ A. Čović, Usvojenje u nemačkom i austrijskom pravu, *Strani pravni život* (2014)3, 292.

⁶⁵ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), <https://www.jusline.at/gesetz/abgb>.

usvojenja se ne gase uzajamna nasledna prava između usvojenika i njegovih potomaka sa jedne strane i njegovih bioloških roditelja i njihovih srodnika sa druge strane, što pokazuje odstupanje od strogo zatvorenih procedura usvojenja. Minimalne starosne granice za usvojitelje od 21 i 25 godina u nemačkom pravu (bez propisivanja maksimalne starosne granice i uz preporuku da razlika u godinama ne bi trebala biti veća od 40 godina između usvojitelja i usvojenika), i 28 i 30 godina u austrijskom pravu, možda treba razmotriti u okviru nekih budućih izmena porodičnog zakonodavstva, u cilju unapređenja postojećih rešenja, budući da se može postaviti pitanje da li je osoba uzrasta 18 ili 19 godina potpuno emotivno i psihički zrela da se pojavi u ulozi usvojitelja.

I u Švedskoj zakon predviđa da je neophodno da potencijalni usvojitelj ima 25 godina, dok osoba starosti između 18 i 25 godina može usvojiti dete samo ako je to dete njegovog supružnika ili ako postoje drugi opravdani razlozi (*Parenthood and Guardianship Code*, čl. 25).⁶⁶ Ustav Švedske zabranjuje diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije (*Constitution of Sweden, Fundamental rights and freedoms*), a oko 80% stanovnika Švedske podržava istopolne brakove.⁶⁷ Od 1. februara 2003. godine osobama u registrovanim partnerstvima priznato je pravo da usvajaju decu - 1. maja 2009. godine na snagu je stupio zakon kojim se legalizuju istopolni brakovi, pa homoseksualci mogu da usvajaju decu koja su rođena u Švedskoj, kao i decu iz inostranstva, iako su ovakva usvojenja izuzetno retka.⁶⁸ Švedska ima procentualno najveći broj zasnovanih međudržavih usvojenja po glavi stanovnika u svetu, dece pretežno rođene u Latinskoj Americi i Aziji, a holistički pristup polazi od toga da rasna i religijska pripadnost nisu od značaja na procenu podobnosti usvojitelja. Najveći broj međudržavnih usvojenja u svetu, pokazatelj je malog broja dece bez roditeljskog staranja koja su državljani Švedske, ali i odnosa ljudi prema ovom problemu, odsustva predrasuda i otvorenost prema drugim kulturama i religijama. Ovo je posledica visokog životnog standarda, kao i organizovanog sistema socijalne zaštite, koji u prvi plan stavlja žene i decu, što može biti jedan od dobrih primera iz zakonodavne prakse, i pokazati kako finansijska podrška i podsticaji u obliku raznih olakšica koje bi usvojitelji dobijali, mogu pozitivno da utiču na promovisanje usvojenja kao najpotpunijeg i najboljeg oblika zaštite deteta bez roditeljskog staranja.

⁶⁶ A. Čović, Usvojenje u pravu Švedske, *Evropsko zakonodavstvo* 13(2014)49-50, 394.

⁶⁷ *Isto*, 395.

⁶⁸ Prvo međudržavno usvojenje kojim je istopolnom paru omogućeno da usvoje dete iz Kolumbije realizovano je 2017. godine. First same-sex overseas adoption takes place in Sweden (5 September 2017), *The Local*, <https://www.thelocal.se/20170905/first-international-same-sex-adoption-takes-place-in-sweden/>.

Kao posebno dobar primer iz zakonodavne prakse izdvojila bih zakone federalnih država u SAD, koji propisuju da nakon zasnovanog usvojenja kontakt između deteta i njegovih roditelja i ostalih srodnika nije zabranjen, a usvojitelji imaju pravo da odluče sa kim će usvojeno dete biti u kontaktu. Takođe, oni mogu dozvoliti kontakt bilo kom članu detetove porodice i bez pismenog sporazuma. Pismeni sporazum o kontaktu i komunikaciji nakon zasnovanog usvojenja (*Post Adoption Contact and Communication Agreement*), utvrđuje vrstu i učestalost kontakta i obezbeđuje njegovo izvršenje u skladu sa zakonskim odredbama. U 29 država SAD i Distriktu Kolumbija, postoji mogućnost da se ovakav sporazum zaključi.⁶⁹ Sud odobrava sporazum ukoliko je u najboljem interesu deteta, a prilikom donošenja odluke može uzeti u obzir i preporuke licencirane agencije u oblasti usvojenja, advokata za zaštitu dečijih prava, staratelja koji je postavljen detetu u postupku zasnivanja usvojenja, okružne Kancelarije za porodicu i decu, a posebno se ceni vremensko trajanje kontakata između deteta i roditelja ili drugih srodnika pre zasnivanja usvojenja, njihova emotivna povezanost i štetne posledice koje bi dete moglo da trpi ukoliko taj odnos bude prekinut.⁷⁰ Odobreni kontakt sa detetom ne sme da narušava autoritet usvojitelja.

Slično je rešenje zakona država u Australiji koji predviđaju mogućnost pravljenja aranžmana (*Adoption Plan*) za razmenu informacija između strana u postupku usvojenja, koje se mogu odnositi na zdravstveno stanje deteta, njegov razvoj i važne događaje tokom njegovog života, a strane su u mogućnosti da naprave i aranžman koji obuhvata održavanje kontakta sa detetom nakon zasnovanog usvojenja.⁷¹

Može se zaključiti da se najnovije izmene zakonodavstava u ovoj oblasti, koje izazivaju i najviše kontroverzi i neslaganja, kreću, pre svega, u pravcu izjednačavanja istopolnih i heteroseksualnih parova u svim pravima i obavezama koja su vezana za zasnivanje i planiranje porodice, uključujući i usvojenje dece. Nakon najavljenog donošenja Zakona o istopolnim zajednicama u Srbiji, postavilo se pitanje da li je predlog zakona u skladu sa Ustavom, nakon čega zakon nije potpisan 2021. godine, pod uticajem, pre svega, crkava i tradicionalnih verskih zajednica, zbog čega nije opravdano verovati da će uporednopravne

⁶⁹ Welfare Information Gateway, *Postadoption contact agreements between birth and adoptive families*, Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, Children's Bureau, 2018, http://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/cooperative.pdf.

⁷⁰ *Isto*.

⁷¹ *New South Wales Adoption Act 2000*, § 46; *Queensland Adoption Act 2009*, § 165; *Western Australia Adoption Act 1994*, § 46 (2). Više u A. Čović, D. Čović (2013), 646.

tendencije u oblasti usvojenja, u vezi sa izjednačavanjem istopolnih i heteroseksualnih parova, biti u skorije vreme (ili uopšte) realizovane u našoj državi. Sa druge strane, neka uporednopravna rešenja koja se odnose na podizanje minimalne i maksimalne starosne granice usvojitelja, razmatranje uvođenja procedura otvorenog usvojenja i unapređenje organizovanog sistema socijalne zaštite kroz finansijsku podršku i podsticaje u obliku raznih olakšica koje bi usvojitelji dobijali, mogle bi biti razmatrane u cilju unapređenja ovog instituta zaštite dece bez roditeljskog staranja, u okviru nekih budućih izmena porodičnog zakonodavstva.

VII Zaključak

Usvojenje deteta tokom istorije, nije uvek bilo u cilju zaštite njegovih interesa. Usvojenjem su se štitili interesi gena, zatim usvojitelja, da bi tek sredinom 20. veka ono postalo oblik zaštite deteta bez roditeljskog staranja, koji u prvi plan stavlja najbolje interese deteta. U rodovskom društvenom uređenju, usvojenjem se štite interesi društvene zajednice, a interesi usvojitelja i usvojenika su bili nedefinisani i zapostavljeni. U starom Rimu usvojenje postaje sredstvo zaštite interesa pojedinca (usvojioca) i njegove porodice, sa ciljem produženja porodice, porodičnog kulta i prelaska imovine *pater familiasa* bez potomstva na usvojenika. Usvojenjem su se postizali i politički ciljevi, u situacijama kada je patricije usvajao plebejca, koji je na taj način sticao bolji društveni položaj. Takođe, vladari su putem usvojenja mogli da obezbede naslednika prestola. Za vreme Justinijana se razlikovalo potpuno i nepotpuno usvojenje. Potpuno se mogao usvojiti samo descendent (vanbračno dete, unuk) i on je sticao nasledna prava prema adoptantu. Institut usvojenja u starom Rimu je preteča izgradnje modernih sistema usvojenja, počev od buržoaskih građanskih zakonika pa do savremenih zakona. Usvojenje je bilo pod velikim uticajem crkvenog prava koje nije podržavalo ovaj institut, pa se za vreme feudalizma ne sreću tragovi adopcije. U buržoaskom pravu usvojenje postaje društveno prihvatljivo, sa prvenstvenim ciljem produženja porodice lica bez bioloških potomaka. Glavne pretpostavke za zasnivanje usvojenja, bile su nepostojanje biološke dece kod usvojitelja i određene godine života usvojitelja, najčešće navršениh 50 godina, a tek u skorijoj istoriji postaje institut koji će biti u funkciji zaštite deteta bez roditeljskog staranja i njegovih najboljih interesa

Institucionalni smeštaj kao formu zaštite treba prihvatiti samo onda kada ne postoje mogućnosti bilo koje forme porodičnog smeštaja. Tokom realizacije procesa usvojenja jedan od problema jeste neregulisan pravni status potencijalnih usvojenika. Neka deca godinama nisu upisana u matičnu knjigu rođenih jer nema dokaza o porođaju, a majka nije dostupna. Često roditelj ne želi da da saglasnost za usvojenje iako ne održava kontakt sa detetom, dok sudovi teško donose odluke kojima se roditelj lišava roditeljskog prava i postupci traju

neopravdano dugo. Može se postaviti i pitanje, da li je u situaciji kada su jedan ili oba roditelja lišeni poslovne sposobnosti usled duševnog oboljenja, moralno opravdano zasnovati potpuno usvojenje, s obzirom na njihovu nesposobnost da izraze svoju volju? Sve su to neki od razloga zbog kojih su ustanove pune dece koja bi trebalo da budu usvojena, a procentualno je vrlo mali broj realizovanih usvojenja.

Što se tiče podobnosti usvojitelja, može se postaviti pitanje da li je društvo nepravedno prema potencijalnim usvojiteljima i neopravdano ih diskriminiše, postavljajući niz uslova koji se ne postavljaju pred biološke roditelje kada rađaju decu? Tako decu mogu da imaju svi, bez bilo kakvih ograničenja, čak i oboleli od teških bolesti, narkomani, teški psihički bolesnici, izvršioc i najtežih krivičnih dela, dok se od usvojitelja zahteva da budu skoro idealni.

Potrebna je saradnja ustanova i stručnih timova u cilju zbrinjavanja dece bez roditeljskog staranja, jer kompleksan postupak zasnivanja usvojenja, organ starateljstva i ustanova u kojoj je zbrinuto dete, ne mogu sami kvalitetno i efikasno da sprovedu. Takođe, primetna je neobaveštenost onih koji žele da usvoje decu o fenomenu usvojenja i strukturi dece, zbog čega bi stručna pomoć trebalo da se podigne na viši nivo, prilikom zasnivanja usvojenja, ali i nakon toga u postadoptivnom periodu kada porodica prolazi kroz različite izazove. Prema mišljenju velikog broja potencijalnih usvojitelja, procedura usvojenja je izuzetno složena i komplikovana, a prema mišljenju stručnih organa i službi, postoji izuzetna nefleksibilnost usvojitelja koji pred njih postavljaju nerealne zahteve u pogledu toga kakvo bi dete trebalo da bude.

Posebno je delikatno pitanje saopštavanje usvojeniku istine o njegovom poreklu. Zakonom nije predviđena takva obaveza, već postoji samo preporuka, što je sporno sa aspekta osnovnih prava deteta. Više pažnje bi trebalo posvetiti ovom pitanju, kroz edukaciju i savetovanje usvojitelja i pronalaženje najboljeg i najbezbolnijeg načina da usvojenik ovu činjenicu prihvati. Centar za socijalni rad i ovde treba da ima ključnu ulogu.

Motivi usvojitelja su vrlo važni, jer želja za usvojenjem deteta može da se javi i usled gubitka svog deteta, želje za očuvanjem braka, potrebe da usvojitelje neko neguje u starosti ili zbog isključivog osećanja krivice usled nemogućnosti da se ima sopstveno dete i tada se postavlja pitanje da li se usvojenjem štite interesi usvojitelja ili deteta bez roditeljskog staranja.

U poslednjim decenijama dvadesetog veka, izvršena je reforma propisa o usvojenju i danas su sva moderna zakonodavstva orijentisana ka što većoj integraciji usvojenog deteta u porodicu usvojitelja i istovremenom prekidu svih veza između deteta i njegove prirodne porodice. Ipak, postavlja se pitanje zakonske mogućnosti da se očuvaju lični kontakti deteta sa njegovim prirodnim

roditeljima i nakon zasnivanja usvojenja, posebno imajući u vidu pozitivna iskustva određenih država, pre svega na teritoriji Sjedinjenih Američkih Država i Australije, koje su se opredelile za koncept otvorenog usvojenja nasuprot zatvorenim procedurama.

Treba napomenuti da se posebno komplikovane situacije mogu javiti nakon razvoda braka usvojitelja i prestanka njihove zajednice života, kada se može postaviti i pitanje međunarodne sudske nadležnosti u postupcima vršenja roditeljskog prava sa elementom inostranosti, a nisu nepoznati ni slučajevi otmice deteta od strane jednog roditelja.⁷² Međutim, zbog kompleksnosti ovog pitanja, ono može biti tema nekog drugog naučnog rada. Kada govorimo o zaštiti samohranih roditelja i usvojitelja u Republici Srbiji, treba poći od analize postojećih pravnih okvira i preporuka.⁷³

Nasleđeni tradicionalni stavovi o roditeljstvu, braku i usvojenju, za posledicu imaju još uvek suzdržan stav prema usvojenju u našoj sredini. Usvojenje treba promovisati, zaista, kao način zbrinjavanja dece, a ne isključivo kao način planiranja porodice, najčešće onih parova koji ne mogu da imaju biološko potomstvo. Cilj je stvoriti svest kod ljudi, da je zbrinjavanje dece bez roditeljskog staranja, obaveza i odgovornost svih članova društvene zajednice, koja podrazumeva obavezu države i njenih organa da stvore uslove i društvenu klimu kako bi se ljudi motivisali da usvajaju decu.

Ana Čović*

Development of adoption throughout history and contemporary legal and social challenges in the field of protection of children without parental care

Summary

The paper will describe the development of the institution of adoption throughout history, from the period of gentile organizations to the adoption of civil codes. Also, legal solutions in the field of adoption in the legislation of the

⁷² Vid. M. Stanivuković, Bitka za decu: O Haškoj konvenciji o zaštiti dece, *Revija za evropsko pravo* XX(2018)2-3, 25-48. <http://revija.pravo.eu.org/index.php/REP/article/view/32/24>.

⁷³ Više u J. Arsić, M. Reljanović, A. Petrović, *Zaštita samohranih roditelja u Republici Srbiji - analiza pravnog okvira i preporuke*, Fondacija Ana i Vlade Divac, Beograd 2015. <http://ricl.iup.rs/592/1/2015%20-%20Zaštita%20samohranih%20roditelja%20u%20Republici%20Srbiji.pdf>.

* PhD in Law, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia.

Kingdom of Yugoslavia will be analyzed, namely solutions from the Serbian Civil Code, the General Civil Code of Austria, the Hungarian law that was valid in Vojvodina, as well as the influence of common law and Sharia religious law on the institution of adoption. After that, in the analysis of legal solutions in the period after the Second World War, a parallel will be made between the legal solutions provided for by the Law on Adoption of the Federal Republic of Yugoslavia from 1946, and the Law on Adoption of the SR of Serbia from 1976, the Law on Marriage and Family Relations from 1980 and the Family Law of the Republic of Serbia from 2005, as well as an overview of the roles and tasks of guardianship authorities in the stages of establishment and implementation of adoption. By analyzing the legal solutions that regulate adoption in Serbia, as well as the regulations and experiences of other countries, in order to encourage new solutions that can be applied in the domestic legal system, it is possible to improve the care of children without parental care and improve the position of adopted children.

Keywords: child's rights, adoption, children without parental care, adoptee, adoptive parent, comparative law.

Literatura

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB),
<https://www.jusline.at/gesetz/abgb>.

Arsić, J., Reljanović M., Petrović A., *Zaštita samohranih roditelja u Republici Srbiji - analiza pravnog okvira i preporuke*, Fondacija Ana i Vlade Divac, Beograd 2015.
<http://ricl.iup.rs/592/1/2015%20-%20Zaštita%20samohranih%20roditelja%20u%20Republici%20Srbiji.pdf>.

Begović, M., *Šerijatsko bračno pravo*, G. Kon, Beograd 1936.

Bürgerliches Gezetzbuch (BGB), http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html.

Beleške po predavanjima Dragomira Stojčevića, Rimsko pravo, Odbor za udžbenike stručnog udruženja studenata prava, Beograd 1947.

Code civil, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEX T000006070721>.

Čović, A., Čović, D., Izbor koncepta usvojenja sa aspekta zaštite prava deteta na saznanje svog porekla, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* 145(2013), 635-652.
<http://ricl.iup.rs/810/1/Izbor%20koncepta%20usvojenja.pdf>.

Čović, A., "Nasilje nad decom - javni oblici i mere zaštite", u: *Nasilje u Srbiji - uzroci, oblici, posledice i društvene reakcije* (ur. D. Kolarić), Kriminalističko-policijska

akademija-Fondacija "Hans Zajdel", Beograd 2014, 368-382, <http://ricl.iup.rs/606/1/2014%20-%20Internet%20i%20društvo%20-%20Čović.pdf>.

Čović, A., Usvojenje u nemačkom i austrijskom pravu, *Strani pravni život* (2014)3, 285-305. http://ricl.iup.rs/601/1/15%20Covic_SPZ-3%202014.pdf.

Čović, A., Usvojenje u pravu Švedske, *Evropsko zakonodavstvo* 13(2014)49-50, 394-403. <http://ricl.iup.rs/821/1/Usvojenje%20u%20pravu%20Švedske.pdf>.

Čović, A., Čović, D., "Usvojenje u pravu Rusije", u: *Uvod u pravo Rusije* (ur. N. Mrvić Petrović, N. Kršljanin, M. Zirojević), Institut za uporedno pravo-Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 329-340. <http://ricl.iup.rs/609/1/2017%20-%20Uvod%20u%20pravo%20Rusije%20-%20Čović%20Čović.pdf>.

Drakić, G., "Građansko pravo na vojvođanskom pravnom području u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca", u: *Harmonizacija građanskog prava u regionu* (ur. D. Marković Bajalović), Istočno Sarajevo 2013, 107-118, <https://www.pravni.ues.rs.ba/Download/Zbornik-Harmonizacija/HGPI4.pdf>.

First same-sex overseas adoption takes place in Sweden (5 September 2017), *The Local*, <https://www.thelocal.se/20170905/first-international-same-sex-adoption-takes-place-in-sweden/>.

Grupa autora, *Priručnik o usvojenju*, Institut za socijalnu politiku, Beograd 1990.

Euronews Srbija, Usvajanje čeka 280 dece: Neki mališani nikada ne nađu roditelje u Srbiji, jedina šansa su im usvojitelji iz inostranstva, Euronews Serbia, 12. februar 2023, <https://www.euronews.rs/srbija/drustvo/77365/usvajanje-ceka-280-dece-neki-malisani-nikada-ne-nadu-roditelje-u-srbiji-jedina-sansa-su-im-usvojitelji-iz-inostranstva/vest>.

Konvencija o pravima deteta, UN, 1989. godine, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/1990 i *Službeni list SRJ*, br. 4/96 i 2/97.

Kuruppuarachchi, Adoption; Comprehensive Comparison Between Roman Law Of Adoption And Its Characteristics In Present Adoption Law, *Chambers Tool Kit*, <https://chamberstoolkit.com/roman-law/adoption-comprehensive-comparison-between-roman-law-of-adoption-and-its-characteristics-in-present-adoption-law/>.

LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

Mišljenje o primeni člana 95 st. 2 i čl. 317 st. 3 Porodičnog zakona, br. 110-00-00681/2007-14 od 17. jula 2007.

Morgan, L., *Die Urgesellschaft (Ancient Society)*, Stuttgart 1920.

Mršević, Z., *Analiza uslova i načina ostvarivanja biomedicinski potpomognute oplodnje u Srbiji*, Labris - organizacija za lezbejska ljudska prava, Beograd 2020, <http://www.labris.org.rs/sites/default/files/Pravna%20Analiza%20BMPO.pdf>.

Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 i 6/2015. https://www.paragraf.rs/propisi/porodicni_zakon.html.

Prokop, A., *Porodično pravo – Usvojenje*, Informator, Zagreb 1970.

Stanivuković, M., Bitka za decu: O Haškoj konvenciji o zaštiti dece, *Revija za evropsko pravo* XX(2018)2-3, 25-48. <http://revija.pravo.eu.org/index.php/REP/article/view/32/24>.

Stjepanović, B., Probni smeštaj kao faza u procesu zasnivanja usvojenja, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka: naučno-stručni časopis iz oblasti pravnih nauka* 8(2018)8, 257-267. <http://ricl.iup.rs/420/>.

Zakon o braku i porodičnim odnosima SR Srbije, *Službeni glasnik SRS*, br. 22/80 i 11/88 i *Službeni glasnik RS*, br. 22/93, 25/93, 35/94, 46/95 i 29/01.

Zakon o izmeni čl. 11 Zakona o usvojenju, *Službeni list FNRJ*, br. 24/52.

Zakon o matičnim knjigama, *Službeni list SFRJ*, br. 28/65.

Zakon o izmenama i dopunama Zakona o usvojenju, *Službeni list SFRJ*, br. 10/1965.

Zakon o usvojenju, *Službeni list FNRJ*, br. 30/1947.

Zakon o usvojenju SAP Kosova, *Službeni list SAP Kosova*, br. 30 / 1976.

Zakon o usvojenju SAP Vojvodine, *Službeni list SAP Vojvodine*, br. 24 / 1976.

Zakon o usvojenju SR Srbije, *Službeni glasnik SR Srbije*, br. 17/1976.

Welfare Information Gateway, Postadoption contact agreements between birth and adoptive families, Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, Children's Bureau, 2018, http://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/cooperative.pdf.

Jovan Vujičić*

pregledni naučni rad
UDK 347.751:339.3(4-672EU)
10.56461/rep250123.04.V

**PRAVNA SREDSTVA U SLUČAJU NESAOBRAZNOSTI ROBE U
POTROŠAČKOM
PRAVU EVROPSKE UNIJE****

Apstrakt

Kako bi se povećala pravna sigurnost i uklonila jedna od glavnih prepreka pravilnom funkcionisanju unutrašnjeg tržišta Evropske unije (EU), Direktivom o prodaji robe u potpunosti se usklađuju pravila o pravnim sredstvima u slučaju nesaobraznosti. Zadržano je dvostepeno rešenje iz prethodne Direktive o potrošačkoj prodaji i kodifikovana je relevantna praksa Suda pravde EU. Jasno se pokazuje naklonost ka ispunjenju ugovora (pacta sunt servanda, in favor contractus). Potrošaču su najpre na raspolaganju opravka i zamena robe, a tek u drugoj fazi, srazmerno sniženje cene i raskid ugovora. Za razliku od prethodnog pravnog režima, redosled pravnih sredstava, koji se može posmatrati i kao glavno sredstvo za uravnoteženje interesa prodavca i potrošača u slučaju nesaobraznosti robe, sada je obavezan. To znači da će u nacionalnim pravima u kojima nije bila predviđena hijerarhija pravnih sredstava, već slobodan izbor potrošača, biti niži nivo zaštite, po ovom pitanju, nakon sprovođenja nove direktive. Ovaj problem je delimično ublažen mogućnošću država članica da propišu da potrošači mogu izabrati posebno pravno sredstvo ako nesaobraznost

* Docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, Srbija, e-mail: jvuji@jura.kg.ac.rs

Rad je primljen 20 jula 2023. godine, a prihvaćen za objavljivanje 1. avgusta 2023. godine.

** Rad je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu: "Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije", koji se finansira iz sredstava Fakulteta.

robe postane očigledna ubrzo nakon isporuke, u periodu koji ne prelazi 30 dana, npr., da mogu odmah raskinuti ugovor. Iako se ovakvim opcijama otklanjaju neki od nedostataka maksimalne harmonizacije, njihova realizacija šteti unutrašnjem tržištu EU. Olakšan je i prelazak sa primarnih na sekundarna pravna sredstva, predviđanjem više slučajeva u kojima ih potrošač može ostvariti.

Ključne reči: pravna sredstva u slučaju nesaobraznosti robe, opravka ili zamena robe, sniženje cene ili raskid ugovora o prodaji, zaštita potrošača, pravo Evropske unije.

I Uvod

Pravila ugovornog prava su među ključnim činionicima prilikom odlučivanja trgovaca da li će svoju delatnost obavljati prekogranično. Isto tako, ona utiču na spremnost potrošača da prihvate ovu vrstu trgovine.¹ Budući da se pravila razlikuju među državama članicama Evropske unije (EU), trgovci mogu biti suočeni s dodatnim troškovima. Stoga bi se mnogi mogli opredeliti za nastavak poslovanja na domaćem tržištu ili za izvoz u samo nekoliko država članica. Ta odluka o što manjem izlaganju troškovima i rizicima povezanim s prekograničnom trgovinom dovodi do propuštanja prilika za tržišno širenje i ekonomiju obima, čime su posebno pogođena mala i srednja preduzeća. I pored toga što potrošači uživaju visok stepen pravne zaštite pri kupovini iz inostranstva, kao posledicu primene Uredbe o pravu koje se primenjuje na ugovorne obaveze (Rim I),² pravna rascepanost negativno utiče na nivo

¹ Vid. Direktiva (EU) 2019/771 Evropskog parlamenta i Saveta od 20. maja 2019. o određenim aspektima ugovora o prodaji robe, izmeni Uredbe (EU) 2017/2394 i Direktive 2009/22/EZ i stavljanju van snage Direktive 1999/44/EZ (Direktiva o prodaji robe), *Službeni list EU*, br. L 136 od 22.5.2019. (*Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC, OJ L 136, 22. 5. 2019*), Preambula, tač. 4.

² Prema ovoj uredbi na potrošačke ugovore primenjuje se pravo države u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište, pod uslovom da preduzeće sprovodi svoju delatnost ili je, na bilo koji način, usmerava ka toj državi i da je ugovor obuhvaćen tom delatnošću. Bez obzira na ovo pravilo, ugovorne strane mogu izabrati merodavno pravo. Međutim, takav izbor ne može za posledicu imati lišavanje potrošača zaštite koja mu se pruža odredbama od kojih se ne može odstupiti sporazumom na osnovu prava koje bi, u odsustvu izbora, bilo merodavno. Vid. Uredba (EZ) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Saveta od 17. juna 2008. o pravu koje se primenjuje na ugovorne obaveze (Rim I), *Službeni list EU*, br. L 177 od 4.7.2008. (*Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, OJ L 177, 4. 7. 2008), čl. 6.

poverenja potrošača u prekogranične pravne poslove. Iako nekoliko faktora doprinosi tom nepoverenju, neizvesnost oko ključnih ugovornih prava zauzima istaknuto mesto među pitanjima koja brinu potrošače.³

Mada su odredbe o uslovima isporuke i, kad je reč o ugovorima na daljinu i ugovorima koji se zaključuju izvan poslovnih prostorija, o zahtevima u pogledu predugovornog obaveštavanja i pravu na odustanak od ugovora već potpuno usklađene Direktivom o pravima potrošača,⁴ mnoga značajna pitanja bila su obuhvaćena minimalnom harmonizacijom u skladu s Direktivom o određenim aspektima prodaje robe široke potrošnje i povezanim garancijama (Direktiva o potrošačkoj prodaji).⁵ To je omogućavalo državama članicama da, u oblasti obuhvaćenoj ovom direktivom, usvoje ili zadrže na snazi strože odredbe kako bi osigurale viši nivo pravne zaštite potrošača.⁶ Stoga su se nacionalna pravila kojima se prenosila Direktiva o potrošačkoj prodaji znatno razlikovala s obzirom na bitne elemente, kao što su odsutnost ili postojanje hijerarhije pravnih sredstava.⁷

³ Vid. Direktiva o prodaji robe, Preambula, tač. 8.

⁴ Direktiva 2011/83/EU Evropskog parlamenta i Saveta od 25. oktobra 2011. o pravima potrošača, izmeni Direktive Saveta 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Evropskog parlamenta i Saveta i o stavljanju van snage Direktive Saveta 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Evropskog parlamenta i Saveta (Direktiva o pravima potrošača), *Službeni list EU*, br. L 304 od 22.11.2011. (*Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council*, OJ L 304, 22. 11. 2011).

⁵ Direktiva 1999/44/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 25. maja 1999. o određenim aspektima prodaje robe široke potrošnje i povezanim garancijama (Direktiva o potrošačkoj prodaji), *Službeni list EU*, br. L 171 od 7.7.1999. (*Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees*, OJ L 171, 7. 7. 1999). U vreme njenog usvajanja, ovakav pristup je bio razumljiv. S obzirom na to da se njome po prvi put uređivala centralna oblast nacionalnih ugovornih prava, za države članice je bilo politički prihvatljivije da se to učini putem minimalne harmonizacije. Međutim, sa stanovišta jedinstvenog tržišta i poslovnih interesa, minimalna harmonizacija nije bila optimalno rešenje, jer je sloboda koja je data državama članicama dovela do fragmentacije prava prodaje. Vid. D. Staudenmayer, *The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy*, *European Review of Private Law (ERPL)* 28(2020)2, 220 i dalje.

⁶ Takođe, prava koja su proisticala iz ove direktive su se ostvarivala bez dovođenja u pitanje drugih prava na koja se potrošač mogao pozvati prema nacionalnim pravilima kojima se uređuje ugovorna ili neugovorna odgovornost. Vid. Direktiva o potrošačkoj prodaji, čl. 8.

⁷ Direktiva o prodaji robe, Preambula, tač. 6.

Direktivom o određenim aspektima ugovora o prodaji robe (Direktiva o prodaji robe) stavljena je van snage Direktiva o potrošačkoj prodaji.⁸ Za razliku od prethodne, novom direktivom postiže se ciljano potpuno usklađivanje nacionalnih prava. Dakle, samo u meri u kojoj se pojedini aspekti ugovora o prodaji robe zaključenih između prodavaca i potrošača u njoj uređuju.⁹ Svrha ove direktive je da doprinese pravilnom funkcionisanju unutrašnjeg tržišta EU uz obezbeđivanje visokog nivoa zaštite potrošača.¹⁰ U radu su analizirane odredbe o pravnim sredstvima u slučaju nesaobraznosti i načinima njihovog ostvarivanja, kao i relevantna praksa Evropskog suda pravde. Ukazano je i na pojedina rešenja prihvaćena u pravnim sistemima država članica EU. Posebno su istaknute izmene i dopune u odnosu na prethodni pravni režim. To je od naročitog značaja jer Direktiva o prodaji robe nije sprovedena u pravu Republike Srbije, a što bi trebalo da usledi s obzirom na obavezu usklađivanja domaćeg zakonodavstva sa pravnim tekovinama EU i u oblasti zaštite potrošača.¹¹

II Obaveza obaveštavanja

Države članice mogu zadržati na snazi ili usvojiti odredbe kojima se propisuje da potrošač, kako bi iskoristio svoja prava, mora obavestiti prodavca o nesaobraznosti u roku od najmanje dva meseca od dana kada je potrošač otkrio¹² takvu nesaobraznost.¹³ U velikoj većini nacionalnih prava zahteva(lo) se da

⁸ Direktiva o prodaji robe, čl. 23.

⁹ Vid. Direktiva o prodaji robe, čl. 4. u vezi sa čl. 1.

¹⁰ Direktiva o prodaji robe, čl. 1.

¹¹ Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane, *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 83/2008, čl. 72. i 78.

¹² Obaveza obaveštavanja može postojati samo u slučaju pozitivnog saznanja o nesaobraznosti, ali ne i kada je potrošač redovno trebalo da otkrije nedostatak. Strože pravilo bilo je predviđeno Komisijinim predlogom prethodne Direktive o potrošačkoj prodaji. Vid. Commission of the European Communities, Proposal for a European Parliament and Council Directive on the sale of consumer goods and associated guarantees, Brussels, 18. 6. 1996, COM(95) 520 final - 96/0161 (COD) (Predlog Direktive o potrošačkoj prodaji), čl. 4. st. 1.

¹³ Direktiva o prodaji robe, čl. 12. Isto i Direktiva o potrošačkoj prodaji, čl. 5. st. 2. i Preambula, tač. 19. Moguće je propisati obavezu obaveštavanja i bez predviđanja roka za njeno izvršenje. Vid. J. Morais Carvalho, The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Portugal, *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)* 11(2022)1, 33. S druge strane, pravna sankcija za neblagovremeno obaveštavanje o nedostatku saobraznosti ne mora biti gubitak pravnih sredstava, već odgovornost za štetu koju je prodavac pretrpeo zbog kašnjenja. Vid. E. Arroyo Amayuelas, The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain, *EuCML* 11(2022)1, 38. U svakom slučaju, kada nesaobraznost postane očigledna,

potrošač obavesti prodavca o nedostatku saobraznosti robe u određenom periodu.¹⁴ Cilj je jačanje pravne sigurnosti i podsticanje pažnje na strani potrošača, uzimajući u obzir interese prodavca, ali bez uspostavljanja stroge obaveze da se izvrši detaljan pregled robe.¹⁵ Prodavac se štiti od prekasnih zahteva potrošača, kada se nesaobraznost teško otklanja.¹⁶

Prema stavu Suda pravde EU, notifikacija se odnosi samo na postojanje nesaobraznosti.¹⁷ Od potrošača se, u ovoj fazi, ne može zahtevati da dokaže da nedostatak zaista negativno utiče na robu koju je kupio. S obzirom na njegov slabiji položaj u odnosu na prodavca u pogledu informacija o kvalitetu robe i stanju u kome je prodana, potrošač nije dužan ni da navede tačan uzrok nesaobraznosti. Nasuprot tome, da bi obaveštenje bilo korisno prodavcu, ono mora da sadrži određeni broj pojedinosti, čiji će stepen preciznosti nužno varirati u zavisnosti od konkretnih okolnosti svakog slučaja, koje se odnose na prirodu predmetne robe, odgovarajući sadržaj ugovora o prodaji i način na koji je navodni nedostatak saobraznosti postao poznat.¹⁸ Dokazivanje da je prodavac obavešten uređuje se, načelno, nacionalnim pravilima, koja ipak moraju biti u skladu sa principom delotvornosti. Iz toga sledi da država članica ne može nametnuti zahteve kojima bi se moglo onemogućiti ili preterano otežati potrošaču ostvarivanje prava koja proističu iz Direktive.¹⁹

potrošač bi o tome trebalo da obavesti prodavca kako bi mu pružio priliku da je otkloni. Ali ovo obaveštenje ne treba mešati sa obaveštenjem koje predstavlja uslov za ostvarenje prava potrošača u slučaju nesaobraznosti.

¹⁴ Vid. European Commission, Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document: Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, Brussels, 9. 12. 2015, SWD(2015) 274 final, 8.

¹⁵ Predlog Direktive o potrošačkoj prodaji, Obrazloženje, 14.

¹⁶ M. Cvetković, Reforma evropskih pravila o distancionoj prodaji robe potrošačima, *Pravo i privreda (PiP)* 54(2016)7-9, 731.

¹⁷ Presuda Suda pravde EU od 4. juna 2015. u predmetu C-497/13 *Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten BV*, ECLI:EU:C:2015:357, tač. 62. i 65.

¹⁸ *Ibid.*, tač. 63.

¹⁹ *Ibid.*, tač. 64. i 65.

III Oправка ili zamena robe

Ako isporučena roba nije saobrazna ugovoru, potrošač može birati između opravke²⁰ i zamene²¹ kao ravnopravnih načina za otklanjanje nesaobraznosti.²² Ovim je zadržano rešenje iz Direktive o potrošačkoj prodaji,²³ koje je već sprovedeno u nacionalnim pravima. Savet nije prihvatio amandman Evropskog parlamenta, inspirisan održivom potrošnjom,²⁴ kojim se prioritet posredno davao opravci.²⁵ Uvodna izjava da bi mogućnost da potrošači zahtevaju opravku trebalo da podstakne održivu potrošnju i mogla da doprinese dužoj trajnosti proizvoda je verovatno više želja nego stvarnost.²⁶ Kao deo kompromisa između "dve glave zakonodavne vlasti" u odnosu na hijerarhiju pravnih sredstava, zadržano je i značajno ograničenje osnovnog izbora potrošača²⁷ putem klauzule relativne proporcionalnosti.²⁸ Ograničenje postoji samo ako bi odabrano pravno sredstvo

²⁰ Nije određeno šta se podrazumeva pod opravkom, ali izgleda da je definicija iz Direktive o potrošačkoj prodaji (čl. 1. st. 2. tač. f)) i dalje primenljiva. Dakle, ne zahteva se izjednačavanje sa potpuno novom robom. Dovoljno je dovođenje u stanje koje bi, prema zahtevima u pogledu saobraznosti, prvobitno bilo prihvatljivo. Vid. D. Staudenmayer, *The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – A Milestone in the European Consumer and Private Law*, *ERPL* 8(2000)4, 555.

²¹ Nije ponovljena uvodna izjava iz prethodne Direktive o potrošačkoj prodaji (Preambula, tač. 16), što bi, u skladu sa principom promovisanja održivog razvoja i idejom evropske kružne privrede, moglo značiti da se ne zahteva uvek identična roba, već da se za zamenu može koristiti i obnovljena ili prerađena roba. Više o tome vid. E. Van Gool, A. Michel, *The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis*, *EuCML* 10(2021)4, 145 i 146.

²² Vid. Direktiva o prodaji robe, čl. 13. st. 1. i 2. Umesto izraza otklanjanje nesaobraznosti, mogu se koristiti izrazi usaglašavanje i usklađivanje robe. O prikladnosti ovih, kao i odgovarajućih termina usaglašenost i usklađenost vid. M. Mišković, *Ostvarivanje prava potrošača po osnovu nesaobraznosti robe*, *PiP* 54(2016)7-9, 752.

²³ Vid. Direktiva o potrošačkoj prodaji, čl. 3. st. 2. i 3.

²⁴ O prednostima opravke u odnosu na zamenu u kontekstu kružne privrede i mogućim zakonodavnim merama za njeno promovisanje vid. E. Terry, *A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law*, *ERPL* 27(2019)4, 853. i dalje.

²⁵ Konkretno, zamena bi se smatrala nesrazmernim pravnim sredstvom ako bi troškovi opravke bili niži ili jednaki. *Amendments by the Committee on the Internal Market and Consumer Protection*, A8-0043/ 001-122, 20. 3. 2019, Amandman 83, 36. i 37.

²⁶ Vid. D. Staudenmayer (2020), 243. fn. 189; Direktiva o prodaji robe, Preambula, tač. 48. druga rečenica.

²⁷ Vid. D. Staudenmayer (2000), 554. Vid. takođe Direktiva o potrošačkoj prodaji, čl. 3. st. 3. alineje 1. i 2.

²⁸ D. Staudenmayer (2020), 242.

bilo pravno²⁹ ili faktički³⁰ nemoguće³¹ ili, što je još važnije,³² ako bi njime, u odnosu na drugu opciju na raspolaganju, prodavcu nastali nesrazmerni troškovi, uzimajući u obzir sve okolnosti, uključujući: a) vrednost koju bi roba imala da nema nedostatak; b) značaj nesaobraznosti; i c) da li se alternativno pravno sredstvo može izvršiti bez znatnih neugodnosti za potrošača.³³ Test (ne)srazmernosti mora se, dakle, sprovesti objektivno, tj. ne samo sa stanovišta jedne ili druge ugovorne strane. Na primer, moglo bi biti nesrazmerno tražiti opravku ako bi, u odnosu na vrednost koju bi imala saobrazna roba, ona bila relativno skupa. Isto bi važilo i za zamenu robe zbog neznatne ogrebotine ako bi zbog nje nastali znatni troškovi, a ogrebotinu je moguće lako ukloniti.³⁴ S obzirom na to da opravka, odnosno zamena robe mora biti besplatna³⁵ i s obzirom na striktno pravilo u vezi s uklanjanjem nesaobrazne robe i ugradnjom opravljene, odnosno zamenjene robe,³⁶ nesrazmernost izabranog pravnog sredstva nikako nije samo hipotetička.³⁷

²⁹ Na primer, u slučaju robe sa digitalnim elementima ako bi se otklanjanjem nesaobraznosti povredila prava intelektualne svojine trećeg lica. Više o saobraznosti robe sa digitalnim elementima vid. J. Vujičić, "Saobraznost robe sa digitalnim elementima prema Direktivi (EU) 2019/771", u: *Zbornik radova sa XXXI Susreta pravnika u privredi Republike Srbije* (ur. T. Jevremović Petrović), Beograd 2023, 19-38.

³⁰ Na primer, zamena uglavnom nije moguća u slučaju polovne robe zbog njene specifične (jedinstvene) prirode. Vid. Direktiva o potrošačkoj prodaji, Preambula, tač. 16.

³¹ Da su obuhvaćene obe kategorije, proizlazi iz uvodne izjave 48. Direktive o prodaji robe.

³² D. Staudenmayer (2000), 554.

³³ Vid. Direktiva o prodaji robe, čl. 13. st. 2. Iste okolnosti su uzimane u obzir prilikom testa proporcionalnosti na prvom nivou hijerarhije pravnih sredstava i prema Direktivi o potrošačkoj prodaji (čl. 3. st. 3. alineja 2).

³⁴ Vid. Direktiva o prodaji robe, Preambula, tač. 48.

³⁵ Direktiva o prodaji robe, čl. 14. st. 1. tač. a). Pojašnjeno je da izraz besplatno znači bez troškova nužnih za otklanjanje nesaobraznosti robe, posebno troškova poštarine, prevoza, rada ili materijala. Vid. Direktiva o prodaji robe, čl. 2. tač. 14. Up. Direktiva o potrošačkoj prodaji, čl. 3. st. 4; Presuda Suda pravde EU od 23. maja 2019. u predmetu C-52/18 *Christian Füllä v Toolport GmbH*, ECLI:EU:C:2019:447.

³⁶ Kada opravka zahteva uklanjanje robe koja je bila ugrađena na način koji je u skladu s njenom prirodom i namenom pre nego što je nesaobraznost postala očigledna ili kada takva roba treba da se zameni, obaveza opravke ili zamene uključuje uklanjanje nesaobrazne robe i ugradnju zamenske ili opravljene robe ili snošenje troškova tog uklanjanja i ugradnje. Direktiva o prodaji robe, čl. 14. st. 3. Ovim pravilom izbegava se prebacivanje finansijskog tereta na potrošača. Iako je Sud pravde EU (tumačeći Direktivu o potrošačkoj prodaji, u kojoj nije bilo sadržano prethodno navedeno pravilo) prvobitno ovaj teret pripisao prodavcu, potom je zaključio da se naknada troškova zamene na koju potrošač ima pravo može, kada je to neophodno da bi se

Kako bi se održala ravnoteža između prava i obaveza ugovornih strana, predviđeno je (novo) pravilo prema kome prodavac može odbiti da otkloni nesaobraznost robe ako su i opravka i zamena nemoguće ili bi mu nametnule troškove koji bi bili nesrazmerni.³⁸ Isto bi trebalo da važi i ako je samo jedan od načina za otklanjanje nesaobraznosti nemoguć, a alternativnim bi pravnim sredstvom prodavcu nastali nesrazmerni troškovi.³⁹ Pravo prodavca da odbije otklanjanje nesaobraznosti, ako se posmatra zajedno sa poslednjom rečenicom uvodne izjave 49, dobija dodatni značaj.⁴⁰ Objašnjava se da bi troškovi poštarine i prevoza mogli postati nesrazmerni za prodavca ako bi se roba nalazila u mestu različitom od onoga gde je prvobitno bila isporučena.⁴¹ Na ovaj način, pokušava se rešiti dilema za prodavca koja je nastala kroz odnos Direktive o prodaji robe i

zaštitili legitimni finansijski interesi prodavca, ograničiti na iznos srazmeran vrednosti koju bi roba imala bez nedostatka i značaju nesaobraznosti, imajući u vidu cilj da se osigura visok stepen zaštite potrošača. Mogućnost takvog ograničenja stoga ne može dovesti do toga da pravo potrošača na naknadu tih troškova bude efektivno lišeno suštine. Konačno, u slučaju da se naknada tih troškova ograniči, potrošač bi trebalo da bude u mogućnosti da umesto zamene zahteva odgovarajuće sniženje cene ili raskid ugovora, jer činjenica da se otklanjanje nesaobraznosti ne može obezbediti, a da potrošač ne snosi deo troškova, za njega predstavlja znatnu neugodnost. Ova presuda je kritikovana jer podrazumeva značajan stepen nesigurnosti kako će pravila koja su u njoj utvrđena biti primenjena u praksi, čime se može ugroziti harmonizacija evropskog prava potrošačke prodaje. Vid. Presuda Suda pravde EU od 16. juna 2011. u spojenim predmetima C-65/09 *Gebr. Weber GmbH v Jürgen Wittmer* i C-87/09 *Ingrid Putz v Medianess Electronics GmbH*, ECLI:EU:C:2011:396, tač. 73-78; J. Luzak, A Storm in a Teacup? On Consumers' Remedies for Nonconforming Goods after *Weber and Putz*, *ERPL* 23(2015)4, 693 i 694.

³⁷ Vid. F. Zoll, The Remedies in the Proposals of the Online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content, *EuCML* 5(2016)6, 253; J. Vanherpe, White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content, *ERPL* 28(2020)2, 267.

³⁸ Uzimajući u obzir sve okolnosti, uključujući vrednost koju bi roba imala bez nedostatka i značaj nesaobraznosti. Vid. Direktiva o prodaji robe, čl. 13. st. 3.

³⁹ Direktiva o prodaji robe, Preambula, tač. 49. Ovim se menja pravilo koje proističe iz prakse Suda pravde EU, prema kome je nesrazmera na koju se upućuje (u odgovarajućoj odredbi prethodne Direktive o potrošačkoj prodaji) relativna, a ne apsolutna, tj. utvrđuje se samo u odnosu na drugo pravno sredstvo prvog nivoa hijerarhije. Vid. Presuda Suda pravde EU u *n. spojenim predmetima Gebr. Weber and Putz*, tač. 66-72. i 78; J. Luzak, *n. delo*, 693; J. Morais Carvalho, Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771, *EuCML* 8(2019)5, 200. i 201.

⁴⁰ Vid. D. Staudenmayer (2020), 243. i 244.

⁴¹ Direktiva o prodaji robe, Preambula, tač. 49. poslednja rečenica.

Uredbe o geografskom blokiranju.⁴² U vreme usvajanja Direktive o potrošačkoj prodaji, prodavac je mogao da odbije zaključenje ugovora sa potrošačem nastanjenim u drugoj državi članici ako su se, u svetlu udaljenosti od mesta stanovanja potrošača, potencijalna pravna sredstva mogla obezbediti samo uz nesrazmerne troškove. Prema Uredbi o geografskom blokiranju, to više nije moguće.⁴³ Nasuprot tome, pojašnjava se da primena ove uredbe ne bi trebalo da dovede u pitanje Direktivu o (potrošačkoj) prodaji.⁴⁴ Prodavac, iako ne može odbiti da proda robu, možda neće morati da je isporuči u državi članici potrošača, već u državi članici za koju inače nudi mogućnost takve isporuke ili će se roba preuzeti u mestu ugovorenom između prodavca i potrošača u državi članici u kojoj prodavac nudi takvu opciju.⁴⁵ Međutim, prodavac, u principu, mora da obezbedi besplatnu opravku ili zamenu u državi članici potrošača. Ovo ne bi trebalo da bude nepremostiv problem za velike privredne subjekte sa distributivnom mrežom širom Evrope. Međutim, po pravilu, to ne važi za mala i srednja preduzeća.

Da bi se potrošači zaštitili od odugovlačenja, opravka ili zamena robe mora se izvršiti u razumnom roku od trenutka kada je potrošač obavestio prodavca o nesaobraznosti.⁴⁶ Razumnim rokom trebalo bi smatrati najkraće moguće vreme neophodno za opravku ili zamenu.⁴⁷ Taj period bi trebalo objektivno odrediti uzimajući u obzir prirodu i složenost robe, prirodu i težinu nesaobraznosti, kao i napor potreban za njeno otklanjanje. Uzimanjem u obzir okolnosti konkretnog slučaja obezbeđuje se potrebna fleksibilnost pri utvrđivanju perioda za otklanjanje nesaobraznosti. Međutim, pri sprovođenju Direktive o prodaji robe moguće je i protumačiti ovaj pravni standard, predviđanjem fiksnih rokova koji

⁴² Uredba (EU) 2018/302 Evropskog parlamenta i Saveta od 28. februara 2018. o rešavanju pitanja neopravdanog geografskog blokiranja i drugih oblika diskriminacije na unutrašnjem tržištu na osnovu državljanstva, mesta boravišta ili mesta poslovnog nastanjenja klijenata i o izmeni uredbi (EZ) br. 2006/2004 i (EU) 2017/2394 i Direktive 2009/22/EZ (Uredba o geografskom blokiranju), *Službeni list EU*, br. L 60I od 2. 3. 2018. (*Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulations (EC) No 2006/2004 and (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, OJ L 60I, 2. 3. 2018*).

⁴³ Vid. D. Staudenmayer (2020), 243.

⁴⁴ Uredba o geografskom blokiranju, Preambula, tač. 28.

⁴⁵ Uredba o geografskom blokiranju, Preambula, tač. 28. i čl. 4. st. 1. tač. a).

⁴⁶ Direktiva o prodaji robe, čl. 14. st. 1. tač. b).

⁴⁷ Vid. Direktiva o prodaji robe, Preambula, tač. 55.

bi se uopšteno mogli smatrati razumnima za opravku ili zamenu, posebno u pogledu određenih vrsta robe.⁴⁸

Kada nesaobraznost treba otkloniti opravkom ili zamenom, potrošač je dužan da robu stavi na raspolaganje prodavcu. Prodavac zamenjenu robu preuzima na svoj trošak.⁴⁹ Odredba je kritikovana zbog toga što je previše uska, jer ne predviđa slično pravilo u slučaju opravke.⁵⁰

Države članice EU su slobodne da uređuju uslove pod kojima obaveze dužnika može ispuniti drugo lice, pa tako i uslove u skladu s kojima obavezu prodavca da opravi robu mogu ispuniti potrošač ili treće lice o trošku prodavca.⁵¹ Ovim rešenjem se doprinosi otklanjanju nesaobraznosti opravkom u većoj meri i, samim tim, održivoj potrošnji, kao i razvoju odgovarajuće nezavisne uslužne delatnosti.⁵²

Ako prodavac otkloni nesaobraznost zamenom, potrošač nije dužan da plati za uobičajenu upotrebu robe u periodu pre nego što je zamenjena.⁵³ Trebalo bi se smatrati da je upotreba uobičajena ako je u skladu s prirodom i namenom robe.⁵⁴

⁴⁸ U Portugalu, npr., rok od 30 dana se kombinuje sa generalnom klauzulom. Prvi period praktično predstavlja minimalno vreme koje se može produžiti ako postoje okolnosti kojima se to opravdava. Slično rešenje prihvaćeno je u Sloveniji, s tim što je precizirano da se navedeni rok može produžiti za najkraće vreme potrebno za ispunjenje tražene opravke ili zamene, ali ne duže od 15 dana. Vid. J. Morais Carvalho (2022), 33; A. I. Dudás, I. M. Jokanović, The Hierarchy of Consumer Rights in the Event of a Lack of Conformity of the Goods in Slovenian, Croatian, and Serbian Law, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 57(2023)1, 214 i 215.

⁴⁹ Direktiva o prodaji robe, čl. 14. st. 2. Direktiva o prodaji robe ne sadrži odredbe o mestu u kojem se obaveze dužnika moraju ispuniti. Stoga se ne propisuje ni gde bi trebalo izvršiti opravku ili zamenu, već se takva pitanja prepuštaju nacionalnom pravu, koje se mora tumačiti u skladu sa zahtevima iz čl. 14. st. 1. Direktive. Vid. Direktiva o prodaji robe, Preambula, tač. 56. Up. Presuda Suda pravde EU u *n. predmetu Filla*.

⁵⁰ Vid. G. Izquierdo Grau, Where Should the Consumer Make Goods Available to the Seller to Bring them into Conformity? An Appraisal of Directive (EU) 2019/771, *EuCML* 9(2020)1, 34.

⁵¹ Vid. Direktiva o prodaji robe, Preambula, tač. 54. Tako je, npr., u Belgiji to dozvoljeno u hitnim slučajevima ili drugim izuzetnim okolnostima i uz pisano obaveštenje. Ako ovi uslovi nisu ispunjeni, potrošač ne može zahtevati naknadu troškova opravke, niti bilo koje dodatne štete. Vid. B. Keirsbilck, E. Terryn, The Implementation of EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Belgium, *EuCML* 11(2022)4, 166.

⁵² Vid. E. Terryn, *n. delo*, 864. i dalje.

⁵³ Direktiva o prodaji robe, čl. 14. st. 4. Vid. takođe Presuda Suda pravde EU od 17. aprila 2008. u predmetu C-404/06 *Quelle AG v Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, ECLI:EU:C:2008:231.

Države članice mogu uređivati utiče li doprinos potrošača nesaobraznosti na njegovo pravo na pravna sredstva i u kojoj meri.⁵⁵ Jedan od razloga zbog kojeg bi trebalo predvideti podeljenu odgovornost je moralni hazard, rizik da duži period u kome se pretpostavlja da je nesaobraznost postojala u trenutku isporuke⁵⁶ podstakne potrošače da koriste robu manje pažljivo.⁵⁷ S obzirom na to da obaveza obavještanja nije imperativ, takva odgovornost je potrebna i u slučaju da potrošač ne informiše prodavca o nesaobraznosti robe, već nastavi da je koristi i time pogorša njeno stanje i poveća troškove opravke, odnosno sniženja cene. Ali, s druge strane, teret dokazivanja da je potrošač na taj način doprineo nesaobraznosti bio bi na prodavcu.⁵⁸

IV Sniženje cene ili raskid ugovora o prodaji

Ako nesaobraznost nije odgovarajuće otklonjena opravkom ili zamenom, potrošač ima pravo ili na srazmerno sniženje cene ili na raskid ugovora. To je posebno slučaj ako prodavac nije završio opravku ili zamenu⁵⁹ ili ih nije završio uz snošenje odgovarajućih troškova,⁶⁰ ili je odbio da otkloni nesaobraznost robe

⁵⁴ Vid. Direktiva o prodaji robe, Preambula, tač. 57.

⁵⁵ Vid. Direktiva o prodaji robe, čl. 13. st. 7. Prema Direktivi o potrošačkoj prodaji (čl. 2. st. 3), smatralo se da nedostatak saobraznosti ne postoji ako je, u vreme zaključenja ugovora, potrošač znao ili nije mogao razumno da ne zna za nesaobraznost ili ako nesaobraznost potiče od materijala koje je isporučio potrošač.

⁵⁶ Ovaj rok je produžen sa šest meseci na godinu dana. Umesto jednogodišnjeg roka, države članice mogu zadržati ili uvesti rok od dve godine od trenutka isporuke robe. U slučaju robe sa digitalnim elementima, ako je ugovorom o prodaji predviđena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge tokom određenog perioda, teret dokazivanja da je digitalni sadržaj ili digitalna usluga bila saobrazna u roku od dve godine od kada je roba sa digitalnim elementima isporučena, odnosno u dužem vremenu u kome se digitalni sadržaj ili digitalna usluga isporučuju po ugovoru o prodaji je na prodavcu za onu nesaobraznost koja postane očigledna tokom relevantnog perioda. Vid. Direktiva o prodaji robe, čl. 11. Up. Direktiva o potrošačkoj prodaji, čl. 5. st. 3.

⁵⁷ E. Van Gool, A. Michel, *n. delo*, 142.

⁵⁸ Vid. F. Graf von Westphalen, Some Thoughts on the Proposed Directive on Certain Aspects Concerning Contracts for the Sales of Goods, *EuCML* 7(2018)2, 72.

⁵⁹ U normativnom delu Direktive o prodaji robe nije pojašnjeno koliko dugo potrošač mora da čeka. Na osnovu navedene odredbe čl. 14. st. 1. tač. b) i objašnjenja sadržanog u uvodnoj izjavi 50, zaključuje se da je u pitanju razumni rok od trenutka kada je potrošač obavestio prodavca o nesaobraznosti. U svakom slučaju, protekom naknadnog roka za ispunjenje, raskid ugovora ne nastupa *ex lege*.

⁶⁰ Vid. Direktiva o prodaji robe, čl. 14. st. 2. i 3.

jer su opravka i zamena nemoguće ili bi mu njima nastali nesrazmerni troškovi;⁶¹ ili je izjavio, ili je iz okolnosti očigledno, da neće otkloniti nesaobraznost u razumnom roku ili bez znatnih neugodnosti za potrošača.⁶² U određenim situacijama moglo bi biti opravdano da potrošač odmah ima pravo na odgovarajuće sniženje cene ili na raskid ugovora. Ako je prodavac preduzeo mere za otklanjanje nesaobraznosti, ali je nedostatak, iako ne nužno isti,⁶³ postao očigledan naknadno,⁶⁴ potrebno je objektivno utvrditi da li bi potrošač trebalo da prihvati dalje pokušaje prodavca da ga otkloni, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, kao što su vrsta i vrednost robe, te priroda i značaj nesaobraznosti. Naročito bi za skupu ili složenu robu moglo biti opravdano da se prodavcu dopusti još jedan pokušaj otklanjanja nesaobraznosti. Takođe bi trebalo uzeti u obzir i to može li se od potrošača očekivati da očuva poverenje u sposobnost prodavca da otkloni nesaobraznost, npr., zbog činjenice da se isti nedostatak pojavio dvaput.⁶⁵ Slično tome, ako je nesaobraznost tako ozbiljna da se od potrošača ne može očekivati da veruje da će opravka ili zamena od strane prodavca rešiti problem, kao u slučaju kada nedostatak znatno utiče na mogućnost uobičajene upotrebe robe, može biti opravdano neposredno sniženje cene ili raskid ugovora.⁶⁶

Direktiva o prodaji robe sadrži odredbu o srazmernom sniženju cene koja je sadržana u gotovo svim nacionalnim pravima. Njome se upućuje na odnos

⁶¹ Vid. Direktiva o prodaji robe, čl. 13. st. 4. tač. a).

⁶² Direktiva o prodaji robe, čl. 13. st. 4. tač. d). U poređenju sa tekstem Direktive o potrošačkoj prodaji, ovo je novi uslov (isto važi i za tač. b) i c) – vid. u nastavku). Preuzet je iz Predloga Komisije. Vid. Prvobitni predlog (European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, Brussels, 9. 12. 2015, COM(2015) 635 final – 2015/0288(COD)), čl. 9. st. 3. tač. d) i Izmenjeni predlog (European Commission, Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, amending Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council and Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council, Brussels, 31. 10. 2017, COM(2017) 637 final – 2015/0288(COD)), čl. 9. st. 3. tač. d).

⁶³ D. Staudenmayer (2020), 246. Vid. takođe J. Morais Carvalho (2022), 33. Up. E. Van Gool, A. Michel, *n. delo*, 144.

⁶⁴ Direktiva o prodaji robe, čl. 13. st. 4. tač. b).

⁶⁵ Vid. Direktiva o prodaji robe, Preambula, tač. 52.

⁶⁶ Vid. Direktiva o prodaji robe, čl. 13. st. 4. tač. c) i Preambula, tač. 52.

između vrednosti robe koju je potrošač primio i vrednosti koju bi roba imala da je saobrazna.⁶⁷

Potrošač ostvaruje pravo na raskid ugovora izjavom prodavcu u kojoj se izražava odluka o raskidu.⁶⁸ S obzirom na to da snosi teret dokazivanja, u interesu je potrošača da izabere oblik koji mu omogućava da takav dokaz o raskidu ugovora, po potrebi, pruži kasnije. Nije ponovljen zahtev iz Direktive o pravima potrošača (koji se odnosi na odustanak od ugovora) da izjava mora biti nedvosmislena.⁶⁹ Takav zahtev može biti nepovoljan za potrošača, jer se u slučaju sumnje izjava može smatrati nevažećom.⁷⁰ Tumačenje izjave može se prepustiti nacionalnim pravilima.

Kako bi pravo na raskid bilo delotvorno, kada se nesaobraznost odnosi samo na deo isporučene robe i postoji osnov za raskid ugovora, potrošač može raskinuti ugovor samo u odnosu na tu robu, ali i u odnosu na svu drugu robu koju je stekao zajedno s nesaobraznom robom ako se od njega ne može razumno očekivati da će pristati da zadrži samo saobraznu robu.⁷¹ Ako potrošač raskine ugovor u celini ili samo u odnosu na deo isporučene robe: a) potrošač vraća robu prodavcu na trošak prodavca; i b) prodavac nadoknađuje potrošaču cenu plaćenu za robu po prijemu robe ili dokaza koji je dostavio potrošač da je poslao natrag robu.⁷² Države članice mogu odrediti načine povrata robe i vraćanja plaćenog.⁷³ Na primer, načine koji se odnose na sredstva koja će se koristiti za takvo vraćanje ili moguće troškove i naknade. Države članice, takođe, imaju slobodu da predvide određena vremenska ograničenja.⁷⁴ Direktivom o prodaji robe ne utiče se ni na slobodu država članica da uređuju ostale posledice raskida

⁶⁷ Direktiva o prodaji robe, čl. 15.

⁶⁸ Direktiva o prodaji robe, čl. 16. st. 1.

⁶⁹ Vid. Direktiva o pravima potrošača, čl. 11. st. 1. tač. b).

⁷⁰ D. Staudenmayer (2020), 249.

⁷¹ Direktiva o prodaji robe, čl. 16. st. 2. U Direktivi o potrošačkoj prodaji ovo pitanje nije bilo izričito uređeno.

⁷² Direktiva o prodaji robe, čl. 16. st. 3. alineja 1. U Izmenjenom predlogu Komisije bilo je predviđeno da će prodavac potrošaču nadoknaditi plaćenu cenu *bez neopravdanog odlaganja*, a u svakom slučaju najkasnije u roku od 14 dana od prijema obaveštenja, i da će snositi troškove nadoknade (čl. 13. st. 3. tač. a)). S druge strane, potrošač će, o trošku prodavca, vratiti prodavcu robu bez neopravdanog odlaganja, a u svakom slučaju najkasnije u roku od 14 dana od slanja obaveštenja o raskidu (čl. 13. st. 3. tač. b)).

⁷³ Direktiva o prodaji robe, čl. 16. st. 3. alineja 2.

⁷⁴ Vid. Direktiva o prodaji robe, Preambula, tač. 60.

ugovora,⁷⁵ kao što su posledice smanjenja vrednosti robe ili njenog uništenja ili gubitka.⁷⁶

Kao i prema Direktivi o potrošačkoj prodaji,⁷⁷ potrošač nema pravo da raskine ugovor ako je nesaobraznost samo neznatna. Teret dokazivanja je na prodavcu.⁷⁸ U slučaju *de minimis*, sniženje cene bi se zaista moglo smatrati jeftinijim i razumnijim pravnim sredstvom.⁷⁹

V Ostala pravna sredstva potrošača

Osim navedena četiri pravna sredstva, potrošač može zahtevati i naknadu štete.⁸⁰ Takvom naknadom potrošač bi se što je više moguće trebalo dovesti u položaj u kojem bi bio da je roba bila saobrazna. Budući da to pravo već postoji u svim državama članicama, Direktivom o prodaji robe ne dovode se u pitanje nacionalna pravila.⁸¹ Države članice trebalo bi takođe i dalje da mogu slobodno da uređuju pravo potrošača na naknadu štete u situacijama u kojima je opravka ili zamena prouzrokovala znatne neugodnosti ili je kasnila.⁸²

⁷⁵ Vid. Direktiva o prodaji robe, čl. 3. st. 6.

⁷⁶ U Izmenjenom predlogu Komisije bilo je predviđeno da, ako se roba ne može vratiti zbog uništenja ili gubitka, potrošač će platiti prodavcu novčanu vrednost koju bi nesaobrazna roba imala na dan kada je trebalo da se vrati, da ju je potrošač do tog dana čuvao bez uništenja ili gubitka, osim ako je uništenje ili gubitak posledica nesaobraznosti (čl. 13. st. 3. tač. c)). Takođe, bilo je predviđeno i da će potrošač koji je raskinuo ugovor platiti za smanjenje vrednosti robe samo u meri u kojoj smanjenje vrednosti premašuje amortizaciju redovnom upotrebom, a u svakom slučaju ne više od cene plaćene za robu (čl. 13. st. 3. tač. d)).

⁷⁷ Vid. Direktiva o potrošačkoj prodaji, čl. 3. st. 6.

⁷⁸ Direktiva o prodaji robe, čl. 13. st. 5. Sud pravde EU je odlučio da nacionalni sud može po službenoj dužnosti odrediti odgovarajuće sniženje cene kada potrošač, koji ima pravo na takvo umanjenje, zahteva jedino raskid ugovora, a to se ne može usvojiti jer je nesaobraznost robe neznatna, iako taj potrošač nema pravo ni da preinači svoju tužbu, niti da podnese novu u tom cilju. Vid. Presuda Suda pravde EU od 3. oktobra 2013. u predmetu C-32/12 *Soledad Duarte Hueros v Autociba SA and Automóviles Citroën España SA*, ECLI:EU:C:2013:637, tač. 43.

⁷⁹ Vid. F. Zoll, *n. delo*, 254.

⁸⁰ Barem u slučaju gubitaka koji nastaju direktno zbog smanjene vrednosti robe, naknada štete često nije potrebna zbog dostupnosti opravke i zamene, uključujući širok obim ovih pravnih sredstava, kojim je obuhvaćeno uklanjanje i ugradnja robe, i konačno sniženja cene, koje ima i kompenzatornu funkciju. *Ibid.*, 251.

⁸¹ Vid. Direktiva o prodaji robe, čl. 3. st. 6. i Preambula, tač. 18.

⁸² Direktiva o prodaji robe, Preambula, tač. 61.

Potrošač ima pravo i da uskrati plaćanje bilo kojeg preostalog dela cene, u celini ili delimično, sve dok prodavac ne ispuni obaveze koje ima prema Direktivi o prodaji robe.⁸³ Države članice mogu odrediti uslove u skladu s kojima i načine na koje potrošač može ostvariti ovo pravo.⁸⁴

Konačno, Direktivom o prodaji robe se ne utiče na slobodu država članica da potrošačima dopuste izbor određenog pravnog sredstva ako nesaobraznost postane očigledna u određenom roku nakon isporuke koji nije duži od 30 dana.⁸⁵ Osim toga, ovom direktivom ne utiče se na nacionalna pravila koja se ne odnose posebno na potrošačke ugovore i kojima se predviđaju specifična pravna sredstva za određene vrste nedostataka koji nisu bili očigledni u vreme zaključenja ugovora o prodaji.⁸⁶

VI Zaključak

Kako bi se povećala pravna sigurnost i uklonila jedna od glavnih prepreka pravilnom funkcionisanju unutrašnjeg tržišta EU, Direktivom o prodaji robe u potpunosti se usklađuju pravila o pravnim sredstvima u slučaju nesaobraznosti. Zadržano je dvostepeno rešenje iz prethodne Direktive o potrošačkoj prodaji i kodifikovana je relevantna praksa Suda pravde EU. Jasno se pokazuje naklonost ka ispunjenju ugovora (*pacta sunt servanda, in favor contractus*). Potrošaču su najpre na raspolaganju opravka i zamena robe, a tek u drugoj fazi, srazmerno sniženje cene i raskid ugovora. Za razliku od prethodnog pravnog režima, redosled pravnih sredstava, koji se može posmatrati i kao glavno sredstvo za uravnoteženje interesa prodavca i potrošača u slučaju nesaobraznosti robe, sada je obavezan. To znači da će u nacionalnim pravima u kojima nije bila predviđena

⁸³ Exceptio non adimpleti contractus poznat je u većini država članica EU. Vid. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) (eds. Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke et al.), Munich 2009, čl. III – 3:401.

⁸⁴ Direktiva o prodaji robe, čl. 13. st. 6.

⁸⁵ Direktiva o prodaji robe, čl. 3. st. 7, prva rečenica. Reč je o nacionalnim odredbama kojima se predviđa pravo potrošača da odbije robu s nedostatkom i da ugovor smatra raskinutim ili da zahteva hitnu zamenu, u određenom kratkom roku nakon isporuke. Vid. Direktiva o prodaji robe, Preambula, tač. 19. Ovaj trenutni (neposredni) raskid ugovora je u Irskoj (i Ujedinjenom Kraljevstvu) poznat kao pravo na odbijanje (*right to reject*). Vid. E. Van Gool, A. Michel, *n. delo*, 143. Vid. takođe J. Morais Carvalho (2022), 33.

⁸⁶ Direktiva o prodaji robe, čl. 3. st. 7, druga rečenica i Preambula, tač. 18. Na primer, u Francuskoj su pravna sredstva za skrivene nedostatke na raspolaganju potrošaču uporedo sa "zakonskom garancijom saobraznosti", dok, u Belgiji "oživljavaju" tek po isteku perioda u kome prodavac odgovara za nesaobraznost. Vid. E. Van Gool, A. Michel, *n. delo*, 143; B. Keirsbilck, E. Terryn, *n. delo*, 165. Vid. takođe E. Arroyo Amayuelas, *n. delo*, 36.

hijerarhija pravnih sredstava, već slobodan izbor potrošača, biti niži nivo zaštite, po ovom pitanju, nakon sprovođenja nove direktive.⁸⁷ Ovaj problem je delimično ublažen mogućnošću država članica da propišu da potrošači mogu izabrati posebno pravno sredstvo ako nesaobraznost robe postane očigledna ubrzo nakon isporuke, u periodu koji ne prelazi 30 dana, npr., da mogu odmah raskinuti ugovor. Iako se ovakvim opcijama otklanjaju neki od nedostataka maksimalne harmonizacije, njihova realizacija šteti unutrašnjem tržištu EU.⁸⁸ Olakšan je i prelazak sa primarnih na sekundarna pravna sredstva, predviđanjem više slučajeva u kojima ih potrošač može ostvariti.

Jovan Vujičić*

Remedies for lack of conformity of the goods in the consumer law of the European Union

Summary

In order to increase legal certainty and remove one of the main obstacles to the proper functioning of the internal market of the European Union (EU), the Sale of Goods Directive fully harmonizes the rules on remedies for lack of conformity. The two-level solution from the previous Consumer Sales Directive was retained and the relevant practice of the European Court of Justice was codified. A clear inclination towards the fulfillment of the contract is shown (*pacta sunt servanda, in favor contractus*). Repair and replacement of the goods are available to the consumer first, and only in the second phase, a proportional price reduction and termination of the contract. Unlike the previous legal regime, the sequence of remedies, which can be seen as the main means of balancing the interests of the seller and the consumer in case of non-conformity of goods, is now mandatory. This means that national laws which did not foresee a hierarchy of remedies, but

⁸⁷ Vid. J. Morais Carvalho (2019), 200. i 201; S. Nikšić, Odgovornost za nedostatke kod ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 70(2022) Poseban broj u čast profesora Mihaila Konstantinovića, 570. Up. F. Graf von Westphalen, *n. delo*, 72.

⁸⁸ S druge strane, stavljanje na raspolaganje potrošačima pravnog sredstva sa većim pretećim dejstvom moglo bi odvratiti prodavce od neispunjenja ugovornih obaveza. J. Vanherpe, *n. delo*, 266.

* PhD, Assistant Professor at the University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia.

a free choice of consumers, will have a lower level of protection, in this matter, after the implementation of the new directive. This problem is partially mitigated by the possibility of Member States to allow consumers to choose a specific remedy if the lack of conformity of the goods becomes apparent shortly after delivery, within a period not exceeding 30 days, e.g., to terminate the contract immediately. The transition from primary to secondary legal remedies is also facilitated by foreseeing more cases in which the consumer can exercise them.

Keywords: remedies for lack of conformity of the goods, repair or replacement of the goods, price reduction or termination of the sales contract, consumer protection, law of the European Union.

Literatura

Arroyo Amayuelas, E., The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain, *Journal of European Consumer and Market Law* 11(2022)1, 35-40.

Cvetković, M., Reforma evropskih pravila o distancionoj prodaji robe potrošačima, *Pravo i privreda* 54(2016)7-9, 727-739.

Dudás, A. I., Jokanović, I. M., The Hierarchy of Consumer Rights in the Event of a Lack of Conformity of the Goods in Slovenian, Croatian, and Serbian Law, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 57(2023)1, 209-234.

Graf von Westphalen, F., Some Thoughts on the Proposed Directive on Certain Aspects Concerning Contracts for the Sales of Goods, *Journal of European Consumer and Market Law* 7(2018)2, 66-74.

Izquierdo Grau, G., Where Should the Consumer Make Goods Available to the Seller to Bring them into Conformity? An Appraisal of Directive (EU) 2019/771, *Journal of European Consumer and Market Law* 9(2020)1, 31-34.

Keirsbilck, B., Terry, E., The Implementation of EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Belgium, *Journal of European Consumer and Market Law* 11(2022)4, 162-168.

Luzak, J., A Storm in a Teacup? On Consumers' Remedies for Nonconforming Goods after *Weber and Putz*, *European Review of Private Law* 23(2015)4, 689-704.

Mišković, M., Ostvarivanje prava potrošača po osnovu nesaobraznosti robe, *Pravo i privreda* 54(2016)7-9, 751-772.

Morais Carvalho, J., Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services - Overview of Directives 2019/770 and 2019/771, *Journal of European Consumer and Market Law* 8(2019)5, 194-201.

Morais Carvalho, J., The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Portugal, *Journal of European Consumer and Market Law* 11(2022)1, 31-35.

Nikšić, S., Odgovornost za nedostatke kod ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 70(2022) Poseban broj u čast profesora Mihaila Konstantinovića, 545-573.

Staudenmayer, D., The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees - A Milestone in the European Consumer and Private Law, *European Review of Private Law* 8(2000)4, 547-564.

Staudenmayer, D., The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy, *European Review of Private Law* 28(2020)2, 219-250.

Terryn, E., A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law, *European Review of Private Law* 27(2019)4, 851-873.

Van Gool, E., Michel, A., The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis, *Journal of European Consumer and Market Law* 10(2021)4, 136-148.

Vanherpe, J., White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content, *European Review of Private Law* 28(2020)2, 251-274.

Vujičić, J., "Saobraznost robe sa digitalnim elementima prema Direktivi (EU) 2019/771", u: *Zbornik radova sa XXXI Susreta pravnika u privredi Republike Srbije* (ur. T. Jevremović Petrović), Beograd 2023, 19-38.

Zoll, F., The Remedies in the Proposals of the Online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content, *Journal of European Consumer and Market Law* 5(2016)6, 250-254.

Ivana Radomirović*
Jelena Vukadinović Marković**

pregledni naučni rad
UDK 347.44:341.62
10.56461/rep250123.05.R

FORMA ARBITRAŽNOG SPORAZUMA ***

Apstrakt

Predmet rada je analiza pismene forme arbitražnog sporazuma u savremenom uporednom i međunarodnom pravu. Opravdana očekivanja privrednih subjekata u pravnom prometu, kao i pojava savremenih sredstava komunikacije dovele su do različitih inicijativa na polju uređivanja forme sporazuma o arbitraži, od čega se u pogledu korektivnih tehnika uočava prezumpcija ispunjenja pismene forme u slučajevima kada se, po tradicionalnom određenju pismene forme, ne bi uzelo da ona postoji. Jedan od načina izbegavanja pravila o strogoj pismenoj formi jeste pretpostavka postojanja sporazuma o arbitraži u slučaju prekluzije prava na isticanje prigovora nenadležnosti arbitražnog suda. Od naročitog značaja je i tehnika zaključenja sporazuma o arbitraži upućivanjem, pozivanjem na drugi pravni akt ili opšte uslove koji u sebi sadrže i arbitražnu klauzulu, pa se u teoriji postavilo i pitanje da li upućivanje treba da bude izričito, ili da se iz njegove sadržine može naslutiti da je cilj upućivanja da se zaključi arbitražni sporazum. Rad se bavi analizom ovih pitanja i preispitivanjem funkcije forme arbitražnog

* Istraživač pripravnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd, Srbija, e-mail: i.radomirovic@iup.rs

** Doktor pravnih nauka, naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd, Srbija, e-mail: j.vukadinovic@iup.rs

Rad je primljen 2. jula 2023, godine, a prihvaćen za objavljivanje 2. avgusta 2023. godine.

*** Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

sporazuma u poređenju sa tradicionalnim funkcijama forme kod ugovora građanskog prava, imajući u vidu njegove specifičnosti, pri čemu se kao primarna funkcija forme navodi funkcija obezbeđivanja pouzdanog dokaza o postojanju i sadržini sporazuma o arbitraži.

Ključne reči: forma, arbitražni sporazum, Njujorška konvencija, UNCITRAL, pismena forma, punovažnost arbitražnog sporazuma.

I Uvod

Značaj koji ima sporazum o arbitraži najbolje se oslikava rečima da je arbitražni postupak dobar onoliko koliko je dobar sporazum o arbitraži.¹ Punovažnost i sprovođenje arbitražnog sporazuma ima niz značajnih posledica, od čega se ističe vršenje prava i obaveze strana da pokrenu arbitražni postupak, zasnivanje nadležnosti arbitraže da reši spor, ustanovljavanje obaveze nacionalnih sudova da strane upute na arbitražu, kao i pravo strana da zahtevaju izvršenje arbitražne odluke donete na osnovu arbitražnog sporazuma.²

Pored opštih uslova punovažnosti koji važe za sve pravne poslove, sporazum o arbitraži mora ispuniti dodatne uslove, poput arbitrabilnosti spora koji je predmet sporazuma i podobnosti strana da zaključe ovaj sporazum.³ Takođe, sporazum o arbitraži mora biti zaključen u pismenoj formi, što je još jedan od uslova njegove punovažnosti. Ovaj uslov je tradicionalno postavljen, kako u većini nacionalnih zakonodavstava, poput srpskog, tako i u relevantnim međunarodnim instrumentima, kao što su Konvencija UN o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka (u daljem tekstu: Njujorška konvencija) i UNCITRAL Model-zakon o arbitraži iz 1985. godine, sa posebnim izmenama od 2006.

Sa modernim razvojem tehnologija u savremenom poslovnopravnom ambijentu, forma *ad solemnitatem* sporazuma o arbitraži nailazi na kritike u teoriji i praksi. Smatra se da pismena forma kao uslov punovažnosti može dovesti do ometanja nesmetanog odvijanja pravnog prometa, te da ne odgovara savremenim zahtevima i potrebama pravnog prometa i da čak može izneveriti opravdana očekivanja strana da će svoj spor moći da povere arbitraži. Kako u praksi često

¹ J. Vukadinović Marković, *Postupak rešavanja sporova pred međunarodnim trgovinskim arbitražama*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2022, 64.

² L. Graffi, *Securing Harmonized Effects of International Arbitration Agreements*, 1st ed., LAP LAMBERT Academic Publishing 2013, 1.

³ Više o subjektivnoj i objektivnoj arbitrabilnosti vid. J. Vukadinović, *Uloga arbitrabilnosti u procesu rešavanja sporova pred međunarodnom trgovinskom arbitražom*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu 2016.

arbitražna klauzula predstavlja samo jedan deo drugog ugovora kojim se zasnivaju odnosi između privrednih subjekata, može se očekivati situacija prema kojoj je ugovor u celini punovažan, dok se pitanje punovažnosti arbitražne klauzule postavlja odvojeno. Ove i slične kritike dovele su do različitih inicijativa na polju uređivanja forme sporazuma o arbitraži, od čega se u pogledu korektivnih tehnika uočava prezumpcija ispunjenja pismene forme u slučajevima kada se, po tradicionalnom određenju pismene forme, ne bi uzelo da ona postoji. Još jedan način izbegavanja pravila o strogoj pismenoj formi jeste pretpostavka postojanja sporazuma o arbitraži u slučaju prekluzije prava na isticanje prigovora nenadležnosti arbitražnog suda. Od naročitog značaja je i tehnika zaključenja sporazuma o arbitraži upućivanjem, pozivanjem na drugi pravni akt ili opšte uslove koji u sebi sadrže i arbitražnu klauzulu, pa se u teoriji postavilo i pitanje da li upućivanje treba da bude izričito, ili da se iz njegove sadržine samo može uočiti da je cilj upućivanja da se zaključi arbitražni sporazum.⁴ Iako je u pitanju tehnika inkorporacije, a ne pitanje forme sporazuma o arbitraži, reč je o još jednom od niza načina na koji je iskazana težnja da se zahtev pismene forme oslabi, kako bi na bolji način odgovarao potrebama prometa.

Opravdana očekivanja privrednih subjekata u pravnom prometu, kao i pojava savremenih sredstava komunikacije ipak ne ukazuju nesporno na gubitak svih funkcija forme sporazuma o arbitraži. Stoga je potrebno otići korak nazad i kroz analizu tradicionalnih funkcija forme utvrditi da li savremena svrha forme obezbeđuje postizanje onih funkcija forme koje se danas smatraju poželjnim kada govorimo o sporazumu o arbitraži. Ako je forma sporazuma o arbitraži i dalje potrebna za zaštitu određenih interesa, potrebno je postaviti i pitanje sankcije nedostatka forme sporazuma o arbitraži, uz uvažavanje specifičnosti ovog sporazuma koji nije klasičan ugovor građanskog prava. Stoga se ovaj rad bavi kako tradicionalnim učenjem o cilju forme, tako i posledicama njenog nedostatka kada je ona uslov punovažnosti ugovora. Zatim, kroz analizu nacionalnih propisa Republike Srbije i drugih zemalja, kao i relevantnih međunarodnih instrumenata, biće uočeni trendovi u shvatanju pismene forme sporazuma o arbitraži i stavu o njoj neophodnosti u savremenom arbitražnom pravu.

⁴ Više vid. J. Vukadinović Marković, Arbitražna klauzula u opštim uslovima poslovanja - pitanje forme ili saglasnosti ugovornih strana, *Pravni život* 65(2016)11, 287-297.

II Opšte napomene o formi i posledicama njenog neispunjenja

Član 70 Zakona o obligacionim odnosima⁵ Republike Srbije uređuje pitanje posledica nedostatka forme koja je propisana zakonom i ugovorne forme. U slučaju nedostatka zakonske forme, ugovor nema pravno dejstvo, dok je kod ugovorne forme potrebno utvrditi nameru strana o tome kakvo pravno dejstvo su želele da daju formi. Ovo pravilo korigovano je ciljem zbog koga je forma propisana, tako da ZOO predviđa mogućnost da ovaj ugovor ipak proizvodi pravna dejstva, a da ga pogađaju druge pravne posledice u zavisnosti od cilja zbog koga je forma propisana. Pošto je postavljena opšta pretpostavka da forma predstavlja uslov punovažnosti ugovora, tako će i nedostatak ugovorne forme po pravilu dovesti do toga da ugovor ne proizvodi pravno dejstvo. Druga mogućnost je da je forma ugovorena kao jedini dokaz postojanja i sadržine ugovora, što dovodi do toga da se u slučaju eventualnog spora kao jedino dokazno sredstvo može koristiti sam ugovor, dok je izvođenje drugih dokaznih sredstava isključeno. Srpsko pravo ne poznaje ugovorenu dokaznu formu, a u doktrini se smatra i da ne bi bila ni zamisliva, jer bi se protivila načelu slobodnog sudijskog uverenja i slobodne ocene dokaza. Ovo se odnosi samo na postupke koji se vode pred sudovima Republike Srbije, što znači da ovom logikom nisu obuhvaćeni i arbitražni postupci. Dakle, nedostatak ugovorne forme ne utiče na punovažnost ugovora, već čini postupak dokazivanja postojanja i sadržine ugovora praktički nemogućim u slučaju eventualnog sudskog spora, tako da se posledice nedostatka ugovorne forme nekada neće ni ispoljiti na faktičkom planu. Kada je reč o formi koja služi kao prost dokaz, ona svakako ne utiče na punovažnost ugovora, niti limitira dokazna sredstva koje ugovorne strane imaju na raspolaganju. Nakon što ugovor bude zaključen, nastaje obaveza ugovornih strana da sačine ugovornu ispravu u određenoj formi. Stoga, odsustvo proste dokazne forme može imati samo relativna dejstva, ukoliko je za nezaključenje ugovora u toj formi odgovorna jedna od ugovornih strana.

ZOO poznaje dve vrste ugovora koji ne ispunjavaju sve uslove koji se tiču njihove punovažnosti, a to su apsolutno ništavi i relativno ništavi (rušljivi ugovori). Međutim, pravna teorija poznaje još dve vrste ugovora koji po svojoj prirodi nisu punovažni, a to su prvo tzv. hramajući ugovori, čija pravna sudbina je neizvesna i zavisi od saglasnosti zakonskog zastupnika, čija saglasnost dovodi do ratihabacije pravnog posla i on od davanja saglasnosti postaje pravno

⁵ Zakon o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

perfektna.⁶ Druga vrsta jesu tzv. nepostojeći ugovori, čije postojanje takođe nije prepoznao ZOO, a čiji nedostaci su toliko ozbiljni da oni sprečavaju nastanak ugovora u potpunosti, kod kojih uslovi za nastanak ugovora nisu ispunjeni, za razliku od prethodnih slučajeva, u kojima ugovor nastaje u neperfektnom obliku.⁷ Razlikovanje nepostojećih i apsolutno ništavih ugovora gubi na značaju u praksi, a imajući u vidu istovetnost sankcija koje pogađaju ove ugovore.⁸

Dakle, kod posledica nedostatka forme se postavljaju dva pitanja: da li je takav ugovor uopšte nastao, odnosno da li je reč o nepostojećem, odnosno ništavom ugovoru, i drugo, na koju drugu sankciju može uputiti cilj, odnosno svrha forme. Zakonodavac se u ovom slučaju koristio izrazom "ne proizvodi pravna dejstva", što je primarna sankcija nedostatka forme. U istoj odredbi sadržan je i izuzetak od ovog pravila, tako da će ugovor ipak proizvoditi pravna dejstva ako to nije protivno cilju zbog koga je forma propisana. Ukoliko cilj propisa nije zaštita javnih interesa, ugovor će proizvoditi pravna dejstva.⁹ S druge strane, kada je pretežna svrha forme zaštita privatnih interesa, izvršenje obaveza iz ništavog ugovora moglo bi se smatrati konkludentnim odricanjem ugovornih strana od zaštite koja im je pružena zakonskom formom.¹⁰ Ipak, prof. Perović komentarišući formalnu punovažnost ugovora navodi pojedine ugovore u pogledu kojih izražava sumnju da bi se ovakav stav mogao prihvatiti, uprkos tome što se tim ugovorima pretežno štite privatni interesi, te kao primer navodi i ugovor o izabranom sudu.¹¹ Formulu sankcije usled nedostatka forme posredstvom utvrđivanja interesa koji se formom štiti nije uvek jednostavno iznaći, tako da je potrebno za svaki pojedini ugovor utvrditi njegove specifičnosti i svrhu, te nakon toga postaviti pitanje pravnih posledica neispunjenja zahteva forme.

Pored zakonom predviđene forme arbitražnog sporazuma, koja je pismena (uz određene modalitete, o čemu će biti reči u daljem tekstu rada), strane mogu

⁶ M. Živković, "Konvalidacija nevažećeg pravnog posla prema Zakonu o obligacionim odnosima", u: *Zbornik treće regionalne konferencije o obveznom pravu* (ur. M. Baretić, S. Nikšić), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2022, 63.

⁷ K. Dolović Bojić, *Pravno nepostojeći ugovori*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021, 42.

⁸ S. Perović, D. Stojanović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Kragujevac-Gornji Milanovac 1980, 286.

⁹ K. Dolović Bojić, *n. delo*, 153.

¹⁰ S. Perović, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd 1964, 124.

¹¹ *Isto*, 125.

punovažnost arbitražnog sporazuma usloviti i formom koja je stroža od pismene. Sporazum strana u pogledu forme arbitražnog sporazuma ne može biti sproveden sudskim putem, donošenjem kondemnatorne sudske odluke kojom se tužena strana obavezuje da zaključi arbitražni sporazum u određenoj formi.¹² U skladu sa tradicionalnom podelom funkcija forme na zaštitnu, koja je namenjena zaštiti kako javnih, tako i privatnih interesa, i dokaznu, forma sporazuma o arbitraži ima višestruke ciljeve. Ona pre svega služi da obezbedi pouzdan dokaz o postojanju sporazuma o arbitraži i njegovoj sadržini. Stoga se dokazna funkcija forme najčešće i ističe, imajući u vidu da postojanje sporazuma o arbitraži isključuje sudsko odlučivanje, odnosno dovodi do eventualnog odbacivanja tužbe koja za predmet ima odnose obuhvaćene sporazumom o arbitraži.¹³ Ide se dotle i da se dokazna funkcija forme ističe i kao primarna, obezbeđujući dokaz o nameri strana da spor (ili sporove) poveri arbitraži.¹⁴ Zaštita privatnih interesa se ogleda u sprečavanju ugovornih strana da donesu pre nagljenu i ishitrenu odluku u pogledu opredeljenja da se njihov spor reši pred arbitražom, te im nameće potrebnu dozu opreza prilikom zaključenja sporazuma o arbitraži.¹⁵ Stoga se ovlašćeni sud u postupku preispitivanja punovažnosti sporazuma o arbitraži, putem postojanja sporazuma u pismenoj formi u kome su se obe strane saglasile, kroz ovu formu uverava da su ugovorne strane nedvosmisleno izrazile svoju volju da spor poveri na rešavanje arbitraži. Može se postaviti pitanje u kojoj meri je forma upravljena na zaštitu javnih interesa, odnosno da li pravna sigurnost nalaže potrebu da se sudovima i eventualnim trećim licima obezbedi odgovarajući stepen izvesnosti u pogledu toga da li su se strane odrekle prava da spor rešavaju pred redovnim sudovima i da li su svoj spor poverile arbitraži.

Imajući u vidu da su strane arbitražnog sporazuma bez izuzetka učesnici poslovnih odnosa, poslovni entiteti od kojih se očekuje određeni stepen znanja i iskustva, ali i opreznosti, čini se da zaštitna funkcija forme slabi na uštrb očuvanja arbitražnog sporazuma. Naime, veća je verovatnoća da su strane u

¹² K. Dolović Bojić, *n. delo*, 151.

¹³ L. B. Santos, *The Formal Requirements for Arbitration Agreements*, LAP LAMBERT Academic Publishing 2010, 23, <https://www.perlego.com/book/3307906/the-formal-requirements-for-arbitration-agreements-an-analysis-of-the-new-york-convention-and-the-uncitral-model-law-pdf>, posećena: 18 .6. 2023.

¹⁴ J. Walker, Agreeing to disagree: Can we just have words? CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/walker.pdf>, posećena: 24 .6. 2023.

¹⁵ U. Grušić, Subjektivni domašaj arbitražnog sporazuma u srpskom pravu, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava* 2(2020)2, 91.

arbitražnom sporazumu napravile grešku u pogledu forme, nego grešku u pogledu poveravanja spora arbitraži na rešavanje, naročito jer to u savremeno doba postaje redovniji način rešavanja sporova. Uprkos tome, arbitražni sporazum podleže i opštim uslovima punovažnosti, kao i svi pravni poslovi, pa je potrebno rešiti pitanje da li izjava volje usmerena na zaključenje sporazuma o arbitraži zaista postoji, odnosno, da li je stvarna, ozbiljna i slobodna. Da li upućivanje da pismeno ili drugi akt koji u sebi sadrži arbitražnu klauzulu, bez njenog izričitog spominjanja, upućuje na postojanje takve izjave volje? Pravni akt ili dokument koji sadrži arbitražnu klauzulu, mora biti poznat ili je drugoj strani morao biti poznat u trenutku zaključenja ugovora, inače se ne može govoriti o postojanju relevantne volje da se spor poveri na rešavanje arbitraži.¹⁶ Ako je arbitražna klauzula sadržana u opštim uslovima poslovanja, pa ugovor upućuje na njih, onda se na takav sporazum imaju primeniti i pravila o formularnim ugovorima sadržana u materijalnim propisima, prema kojima opšti uslovi obavezuju drugu stranu samo ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u trenutku zaključenja ugovora, kao i da će važiti posebne pogodbe ukoliko dođe do njihovog neslaganja sa opštim uslovima. Iz stilizacije odredbe člana 142 ZOO proizlazi da za punovažnost upućivanja nije od značaja upućivanje na pojedine odredbe sadržane u opštim uslovima, pa tako ni onu koja u sebi sadrži arbitražnu klauzulu.

Za razliku od većine pravnih poslova građanskog, materijalnog prava, sporazum o arbitraži po pravilu nije predmet samostalnog postupka u kome se postavlja pitanje njegove punovažnosti, već se ispituje ili u momentu zasnivanja nadležnosti arbitražnog suda, ili u postupku priznanja arbitražne odluke donete na osnovu takvog sporazuma. U slučaju pokretanja arbitražnog spora, tuženi svoj pristanak da se vodi spor pred arbitražom, u formi izjave volje, potvrđuje u pismenoj formi ili usmeno na zapisnik, a to može učiniti i konkludentno, učešćem u arbitražnom postupku i upuštanjem u raspravljanje o predmetu spora, bez isticanja prigovora nenadležnosti ili punovažnosti sporazuma o arbitraži, iako ovde nije reč o arbitražnom sporazumu već o prekluziji prava na isticanje prigovora nenadležnosti, koje nije karakteristika arbitražnog postupka već je poznato i u sudskom građanskom postupku. Na taj način se pitanje postojanja i kvaliteta izjave volje sadržane u arbitražnom sporazumu i ne postavlja, ili se pruža dodatna prilika da se ovakav sporazum održi na snazi, odnosno osnaži, kako bi se delalo u pravcu *favor arbitrandum*.

¹⁶ M. Petrović, "Punovažnost arbitražnog sporazuma", u: *Harmonizacija građanskog prava u regionu* (ur. D. Marković-Bajalović), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Pale 2012, 485.

III O formi arbitražnog sporazuma

1. O pismenoj formi u arbitražnom pravu

Može se uočiti određeni stepen nedoslednosti u određenju pismene forme. Tradicionalno, u našoj pravnoj nauci se pismena forma sastoji u ispravi u kojoj je sadržan tekst ugovora, i koja je potpisana od strane lica koja se ugovorom obavezuju.¹⁷ Potpis ugovornih strana nije neophodan ako je ugovor zaključen razmenom pisama ili drugim sredstvom komunikacije koje omogućava da se sa izvesnošću utvrdi sadržina i davalac izjave.¹⁸ U teoriji se ističe i neujednačeno tumačenje forme sporazuma o arbitraži u različitim pravnim sistemima.¹⁹

Takođe, zahtev pismene forme se različito tumači u današnje vreme, u odnosu na vreme kada je Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka otvorena za potpisivanje.²⁰ Tumačenje odredbe člana 2 Njujorške konvencije nailazi na znatan stepen različitosti u različitim nacionalnim jurisdikcijama i različitim arbitražama. Prema Njujorškoj konvenciji, pismenim sporazumom se smatra arbitražna klauzula uneta u ugovor, ili kompromis, potpisani od stranaka ili sadržani u razmenjenim pismima ili telegramima. Na osnovu jezičkog tumačenja je jasno da razmenjena pisma i telegrami ne moraju sadržati potpis ugovorne strane. Ova odredba nailazi na oštre kritike u pogledu njenog uskog određenja pojma pismenog sporazuma, kako zbog svoje rigidnosti, tako zbog nepodobnosti da odgovori potrebama međunarodnog poslovnog okruženja.²¹ Međutim, ova odredba Njujorške konvencije u teoriji se smatra prevaziđenom,²² te se upućuje na fleksibilnije tumačenje ove odredbe u smislu odredbe člana VII Njujorške konvencije, prema kome bi trebalo primeniti pravo suda ukoliko je ono liberalnije u pogledu zahteva forme.²³ Neujednačenosti u

¹⁷ Za zaključenje dvostranog ugovora dovoljno je da obe strane potpišu jednu ispravu ili da svaka od strana potpiše primerak isprave namenjen drugoj strani. Čl. 72 st. 3 ZOO.

¹⁸ Čl. 72 st. 4 ZOO.

¹⁹ J. Vukadinović Marković, V. Popović, (Ne)ugovornice arbitražnog sporazuma kao stranke arbitražnog postupka: teorija grupe kompanija, *Strani pravni život* LXVI(2022)2, 190.

²⁰ L. B. Santos, *The Formal Requirements for Arbitration Agreements*, 13.

²¹ L. Graffi, *n. delo*, 23.

²² G. Herrmann, "The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and its Recognition by the Courts", u: *Congress Series: International Arbitration in a Changing World – XIth International Arbitration Conference*, Bahrain, 1993 (ed. A. J. van den Berg), 46. cit. prema: J. Walker, *Agreeing to disagree: Can we just have words? CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement*.

²³ U. Grušić, *n. delo*, 85.

tumačenju primene pripisuje se i kao posledica okolnosti u kojima je član 2 Njujorške konvencije donet, imajući u vidu da je u završnu verziju teksta uključen tek na poslednjim sastancima Njujorške konferencije, a pošto je inicijalna zamisao njenih tvoraca bila da obuhvati samo materiju priznanja i izvršenja arbitražnih odluka, a ne i arbitražnih sporazuma.²⁴

Potreba "deformalizacije", odnosno umanjena zahteva forme kod svih vrsta ugovora, čime se ujedno i umanjuju prepreke nesmetanoj trgovini, naročito je izražena kod arbitražnih sporazuma, kod kojih povećan promet roba i usluga, brzina i učestalost prometa naročito nalažu da se odnosi koji proizilaze iz ovakvih odnosa reše svakog nepotrebnog formalizma. Stoga i srpski Zakon o arbitraži, koji je sastavljen po uzoru na UNCITRAL pravila, sadrži takozvanu "tradicionalnu" definiciju pismene forme ugovora, za koju se zahteva da ugovor bude unet u ispravu i potpisan od strane lica koja se njime obavezuju. U skladu sa trendom konsenzualizma, ostale odredbe člana 12 Zakona o arbitraži usmerene su na "relaksiranje" zahteva pismene forme, navodeći niz slučajeva u kojima se smatra da je ugovor zaključen, iako nisu ispunjeni uslovi za tradicionalan pojam pismene forme ugovora.²⁵ Ove odredbe su namenjene očuvanju punovažnosti sporazuma o arbitraži kroz izjednačavanje slučajeva sadržanih u ovim odredbama sa klasičnom pismenom formom, čime su obuhvaćeni najčešći i samim tim praktično najbitniji slučajevi u kojima nije ispunjen zahtev pismene forme u pravom smislu reči.²⁶

Tako će se sporazum o arbitraži smatrati zaključenim u pismenoj formi ako je zaključen putem sredstava komunikacije, koja omogućavaju pismeni dokaz o sporazumu stranaka, bez obzira da li su te poruke stranke potpisale.²⁷ Tako se dalje smanjuje mogućnost zloupotrebe zahteva forme, koja se javlja i kod tradicionalne pismene forme, a do koje može doći pobijanjem ovog sporazuma ili ukazivanjem na nepunovažnost sporazuma samo zato što isti nije praćen potpisima ugovornih strana.²⁸ Takođe, sporazum će se smatrati zaključenim i ako su se stranke u pismenom ugovoru pozvale na drugo pismeno koje sadrži

²⁴ L. Graffi, *n. delo*, 2.

²⁵ Interesantno je napomenuti da se zakonodavac služi pretpostavkom da se ugovor smatra "zaključenim", a ne "punovažnim", što bi išlo u prilog shvatanju da se forma smatra uslovom nastanka, a ne punovažnosti ugovora.

²⁶ A. Uzelac, Forma arbitražnog ugovora u hrvatskom pravu: novo uređenje, njegova ishodišta i perspektive daljnjeg razvoja, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* LVI(2006)2-3, 552.

²⁷ Čl. 12 st. 3 Zakona o arbitraži.

²⁸ A. Uzelac, *n. delo*, 560.

sporazum o arbitraži, ako je cilj tog pozivanja da sporazum o arbitraži postane sastavni deo ugovora.²⁹ Dakle, da bi se sporazum smatrao zaključenim, potrebno je, pored pismene forme, da upućivanje na drugo pismeno bude sadržano u ugovoru, o čemu naš zakonodavac zauzima nedvosmislen stav, implementirajući pravilo o inkorporaciji upućivanjem (*incorporation by reference*).

Iako je izričito upućivanje neophodno, postavlja se pitanje da li je i izričito spominjanje arbitražne klauzule sadržane u tom pismenu takođe neophodno, ili je dovoljno uputiti na pismeno koje klauzulu sadrži. Upućivanje generiše pitanja koja se tiču tehnike zaključenja, a ne same forme, imajući u vidu da forma ugovora u kome se upućivanje vrši svakako mora biti pismena.³⁰ Iako naš zakonodavac nameće i zahtev da samo pozivanje na drugo pismeno ima za cilj uključivanje sporazuma o arbitraži u ugovor, ovaj korektiv nije dovoljan da sa zadovoljavajućim stepenom jasnoće reši dilemu da li je potrebno arbitražnu klauzulu izričito spomenuti ili ne. Ovo pitanje nije dosledno rešeno u drugim pravnim sistemima. Dok je u italijanskoj sudskoj praksi uočena sklonost ka stavu da pozivanje na arbitražnu klauzulu mora biti izričito, u francuskom i švajcarskom pravu je zauzet suprotan stav.³¹ Model-Zakon UNCITRAL-a u članu 7, stav 2 govori o potrebi da upućivanje na dokument koji sadrži arbitražnu klauzulu bude "takvo" (*such*) da klauzulu učini delom ugovora, što znači da upućivanje mora da ima određene kvalitativne elemente koji ponovo, nisu precizirani. Isto rešenje može se naći i u nemačkom Zakoniku o građanskom postupku, prema kome pozivanje na dokument koji sadrži arbitražnu klauzulu konstituiše sporazum o arbitraži, ukoliko je pozivanje takvo da čini klauzulu sastavnim delom ugovora.³²

2. Pismena forma arbitražnog sporazuma kao uslov punovažnosti

Pismena forma arbitražnog sporazuma zahteva se i u francuskom pravu, ali samo kada su u pitanju unutrašnje arbitraže. Tako francuski Zakonik o građanskom postupku izričito predviđa ništavost kao sankciju povrede pravila o formi sporazuma o arbitraži. Uslov pismene forme se smatra ispunjenim i ukoliko je sporazum zaključen razmenom pismena, odnosno ako proizilazi iz dokumenta na koji se upućuje u glavnom ugovoru.³³ S druge strane, isti propis u

²⁹ Čl. 12 st. 4 Zakona o arbitraži.

³⁰ A. Uzelac, *n. delo*, 565.

³¹ L. B. Santos, *n. delo*, 25.

³² Čl. 1031 Zakonika o građanskom postupku (*Zivilprozessordnung*) Nemačke.

³³ Čl. 1443 francuskog Zakonika o građanskom postupku (*Code de procédure civile*).

članu 1507 predviđa da sporazum o međunarodnoj arbitraži nije podložan bilo kakvim zahtevima forme u pogledu svoje punovažnosti, pri čemu se međunarodnom arbitražom u smislu Zakonika o građanskom postupku Francuske smatra ona arbitraža koja implicira interese međunarodne trgovine. Dakle, francusko arbitražno pravo poznaje jasnu razliku između unutrašnje ili interne i međunarodne arbitraže, koja proizvodi posledice i na polju uslova punovažnosti sporazuma kojim se ona konstituiše, uočivši potrebu za liberalizacijom uslova punovažnosti sporazuma o međunarodnoj arbitraži. Ovakvim rešenjem zakonodavac izražava stav da je potrebno pružiti veći stepen zaštite punovažnosti sporazuma o međunarodnoj, nego o unutrašnjoj arbitraži. Takođe, moglo bi se postaviti i pitanje da li se na ovaj način favorizuje i stimuliše opredeljenje za međunarodnu arbitražu. Arbitražni sporazum se ne može tretirati kao bilo koji drugi ugovor, a imajući u vidu njegovu specifičnu, procesnu svrhu, i činjenicu da se njime na zasnivaju, tzv. "suštinska" prava.³⁴

U švajcarskom pravu, sporazum o arbitraži mora biti zaključen u pisanom obliku, ili putem drugog vida komunikacije koji obezbeđuje da sporazum bude dokazan u tekstualnom obliku.³⁵ Švajcarsko arbitražno pravo je bitno izmenjeno reformom iz 2021. godine, ali izmene u pogledu forme sporazuma o arbitraži nisu bile toliko opsežne koliko bi se moglo očekivati. Primeri evidencije ugovora u tekstualnom obliku, poput teleteksa i telegrama su izostavljeni, dok je dejstvo odredbi člana 178 Federalnog zakona o međunarodnom privatnom pravu prošireno i na arbitražnu klauzulu predviđenu jednostranim pravnim aktom ili statutom. Pismena forma predviđena ovim zakonom ne može se izjednačiti sa onom predviđenom švajcarskim Zakonom o obligacionim odnosima, pošto se za punovažnost arbitražnog sporazuma ne zahteva da ovaj bude potpisan, već je izjava volje u elektronskoj korespondenciji dovoljna za nastanak punovažnog sporazuma.³⁶

Model-Zakon UNCITRAL-a sadrži odredbu prema kojoj sporazum o arbitraži mora biti u pisanom obliku. On je u pisanom obliku ukoliko je zabeležen u bilo kojoj formi, nezavisno od toga da li je sporazum zaključen usmeno, konkludentnim radnjama, ili na drugi način. Na ovom mestu se jasno uočava

³⁴ J.-B. Racine, Le Principe de Validité de la Convention d'Arbitrage International en droit Français: un Principe Dynamique, *International Journal of Procedural Law* XLII(2013)1, 44.

³⁵ Čl. 178 st. 1. švajcarskog Federalnog zakona o međunarodnom privatnom pravu (*Loi fédérale sur le droit international privé*). Zakon formuliše pisanu formu kao zahtev punovažnosti (*validité*), a ne uslov nastanka sporazuma, što ukazuje na kategoriju ništavih, a ne nepostojećih ugovora.

³⁶ S. Besson, A. Rigozzi, La Réforme du droit Suisse de l'Arbitrage International, *Revue de l'arbitrage* (2021)1, 21.

najveće proširenje shvatanja o pismenoj formi. Zahtev pismene forme je zadržan, kao i u Njujorškoj konvenciji, ali je određenje pismene forme znatno prošireno. Sporazumu o arbitraži može se pristupiti u bilo kojoj formi, dok god je sadržina sporazuma zabeležena (*recorded*). Praktične posledice ovakvog određenja su da sporazum o arbitraži može biti zaključen u bilo kojoj formi, pa čak i usmenoj, ili prećutno. Naravno, na ovaj način je rešeno i pitanje neophodnosti potpisa na ispravi, koje je takođe ostatak tradicionalnog shvatanja pismene forme sporazuma.

Sporazum će se smatrati zaključenim u pisanom obliku i ako je zaključen putem sredstava elektronske komunikacije, ako su informacije sadržane u njemu tako da im se može naknadno pristupiti radi pozivanja na njih; "elektronska komunikacija" znači svaka komunikacija koja se vrši između strana putem poruka koje nose podatke; "poruke koje nose podatke" su informacije stvorene, poslate, primljene ili uskladištene putem elektronskih, magnetnih, optičkih ili drugih sredstava, što naročito podrazumeva elektronsku razmenu podataka, elektronsku poštu, telegram, teleks i telekopiju. Dalje, sporazum o arbitraži je zaključen u pisanom obliku ako je sadržan u razmeni zahteva za pokretanje arbitražnog postupka (arbitražne tužbe) i odgovora na nju, ukoliko je u "tužbi" izneta tvrdnja da sporazum o arbitraži postoji, a druga strana ga nije osporila. Upućivanje na bilo koji drugi dokument koji sadrži arbitražnu klauzulu konstituiše arbitražni sporazum u pisanom obliku, ukoliko je takvo upućivanje podobno da klauzulu učini sastavnim delom ugovora. Model-Zakon UNCITRAL-a na još detaljniji i precizniji način proširuje pojam pismene forme arbitražnog ugovora, težeći da obuhvati sva savremena sredstva komunikacije. Ovde je najpre prepoznata potreba redefinisanja pojma pismene forme sporazuma o arbitraži, usled opravdane bojazni da se previše strogom definicijom izopšte savremena sredstva komunikacije, za koja strane mogu opravdano očekivati da konstituišu arbitražni sporazum. Tako se i javila potreba za izmenama odredaba Model-Zakona UNCITRAL-a koje se tiču forme sporazuma o arbitraži, a imajući u vidu da su odredbe donete čak 1985. godine i više ne odgovaraju potrebama prometa, i čak mogu osujetiti očekivanja i namere strana. Inače, francuski Kasacioni sud je već 1999. godine uočio potrebu za očuvanjem sporazuma o arbitraži oslobađajući ga rigidnih zahteva forme, pa je izneo stav da je sporazum o međunarodnoj arbitraži punovažan na osnovu proste saglasnosti volja strana, bez zahteva forme, a isti stav po tom pitanju zauzeli su i drugi francuski sudovi, što je otvorilo put pravilu o punovažnosti arbitražnog sporazuma bez ikakvih zahteva u pogledu forme.³⁷

³⁷ J.-B. Racine, *n. delo*, 47.

IV Zaključak

Intenziviranje pravnog prometa, pojačanim zahtevima brzine zaključivanja sporazuma u cilju ubrzanog odvijanja prometa robe i usluga, nije umanjilo potrebu za obezbeđivanjem pouzdanog dokaza o postojanju i sadržini sporazuma o arbitraži. Pored usporavanja pravnog prometa i ometanja u poslovanju putem modernih sredstava komunikacije, pismenoj formi se pripisuje i mogućnost zloupotrebe, koja se i inače javlja kao negativna strana forme. Nesavesna ugovorna strana može zloupotrebiti zahtev forme kao uslov punovažnosti, koristeći nedostatak forme kao način da izbegne ispunjenje svojih obaveza ili oteža ili onemogućí vođenje arbitražnog postupka.³⁸ Međutim, savremene tendencije u komunikaciji i cirkulaciji dovele su do izmeštanja težišta diskusije sa pitanja punovažnosti (ili nastanka), na pitanje dokazivanja postojanja sporazuma o arbitraži. Time je i svrha forme dobila značajno uporište u dokaznoj funkciji.

Specifičnosti sporazuma o arbitraži dolaze do izražaja kako prilikom određenja forme, tako i njenih pravnih posledica. Tradicionalni pojam pismene forme ugovora svojstven ugovorima građanskog prava nije dovoljan da odgovori na savremene zahteva brzine odvijanja prometa i osnovanih očekivanja stranaka u pogledu punovažnosti njihovog sporazuma, koji je najčešće sadržan u nekoj široj ugovornoj ispravi, ili u opštim uslovima poslovanja, a pismena forma kao uslov punovažnosti je i dalje dominantno rešenje u uporednom pravu. Stoga se ekstenzivno tumačenje pismene forme ugovora postiže kroz presumpcije ispunjenja zahteva pismene forme posredstvom razmene pismena u elektronskom obliku, čime se postiže dokazna funkcija forme, jer se na taj način obezbeđuje pouzdan dokaz o postojanju i sadržini sporazuma o arbitraži. Ovo je način da se uvažava i očekivanja privrednih subjekata, koje po prirodi stvari karakteriše veći stepen znanja i iskustva nego druga lica koja u pravne odnose stupaju sa nelukrativnim ciljevima, pa se očekuje da je u odnosima u koje oni stupaju manje izražena potreba za njihovom zaštitom od lakomislenosti i olakog pristupanja zaključenju sporazuma. Pored toga, kontrola punovažnosti arbitražnog sporazuma može se sprovesti i u postupku pokretanja arbitražnog postupka, u kom slučaju drugoj strani stoji na raspolaganju isticanje procesnih prigovora, koji aktiviraju i materijalnu kontrolu punovažnosti sporazuma. Propuštanje druge strane da istakne prigovor pre upuštanja u raspravljanje o predmetu spora dovodi do procesne prekluzije, ali ujedno i pokazuje stav druge strane o postojanju arbitražnog sporazuma, pa bi i postavljanje pitanja ništavosti

³⁸ A. Uzelac, *n. delo*, 557.

sporazuma bilo nesvrishodno. Iz napred navedenih razloga evolucija pismene forme arbitražnog sporazuma, trend njenog ublažavanja i ustanovljavanje materijalnih i procesnih fikcija postojanja punovažnog arbitražnog sporazuma odgovara opravdanim očekivanjima ugovornih strana, novim sredstvima komunikacije između privrednih subjekata i modernim potrebama pravnog prometa u poslovnom okruženju.

Ivana Radomirović*

Jelena Vukadinović Marković**

Form of Arbitration Agreement

Summary

The subject of this work is the analysis of the written form of the arbitration agreement in contemporary comparative and international law. The justified expectations of business entities in legal transactions, as well as the occurrence of modern means of communication, have led to various initiatives in the field of regulating the form of arbitration agreements, from which, in terms of corrective techniques, the presumption of the fulfilment of the written form can be observed in cases where, according to the traditional definition of the written form, it wouldn't be met. Another way to avoid the rule on the strict written form is the assumption of the existence of an arbitration agreement in case of preclusion of the right to assert the objection of lack of jurisdiction of the arbitral tribunal. Of particular importance is the technique of concluding an arbitration agreement by referring to another legal act or general conditions that contain an arbitration clause, so in theory, the question arose whether the reference should be explicit, or whether it should only be inferred from its content that the purpose of the referral is to conclude an arbitration agreement. The paper deals with the analysis of these issues and the re-examination of the function of the form of the arbitration agreement in comparison with the traditional functions of the form in civil law contracts, taking into account its specificities, whereby the primary function of the form is the function of providing reliable proof of the existence and content of the arbitration agreement.

* M.A., Junior Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade.

** PhD, Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade.

Keywords: form, arbitration agreement, New York Convention, UNCITRAL, written form, validity of arbitration agreement.

Literatura

Besson, S., Rigozzi, A., La Réforme du droit Suisse de l'Arbitrage International, *Revue de l'arbitrage* (2021)1, 11-56.

Dolović Bojić, K., *Pravno nepostojeći ugovori*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021.

Graffi, L., *Securing Harmonized Effects of International Arbitration Agreements*, 1st ed., LAP LAMBERT Academic Publishing 2013.

Grušić, U., Subjektivni domašaj arbitražnog sporazuma u srpskom pravu, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava* 2(2020)2, 79-97.

Perović, S., *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd 1964.

Perović, S., Stojanović, D., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Kragujevac-Gornji Milanovac 1980.

Petrović, M., "Punovažnost arbitražnog sporazuma", u: *Harmonizacija građanskog prava u regionu* (ur. D. Marković-Bajalović), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Pale 2012, 479-497.

Racine, J.-B., Le Principe de Validité de la Convention d'Arbitrage International en droit Français: un Principe Dynamique, *International Journal of Procedural Law* XLII(2013)1, 42-57.

Santos, L. B., *The Formal Requirements for Arbitration Agreements*, LAP LAMBERT Academic Publishing 2010, <https://www.perlego.com/book/3307906/the-formal-requirements-for-arbitration-agreements-an-analysis-of-the-new-york-convention-and-the-uncitral-model-law-pdf>, posećena: 18.6.2023.

Uzelac, A., Forma arbitražnog ugovora u hrvatskom pravu: novo uređenje, njegova ishodišta i perspektive daljnjeg razvoja, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* LVI(2006)2-3, 549-582.

Vukadinović, J., *Uloga arbitrabilnosti u procesu rešavanja sporova pred međunarodnom trgovinskom arbitražom*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2016.

Vukadinović Marković, J., Arbitražna klauzula u opštim uslovima poslovanja - pitanje forme ili saglasnosti ugovornih strana, *Pravni život* 65(2016)11, 287-297.

Vukadinović Marković, J., *Postupak rešavanja sporova pred međunarodnim trgovinskim arbitražama*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2022.

Vukadinović Marković, J., Popović, V., (Ne)ugovornice arbitražnog sporazuma kao stranke arbitražnog postupka: teorija grupe kompanija, *Strani pravni život* LXVI(2022)2, 187-204.

Walker, J., Agreeing to disagree: Can we just have words? CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/walker.pdf>, posećena: 24.6.2023.

Živković, M., "Konvalidacija nevažećeg pravnog posla prema Zakonu o obligacionim odnosima", u: *Zbornik treće regionalne konferencije o obveznom pravu* (ur. M. Baretić, S. Nikšić), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2022, 61-80.

Propisi i drugi akti

Francuski Zakonik o građanskom postupku (*Code de procédure civile*) od 1. januara 1976, sa izmenama.

Konvencija UN o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka (Njujorška konvencija) od 1985 (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – New York Convention*).

Nemački Zakonik o građanskom postupku (*Zivilprozessordnung*) od 5. decembra 2005, sa izmenama.

Švajcarski Federalni zakon o međunarodnom privatnom pravu (*Loi fédérale sur le droit international privé*) od 18. decembra 1987, sa izmenama.

UNCITRAL Model zakon o arbitraži od 1985, poslednje izmene 2006 (*Uncitral Model Law on International Arbitration*).

Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006.

Zakon o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

UPUTSTVA ZA AUTORE

Revija za evropsko pravo objavljuje radove (tekstove) pisane na srpskom (latinično pismo), engleskom, nemačkom i francuskom jeziku.

Autori koji dostavljaju radove, namenjene za rubriku „Članci“, dužni su da na početku rada napišu apstrakt, obima do 250 reči, i pet do deset ključnih reči, a na kraju rada rezime, obima do 1/10 dužine članka, i isti broj ključnih reči na engleskom jeziku. Za radove na stranim jezicima, autori su dužni da na početku rada napišu apstrakt, obima do 250 reči, i pet do deset ključnih reči, a na kraju rada rezime, obima do 1/10 dužine članka, i isti broj ključnih reči, koji će biti objavljeni na srpskom jeziku. Prevod rezimea i ključnih reči na srpski jezik obezbeđuje Redakcija časopisa, ukoliko autori nisu u mogućnosti da to sami učine.

Radovi se dostavljaju u .doc formatu, Times New Roman, font 11, prored 1,5, fusnote font 9, veličina strane A4, leva i desna margina 3cm i gornja i donja margina 2,5cm.

„Revija za evropsko pravo“ objavljuje članke koji nisu objavljivani u drugim časopisima i publikacijama. Dostavljeni članci podležu anonimnoj recenziji. Autor, čiji je članak prihvaćen za objavljivanje ili je već objavljen u „Reviji za evropsko pravo“ može objaviti isti rad u drugoj publikaciji samo uz dopuštenje Redakcije i uz jasnu naznaku o njegovom objavljivanju u „Reviji za evropsko pravo“.

Pravila citiranja

Knjige

Prvo slovo imena, prezime autora, naslov knjige (italic), mesto i godina izdanja, naznaka stranice: se ne stavlja. Primer: R. Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, Kragujevac 2002, 22.

Ako je u pitanju naslov sa više izdanja i ako se u knjizi pominje više mesta izdanja, navodi se broj izdanja, a u pogledu mesta, navode se prva dva mesta razdvojena crticom. Primer: K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin-Heidelberg 1991, 27.

1. Časopisi (članci)

Prvo slovo imena, prezime autora, naslov članka, naziv časopisa (italic), broj godina časopisa, godina časopisa, broj u godini i broj stranice. Ukoliko je naziv časopisa dugačak, prilikom prvog citiranja u zagradi se navodi skraćenica pod kojom će nadalje navoditi. Primer: M. Vasiljević, Korporativno upravljanje i agencijski problemi (I deo), *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu (Anali PFB) LVII(2009)1*, 5.

2. Tekstovi iz zbornika radova

Prvo slovo imena, prezime autora, naslov teksta pod navodnicima, gde je objavljen tekst: u: naslov zbornika (*italic*), (ur., ed., Hrsg. - ime urednika), ime izdavača (nije obavezno), mesto i godina izdanja, broj stranice.

Primer: S. Đorđević, "Privatnopravni odnosi sa elementom inostranosti i internet," u: *Slobode i prava čoveka i građanina u konceptu novog zakonodavstva Republike Srbije* (ur. S. Bejatović), knj. 2, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2003, 261.

Ukoliko zbornik radova ima više mesta izdanja, navode se prva dva razdvojena crticom.

3. Zajednička pravila za knjige, časopise i zbornike radova

1. Ukoliko postoji više autora, njihova imena se razdvajaju zarezom. Primer: B. Blagojević, O. Antić, *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Beograd 1986, 56.

2. Ako knjiga ima više od tri autora, navodi se prvo slovo imena i prezime prvog autora, uz dodavanje skraćene i dr. ili *et al.*, (*et alia*, za strane naslove). Primer, T. Varadi i dr. Ili T. Varadi *et al.*, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2008., 75.

3. Navođenje imena izdavača nije obavezno.

4. Kada se citira samo jedan tekst određenog autora, kod ponovljenog citiranja tog teksta, posle prvog slova imena i prezimena autora, navodi se *n. delo*, i broj stranice teksta. Primer: R. Vukadinović, *n. delo*, 55.

5. Ukoliko se citira više radova (bilo knjiga ili članaka) jednog istog autora, a već je jednom naveden naziv svakog od ovih radova u punom obliku, posle prvog slova imena i prezimena autora, stavlja se u zagradi godina izdanja knjige ili članka (ili broj napomene u kojoj je prvi put naveden rad), posle čega sledi broj stranice. Primer: R. Vukadinović (2002), ili (kao u napomeni br. 2), 25.

6. Ukoliko iste godine autor ima više objavljenih radova koji su citirani, uz godinu se dodaju latinična slova a, b, c itd., posle čega sledi broj stranice. Primer: R. Vukadinović (2002a), 17.

7. Kada se citira više tačno određenih stranica, one se razdvajaju crticom, a kada se citira više strana koje se ne određuju tačno, posle navođenja broja prve stranice dodaju se reči „i dalje“.

Primer 1: R. Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, Kragujevac 2002, str. 21-25.

Primer 2: V. Vlašković, Pravo na zaštitu od nasilja u porodici, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu (Anali PBF)* LVII(2009)1, 249 i dalje.

8. Ako se citira isto delo i ista stranica kao i u prethodnoj fusnoti (uzastopno) koristi se samo skraćena *Isto.* ili *Ibid.* ako je reče o tekstu na stranom jeziku. Ako se citira tekst dela, navedenog u prethodnoj fusnoti, koji se nalazi na različitoj stranici, posle, *Isto*, *Ibid.* naznačuje se broj stranice (primer: *Ibid.*, 55).

9. U samom članku (koji je dostavljen na srpskom jeziku) inostrana imena se transkribuju na srpskom jeziku onako kako se izgovaraju. Prilikom prvog pominjanja njihovo ime i/ili prezime se navodi u zagradi u izvornom obliku na stranom jeziku. Primer: Tomas Operman (Thomas Oppermann)

10. Za „videti“ se koristi skraćena „Vid.“, a za „Uporediti“ skraćena „up.“

4. Elektronski tekstovi

Ime i prezime autora (ili naziv institucije koja objavljuje tekst), naslov teksta (veb stranice), URL, datum posete (dan, mesec i godina).

Primer 1: K. Boele-Woelki, Internet und IPR: Wo geht jemand ins Netz?, <http://cui.unige.ch/~billard/ipilec/BOELED 1.HTM>, posećena: 14. 2. 2002.

Primer 2: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)-004-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)-004-e.asp), posećena: 1. 6. 2007.

Ako na internet stranici nije naveden autor teksta, navodi se samo naslov teksta, URL i datum posete.

Primer: A Brief History of Internet, <http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml>, posećena 15.10.2005.

5. Normativni akti

Naziv pravnog akta, naziv glasila u kome je objavljen, broj i godina objavljivanja. Ako će se navedeni propis citirati i kasnije, prilikom prvog pominjanja u zagradi se navodi njegova skraćena pod kojom će se dalje pojavljivati.

Primer: Zakon o parničnim postupku (ZPP), *Službeni glasnik RS*, br. 125/04, od (datum).

6. Sudska praksa

Vrsta odluke i naziv suda, broj odluke, datum (dan, mesec, godina) donošenja, naziv publikacije u kojoj je objavljena, i broj stranice u publikaciji (primer: Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Gž. 1782/04, *Izbor sudske prakse*, 2/2005, 62).

Ako odluka nije objavljena, potrebno je to i naznačiti (primer: Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Gž. 1782/04, neobjavljeno).

Sudska praksa Suda pravde se navodi na sledeći način: predmet broj, tužilac v. tuženi, godina gde je objavljena odluka u uglastim zagradama naslov Zbirke presuda i broj stranice. Primer: predmet 6/64 *Costa v ENEL* [1964] ECR 585. Ako se citira i tačka (stav) iz presude, dodati: tač. 12.

7. Tehnička uputstva o rangu naslova

Naslov članka se piše na sredini, velikim slovima. Naslovi unutar članka moraju da imaju sledeći format.

1) *Prvi nivo naslova* - na sredini; numeracija: rimski broj (npr. I, II, III, itd.); prvo slovo veliko, a ostala mala.

2) *Drugi nivo naslova* - na sredini; numeracija: arapski broj sa tačkom (npr. 1., 2., 3., itd.); prvo slovo veliko, a ostala mala.

3) *Treći nivo naslova* - na sredini; kurziv (kosa slova, italik); numeracija: malo slovo azbuke sa zatvorenim zagradom (npr.

a), b), v), itd.); prvo slovo veliko, a ostala mala.

4) *Četvrti nivo naslova* - na sredini; numeracija: arapski broj sa zatvorenim zagradom (npr. 1), 2), 3), itd.); prvo slovo veliko a ostala mala.

Autor treba da dostavi pored prezimena i imena i zvanje (ili zanimanje), naziv i mesto institucije gde je zaposlen, svoju ličnu adresu ili e-mail adresu.

Priloge u elektronskom obliku treba dostavljati na E-mail adresu: jelena_vuk83@yahoo.com