

Др Ивана Симоновић,
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.115:342.72/.73

Рад примљен: 30.06.2015.
Рад прихваћен: 03.12.2015.

ПРИВАТНА АУТОНОМИЈА И ЗАБРАНА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ГРАЂАНСКОПРАВНИМ ОДНОСИМА

Апстракт: Начело приватне аутономије је једно од четири начела – стубова грађанског права. Заједно са начелима правне једнакости, прометљивости грађанских субјективних права и њихове заштите имовинском санкцијом, приватна аутономија (аутономија воље) обликује грађанскоправне односе и понашање њихових субјеката.

Приватна аутономија подразумева простор за слободно испољавање личности: за њено самоодређење у вези са заснивањем грађанско-правних односа, слободом избора друге стране - ако је тај однос уговорни, и одређивањем његове садржине по мери и потребама саговорача. Спона између појединачних овлашћења из којих је сачињена садржина приватне аутономије јесте слободан избор, који нужно наговештава и могућност неједнаког поступања, а оно је, као дискриминаторно, забрањено.

Забрана дискриминације је уставни принцип већине савремених држава. За државе чланице Европске уније то је и обавезујуће правило из оснивачких аката ове наднационалне организације и један од инструмената оживотворења четири основне слободе на којима она почива. Чланице ЕУ дужне су да својим националним прописима - како јавног, тако и приватног права - омогуће слободно кретање људи (рада), робе, услуга и капитала.

Забрана дискриминације се мора применити и у грађанско-правним односима, што се показује неколиким смерницама. Почело се од забране дискриминације у радноправним односима, да би сада она постала

* ivana@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

кључном у обезбеђивању свакоме једнаког приступа слободном тржишту и снабдевању робом и услугама. С обзиром да се овај вид правног промета одвија по правилима грађанског права и коришћењем његових института (посебно уговора), природно је запитати се да ли се мењају начела из којих они извиру. Модел-правила за уједначавање европског приватног права казују нам да је то могући правац у ком ће се оно развијати: Нацртом заједничког појмовног оквира (Draft Common Frame of Reference) недискриминација постаје стандард у закључивању правних послова којима се прибављају добра и услуге намењени неодређеном броју лица.

У раду анализирамо значење забране дискриминације и њен однос са приватном аутономијом, не би ли смо открили колико су међусобно помирљиве, да ли искључују или ограничавају једна другу или у грађанском праву има простора за обе.

Кључне речи: *приватна аутономија, слобода уговарања, забрана дискриминације, Draft Common Frame of Reference.*

1. Увод

Начело приватне аутономије јесте један од четири стуба грађанског права и заједно са начелима правне једнакости, прометљивости субјективних права и њихове заштите имовинском санкцијом обликује грађанскоправне односе и понашање њихових субјеката.

Приватна аутономија (аутономија воље) подразумева простор за слободно испољавање личности: за њено самоодређење у вези са заснивањем грађанскоправних односа, а, ако је он уговорни – и слободом избора друге стране и одређивањем његове садржине по мери и потребама сауговарача. Спона између појединачних овлашћења као чинилаца приватне аутономије јесте слободан избор, који нужно наговештава и могућност неједнаког поступања, а оно је, уколико је дискриминаторно, забрањено.

Забрана дискриминације је уставни принцип већине савремених држава. За државе чланице Европске уније то је и обавезујуће правило из њених оснивачких аката и један од инструмената оживотворења четири основне слободе на којима она почива. Чланице Уније дужне су да својим националним прописима – како јавног, тако и приватног права – омогуће слободно кретање људи (рада), робе, услуга и капитала, не правећи, притом, разлике према националности¹, полу, раси или етничком пореклу, вери или

¹ Члан 18 Уговора о функционисању Европске уније (Treaty on the functioning of the European Union), *ОЈ С* 326/12. Даље: Уговор.

убеђењу, физичком или психичком недостатку, старости или сексуалној оријентацији.²

Забрана неједнаког поступања, узрокованог личним својством или карактеристикама другог, осим у актима примарног права ЕУ, исписана је и у њеном секундарном праву. Дискриминаторни разлози из чл. 19 Уговора ближе су уређени посебним смерницама (тзв. смернице члана 19), примењивим у тачно одређеној правној ситуацији или правном односу (нпр., забрана полне дискриминације у вези са приступом роби и услугама на тржишту). Погледом на правна подручја конкретизације забране дискриминације актима секундарног права, можемо закључити да је она одавно напустила јавноправне односе држава – појединац, свој традиционални домен важења, поставши значајна и у приватном праву. Не ради се ту само о радноправним односима (пре приватноправним него грађанскоправним), већ о уговорним односима, дакле, о ономе што се сматра грађанским правом у ужем смислу и његовим срцем. Смерницом 2004/113/ЕЗ о примени принципа једнаког поступања према мушкарцима и женама у приступу роби и услугама и снабдевању њима³ непосредно се установљава дужност једнаког поступања, једнако обавезујућа за субјекте и јавног и приватног права. Ова и Смерница 2000/43/ЕЗ о примени принципа једнаког поступања без обзира на расно или етничко порекло⁴ изазвале су посебну пажњу цивилиста и оправдану дилему о примерености забране дискриминације, као израза дистрибутивне правде, у приватном праву, као подручју корективне правде. Пажња је усмерена на анализирање њеног утицаја на класична начела грађанског права, пре свега – на начело приватне аутономије. Одавно је ова анализа изгубила чисто теоријски значај; група стручњака која ради на кодификацији европског приватног права уобличио је забрану дискриминације у посебно (субјективно?) право да се не буде дискриминисан у одређеним врстама уговорних односа, и за његову повреду предложила и санкцију обавезног закључења уговора. Аутономност особе којој се намеће закључење уговора овим је битно сужена, па је допуштено запитати се да ли је добровољност још увек доминантно обележје грађанскоправних односа. На стручној је јавности да се аргументовано одреди према овом модел-правилу, што је задатак и овог рада. На овом месту цитираћемо реченицу која сликовито изражава,

2 Члан 19 Уговора.

3 Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004, implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, *OJ L* 373/37, 2004.

4 Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000, implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial and ethnic origin, *OJ L* 180/22, 2000.

чини се, преовлађујући став цивилиста: „У нормама о забрани дискриминације одзвањају посмртна звона за грађанско право.“ (Reegen, 2007: 11)

Заштита од дискриминације постала је „врућа“ тема и за грађанско право⁵, о чему постоје крајње супротстављена мишљења. На једном полу је став о забрани дискриминације као страном телу у грађанскоправним односима, јер се они руководе принципом приватне аутономије. На другом – став да је право на једнако поступање, без обзира на лична својства и карактеристике, основно људско право, једнако важеће и у односима између појединца и државе и у оним приватноправним. Занимљиво је што се и представници првог става позивају на људска права, али у обрнутом смеру, истичући да их санкционисање неједнаког поступања према другом заправо ограничава.⁶

Питање дискриминације је подручје на ком се сусрећу политички резон и опоруност, правна начела и опште прихваћене и правно заштићене вредности, морални обзир, али и личне склоности, предрасуде, усађени обрасци понашања, па и ирационалне представе о другом и другачијем. Савремена друштва теже свеобухватној заштити од дискриминације, и у приватноправним односима, што се чини мање спорним од начина на који ће се то учинити. За приватно право важан је избор заштитних инструмената, јер он може битно да утиче на класична начела грађанског права, чак и да суспендује њихову примену.

2. Приватна аутономија и њена стара и нова ограничења

2.1. Приватна аутономија

Постулат да је грађанскоправни однос у целости препуштен вољи субјектата произлази из начела приватне аутономије. Слобода воље и слободна иницијатива доминирају грађанским правом, приватним такође,

5 Међу многима издвајамо зборник у коме су објављена предавања одржана у Центру за европско приватно право, *Non-discrimination in European Private Law* (ed. Reiner Schulze), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011. Упућујемо и на зборник радова са Треће регионалне конференције Форума за грађанско право Југоисточне Европе, одржане у Тирани 2013, са резултатима истраживања антидискриминационог права у Србији, Црној Гори, Македонији, Хрватској, Босни и Херцеговини и Албанији: *Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses (Autonomy and Anti-discrimination in Private Law*, на странама 15–168), Third Regional Conference, Tirana, 2013, Centre for SEELS, Skopje, 2013.

6 Иде се чак и до тврдње да је слобода да се други дискриминише основна слобода сваког од нас (Storme, Leible, 2011: 29). Коришћена аргументација – људска права – показује уплив јавноправних елемената у савремено приватно право, означено у правној теорији као конституционализација приватног права.

омогућавајући субјектима приватноправних односа да ове својевољно уређују, стварањем правила којима ће оптимално задовољити сопствене потребе и интересе. Отуда је већина грађанскоправних норми тек необавезујућа препорука, фаворизована када нема друге (и другачије) норме створене вољом појединца. Односи и институти уређени не овим – диспозитивним, већ императивним нормама – нису многобројни; највише их је у породичним и статусним стварима, у којима су општи интерес или неопходност заштите једне стране правног односа (нпр., детета у родитељско-дечјем односу) разлози већем државном мешању.

Приватна аутономија и слобода уговарања, као њен израз у уговорним односима, где достиже свој врхунац⁷, заснована је на либералној филозофији 19. века, теорији *laissez – faire* и вери у свемоћ људске воље и способности човека, као свесног и умног бића, да обликује правило које ће најбоље одговарати његовим интересима, али га и обавезивати да се држи дате речи. Вера у човекову разумну процену за себе најбољег и способност да то изрази уговором морала је свако накнадно мешање у уговорни однос видети као патерналистичко и неприхватљиво. Судија угрожава правну сигурност уколико одлучи да, због несразмере у вредности чинидаба, оконча уговорни однос који формално испуњава све услове пуноважности. Чинидаба се има испунити чак и ако противчинидаба није вреднија од „зрна бибера“⁸ (Zweigert, Kötz, 1996: 319, 321), јер су се тако договориле две пословно способне и разумне особе. Сликвито речено, кодификације из 19. века и либерална мисао, преовлађујућа у 19. веку; у сестринском су односу, лице и наличје исте појаве, истог духа који их је надахнуо.⁹

7 Попут сваког начела, и приватна је аутономија дефинисана на високом нивоу апстракције, па се конкретизује објашњењем својих испољавања у појединим гранама грађанског права. Поред већ наведене слободе уговарања (у уговорном праву), у стварноправним односима њен су израз непостојање обавезе да се право својине врши и слобода располагања својином, у наследном праву – оставиочева слобода завештајног располагања, у процесном праву – диспозиција у заштити повређеног или угроженог субјективног права.

8 У англосаксонском правном систему ово је радо навођено образложење става да уговор није неважећи и неправичан само због тога што за дато није добијена ни приближно сразмерна противвредност (*inadequacy of consideration*). Важном се сматрала процедурална правичност, која се могла проверити без улажења у садржину уговора (важни су пословна способност, предмет уговора и *consideration*). Садржајна (заправо суштинска) неправичност у другом је плану и она сама неће учинити уговор неважећим.

9 Тако ће немачки цивилисти свој грађански законик назвати братом либерализма 19. века, Franz Wieacker, „Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft“, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, ed. Franz Wieacker, Athenäum Fischer, Frankfurt a/M, 1974, нав. према: Hannes Rösler, „Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual

У таквом мизансцену није било много простора за државну интервенцију, нити се она сматрала потребном: једноставно се веровало у човеков разум и његову способност рационалног и самоодговорног понашања.¹⁰ Двадесети век, посебно економска криза двадесетих година, пољуљао је владајућу парадигму. Формална једнакост, уписана у друго важно грађанскоправно начело – начело равноправности и координације воља, не мора нужно да води и суштинској равноправности, зато што ову, више од правних норми и постулата, одређују социјални и материјални положај, интелектуалне способности и образовање, психолошки профил страна једног односа. Таква неравноправност не афирмише слободу воље обеју страна, већ само оне бољег положаја, најчешће материјалног. Ради обезбеђења суштинске равноправности, као предуслова да за све учеснике грађанскоправног односа овај буде израз њихових слободних воља, нужна су одступања од приватне аутономије.

2.2. Ограничења приватне аутономије у савременом праву

У зависности од врсте грађанскоправног односа, принцип приватне аутономије или је доследно спроведен или, због значаја правног односа на који се примењује или претежнијег интереса, нужно ограничен, сразмерно и примереним средствима. Класична три круга ограничења којима се обезбеђује остваривање заједничког (општег) интереса јесу принудне (императивне) норме, јавни поредак, морал и добри обичаји.

Сврха грађанскоправних односа јесте задовољење индивидуалних потреба појединаца или њихових организација, у чијој су правној сфери видљиви и грађанскоправни учинци. Непосредне користи за друштво, по правилу, нема, а свакако не сме бити ни штете. Наведене границе служе усаглашавању појединачног интереса са општим, дајући држави право на контролу законитости и моралности за стране грађанскоправног односа жељеног циља. Од краја 19. века наовамо, чињеница да су сауговорачи изразили вољу без недозвољених притисака или мана (заблуде, принуде или преваре) није довољна за закључак да је он за обе правичан; инсистира се на *стварној* слободи одлучивања и *уговорном паритету* (*Vertragsparität*) (Unberath, 2012: 753). Не одустаје се од аутономије воље, већ се она прилагођава – за савремено уговорно право – типичном начину закључења уговора: уместо уговора којима су претходили преговори, преовлађују

Inferiority in Multi-Level Private Law“, *European Review of Private Law*, 4, 2010, стр. 732, нап. 14.

10 „Ко каже уговор каже правичност“ (Ripert, Carbonnier), јер се не очекује да две одрасле и рационалне особе закључе уговор противно својим интересима и на сопствену штету.

формуларни и адхезиони уговори, који своде слободу уговарања понуђеног на избор „узми или остави“ (Zweigert et al., 1996: 323). Контролом формалне и садржајне исправности уговора и успостављањем нарушене равнотеже, право се очигледно ставља на страну слабије стране, а слободу уговарања обогаћује појмом *суштинске уговорне правичности*.

У савременом праву има и других примера државног мешања у приватне односе, не би ли се слабија страна заштитила или довела у почетну позицију једнаку позицији друге стране. Овај, назовимо га државни интервенционизам или нови патернализам, најпре видљив у радном и породичном праву, области социјалног осигурања, праву о нелојалној конкуренцији, данас постоји и у односима који су језгро грађанског права и у којима је најмање изузетака од сва четири његова начела. Сведочимо нарочитој заштити потрошача, поштреној предуговорној дужности информисања, посебним заштитним правилима о оглашавању производа, праву на одустанак од ваљаног уговора, заштити од неправичних уговорних клаузула (Rösler, 2010: 735–743). Додатна заштита слабије стране о којој је овде реч оправдава се познатим аргументима: само формална прокламација слободе воље не гарантује да ће обе стране уговорног односа равноправно и једнако допринети његовом обликовању.

Структурална неједнакост моћи, посебно економске, нарушава уговорни паритет, тиме и могућност самоодређења слабије стране.¹¹ Отуда се у савременој доктрини грађанског права говори о материјализацији његових основних начела (Canaris, 2000: 273–364; Riesenhuber, 2006: 355–356), о социјалној правичности у грађанском праву, његовом подруштвљавању (Rösler, 2010: 751), конституционализацији (Leible, 2011: 36), којим се појмовима објашњавају нови циљеви грађанског (шире и приватног) права, донедавно, у подели на јавно и приватно право, садржаних у сфери овог првог. Право о заштити потрошача и антимонополско право добар су показатељ преобликовања класичних грађанскоправних постулата под утицајем општих интереса, потребе заштите слабије стране, обезбеђивања свим субјектима равноправних услова за учешће на тржишту.

11 У чувеној одлуци, колоквијално названој Јемство, Савезни уставни суд Немачке одлучивао је о праву суда да испитује садржину уговора о јемству којим се обавезала сиромашна особа, без редовних прихода. Заузео је став да су грађански судови дужни да интервенишу и омогуће измену уговора чија је једна страна у суштински подређеном положају и за коју би уговор имао изузетно тешке последице. Ово је, према Суду, последица истовременог дејства приватне аутономије и уставног принципа државе благостања. BverfG 19 Oct. 1993, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE) 89, 214, 232, 233. Нав. према: H. Rösler, „Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-Level Private Law“, *European Review of Private Law*, 4, 2010, стр. 733–734.

Антидискриминациона правила у европском приватном праву можда су најизразитији пример продора јавног у приватно право, такође и ново ограничење приватне аутономије.

3. Забрана дискриминације

Стављање другог у другачији положај само због његовог личног (идентитетског) својства јесте дискриминација. Израз потиче од латинског *discriminare* и у свом основном значењу описује другачије поступање, понижавање, потцењивање. Поред овог, негативног и најчешћег разумевања, дискриминација има и неутрално значење – разликовање, другачије поступање. Законском забраном дискриминације санкционишу се поступци којима се особа, због неког свог личног својства, ставља или би могла бити стављена у неповољнији положај (непосредна дискриминација).¹² Неповољан положај може исходити и из понашања (акта, радње, пропуштања) привидно заснованог на начелу једнакости и забране дискриминације, а суштински – дискриминаторског, зато што се поступа исто према особама које су у различитим ситуацијама.¹³ Ова дискриминација је посредна. Родно место израза је америчко прецедентно право, први пут поменуто у случају *Griggs v Duke Power Company*.¹⁴ Европски суд правде га је употребио у случају *Defrenne II*¹⁵ и објаснио да има таквих, наизглед неутралних и недискриминаторних, поступака, који се ипак имају сматрати супротним принципу забране дискриминације. Након неколико сличних одлука, појам посредне дискриминације ушао је и у европско законодавство.¹⁶

12 Члан 6 Закона о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, бр. 22/09.

13 Видети чл. 7 Закона о забрани дискриминације. Непосредном се дискриминацијом са особама у упоредивим ситуацијама неоправдано поступа различито, и она је уочљива на први поглед. Посредна дискриминација је „финији“ облик, зато теже уочљив, јер примена наизглед неутралног правила, које не треба да буде осетљиво на лична својства особе на коју се примењује, ову суштински доводи у неповољан положај. Видети и: Ивана Крстић, коментар чл. 6 и 7 Закона о забрани дискриминације у: Петрушић, Крстић, Маринковић, *Коментар Закона о забрани дискриминације*, Правосудна академија, Београд, 2014, стр. 40–42 и 44–45.

14 *Case Griggs v Duke Power Co.* [1971] 401 U. S. 42491 S.Ct 849.

15 *Case ECJ C-43/75, Defrenne v Societe Anonyme Belge de Navigation Aeriennes (SABENA)* [1975].

16 У оснивачким уговорима Европске уније није издвојен ниједан посебан облик дискриминације, па тако ни посредна, већ је ова уопште забрањена, без обзира којим се поступком испољава.

Забрана дискриминације природна је последица гаранције поштовања људског достојанства и цивилизацијског консензуса да је свако људско биће, самим тим што то јесте, вредно по себи и да има право на уважавање и поштовање. То потврђује читав корпус међународних аката Уједињених нација и Унеска, регионалних организација, напослетку и прописи Европске уније¹⁷. Већина држава је уставима гарантовала право на једнакост и равноправност, а дискриминацију забранила. На темељу ових уставних норми државе (међу њима и наша) донеле су посебне антидискриминаторне законе.¹⁸

Ради даље анализе, чиме захватамо у европско приватно право, потребно је указати на правила којима се у Европској унији остварује право на једнако поступање, без дискриминације.

4. Извори антидискриминационог права у Европској унији

Антидискриминационо право Уније јесте скуп јавноправних и приватноправних норми, које треба тражити у: оснивачким уговорима, Повељи о основним правима у Европској унији, Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, секундарном праву (превасходно у смерницама) и одлукама Европског суда правде и Европског суда за заштиту људских права. Овај скуп правних извора различите правне снаге, дејства и начина примене у државама чланицама служи остваривању политике коју Унија спроводи на унутрашњем тржишту, где су сви субјекти у једнаком положају, а кретање људи, робе, услуга и капитала слободно.¹⁹

17 Уговор о функционисању Европске уније, Повеља о основним правима у Европској унији, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, антидискриминационе смернице, пракса судова Уније.

18 Осим Закона о забрани дискриминације и: Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом (*Сл. гласник РС*, бр. 33/06), Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом (*Сл. гласник РС*, бр. 26/09), Закон о равноправности полова (*Сл. гласник РС*, бр. 104/09), Закон о заштити права и слобода националних мањина (*Сл. гласник РС*, бр. 72/09). Уставне гаранције су у чл. 21 Устава (*Сл. гласник РС*, бр. 98/06), којим је дискриминација забрањена, прописано да су пред Уставом и законом сви једнаки и да свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације. Важна је и гаранција неприкосновености људског достојанства, које су сви дужни поштовати и штитити, прописана чл. 23 Устава.

19 Видети чл. 26 Уговора о функционисању Европске уније.

4.1. Забрана дискриминације у примарном праву ЕУ

Забрана да лична својства буду разлог неједнаког поступања садржана је у двама члановима Уговора о функционисању Европске уније: у чл. 18 Уговора, у коме је санкционисано прављење разлике према националности, и чл. 19 Уговора, са широм листом забрањених дискриминаторских разлога и овлашћењем Европском парламенту и Савету за предузимање мера сузбијања дискриминације. На листу забрањених разлога додати су: пол, расно и етничко порекло, религијско или друго уверење, инвалидитет, старосна доб и сексуална оријентација. Нормативног антидискриминаторског карактера су и одредбе о четирима основним слободама на унутрашњем тржишту Уније; и кад је дозвољено ограничити их, то нипошто не сме довести до дискриминације (нпр., робе пореклом из друге државе чланице), било отворене, било прикривене.²⁰

У Повељи о основним правима у Европској унији²¹ дискриминаторно понашање се посматра као повреда једнакости, која је – заједно са достојанством, слободом и солидарношћу, као неотуђивим и универзалним вредностима – уграђена у темељ Уније. Сврставањем свих права и слобода из Повеље под једну од ове четири вредности лакше се утврђује непосредни заштитни објект норме: забраном дискриминације из чл. 21 Повеље непосредно се штити (право на) једнакост, посредно – људско достојанство, чије је уважавање универзална морална обавеза сваког према свакоме. Издвојено је неколико личних својстава појединца или групе који не смеју бити разлог неједнаког поступања: националност, пол, раса, боја коже, етничко или социјално порекло, генетске карактеристике, језик, религија или уверење, политичко или друго мишљење, припадност националној мањини, имовински положај, рођење, инвалидитет, године старости и сексуална оријентација.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода²² забрањује дискриминацију чланом 14, прописивањем да се њоме установљена права и слободе имају уживати без дискриминације засноване на разлозима попут пола, расе, боје коже, језика, религије, политичког или другог уверења (мишљења), националног или друштвеног порекла, припадности националној мањини, имовинског положаја, рођења или

20 Видети нпр. чл. 36 Уговора о функционисању ЕУ, којим су уређени допуштени изузеци од слободе кретања робе.

21 Charter of Fundamental Rights of the European Union, consolidated version *OJ C 326 of 26 October 2012*, p. 391.

22 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Сл. лист, СЦГ*, бр. 9/03.

статуса друге врсте. Употребом израза „разлози попут“ (*any ground such as*) истиче се отвореност листе и могућност да се и други разлози дискриминације сматрају повредом Конвенције.

На наведеним изворима примарног права засноване су смернице (извори секундарног антидискриминаторног права), ужег предмета уређења. Њима је забрана дискриминације конкретизирана издвајањем личног својства и врсте правних односа (правних ситуација) у којима оно не сме бити повод неједнаком поступању.²³

4.2. Забрана дискриминације у секундарном праву ЕУ – смернице о забрани дискриминације важне за грађанско право

Међу смерницама о забрани дискриминације, својим значајем за грађанско право издвајају се две: Смерница 2000/43/ЕЗ од 29. 6. 2000. о примени принципа једнаког поступања без обзира на расно или етничко порекло и Смерница 2004/113/ЕЗ о примени принципа једнаког поступања према мушкарцима и женама у приступу роби и услугама и снабдевању њима. Осталим смерницама промовише се право на једнако поступање у питањима запошљавања, samozapoшљавања и на раду, а државе обавезују на санкционисање свих облика дискриминације одговарајућим мерама.²⁴

Године 2006. донета је још једна важна смерница за грађанско право – Смерница 2006/123/ЕЗ од 12. 12. 2006. о услугама на унутрашњем тржишту.²⁵ Њоме се забрањује дискриминаторно поступање према појединим учесницима на тржишту због њихове националности (држављанства) или пребивалишта/боравишта које им отежава или онемогућава коришћење услуга доступних јавности.

23 На пример, Смерницом 2004/113/ЕЕЗ о примени принципа једнаког поступања према мушкарцима и женама у приступу роби и услугама и снабдевању њима забрањени дискриминаторни разлог је пол, а заштићена правна ситуација – снабдевање робом и услугама доступним јавности, без обзира на то да ли је друга страна правног односа субјект јавног или приватног права.

24 Смерница Савета Европе 2000/78 од 27. 11. 2000. о установљавању општег оквира за једнако поступање приликом запошљавања и обављања делатности (*Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000, establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. OJ L 303/16, 02. 12. 2000*); Смерница 2006/54/ЕЗ Европског парламента и Савета Европе о примени принципа једнаких шанси и једнаког поступања према мушкарцима и женама у питањима рада и запошљавања (*Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000, establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. OJ L 303/16, 02. 12. 2000*).

25 OJ L 376/36, 27. 12. 2006. *Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006, on services in the internal market.*

Правилима смерница о забрани дискриминације као модел послужили су англоамеричко право и судска пракса (Geddes, Guiraudon, 2004: 334, 340–344). За њихову примену у државама чланицама значајан је став Европског суда правде о могућем непосредном хоризонталном дејству секундарног права – између правних субјеката у њиховим грађанскоправним односима – осим вертикалног, као правила.²⁶ Таквог су дејства смернице којима се конкретизују општи принципи примарног права и њима установљене слободе. У случајевима *Kücükdeveci* и *Mangold* Суд је забрани старосне дискриминације приписао непосредно дејство, какво, према чл. 18 Уговора о функционисању ЕУ, има једино забрана дискриминације по основу националности. Претходно је указао да Повеља о основним правима у Европској унији забрањује старосну дискриминацију (чл. 21), да је њена правна снага једнака снази оснивачких уговора, отуда и једнаког, непосредно обавезујућег дејства, чак и за учеснике грађанскоправног односа.²⁷

5. Утицај забране дискриминације на грађанско право

Забраном дискриминације обезбеђујемо једнакост у поступању према свим особама у упоредивим ситуацијама. Да ли је грађанском праву, с властитим постулатима о начину понашања правних субјеката, потребна и ова забрана?

Међусобно опхођење страна грађанскоправног односа одређено је принципом једнакости субјеката грађанског права и равноправности њихових воља.²⁸ Његовим поштовањем одлука која треба да има грађанскоправно дејство постаје суштински аутономна и одраз праве воље свог доносиоца. Равноправност индивидуалних воља се објашњава чињеницом да се грађанска субјективна права и обавезе заснивају, тј. преузимају ради остварења властитих интереса, који се, у случају међусобне супротстављености, имају усаглашавати са равноправних

26 На основу ког су права смерницом призната грађанскоправним субјектима непосредно спроводива само према држави; да би смерница деловала према другим субјектима приватног права, потребно је да буде преузета у домаће право.

27 Овакво тумачење Суда није прошло без критика. Видети, нпр., Lauber, A., „From Market Integration to Human Integration: How Non-Discrimination Illustrates Fundamental Rights Aspects in Private Law“, *Non-Discrimination in European Private Law*, Schulze, R. (ed.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, стр. 181–182. Leible, S., „Prinzipien und Konzepte des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Privatrecht“, *Non-Discrimination in European Private Law*, Schulze, R. (ed.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, стр. 38–42.

28 Члан 11 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93. Даље: 300): „Стране у облигационом односу су равноправне.“

позиција. Грађанском праву је неприхватљиво потчињавање једне воље другој, тобоже значајнијој.

Понекад, ипак, није довољно само позвати се на начелну једнакост страна, па да оне то суштински и буду. Ова равноправност само је формалноправна, и то се у правној доктрини редовно наглашава (Гамс, Ђуровић, 1982: 40; Ковачевић Куштримовић, Лазић, 2008: 102). Чини се да је грађанско право најосетљивије на неједнакост у економској снази, јер већина његових корективних правила треба њу да отклони или је учини макар прихватљивом. Уколико је због ње нарушено начело еквивалентности чинидаба, могући су раскид обостранообавезујућег уговора или његова ревизија (чл. 133 ЗОО); поништење правног посла, јер је зеленашки или са прекомерним оштећењем, такође је условљено одступањем од овог правила (чл. 139 и 141 ЗОО). Има и других одредаба намењених успостављању нарушене уговорне равнотеже, али примењивих у *постојећем* правном односу.

Почетак дејства и чињеница да поменуте норме већином отклањају економску неједнакост, не и ону изазвану неким идентитетским својством (полом, вером, етничком или расном припадношћу...), праве значајну разлику између домашаја грађанскоправног начела равноправности и једнакости и забране дискриминације. Оно се показује недовољним (није претерано рећи и неприменљивим) пре настанка грађанскоправног односа, посебно уговорног, и избора друге стране, јер ту, осим изузетно, доминира аутономија у одлучивању. Неизабрани би могао тврдити да је дискриминисан зато што су му неоправдано²⁹ понуђени неповољнији услови, или зато што уопште није разматран као уговорни партнер. Понудилац би имао право да свој избор брани позивањем на гарантовану му аутономност и непостојање дужности да се образложи учињени избор, па и кад је дискриминаторски, јер и такво понашање дозвољава начело приватне аутономије.

С друге стране, коме се пребаци да је неоправдано неједнако поступао према другом морао би доказати или да поступак није дискриминаторски или да за дискриминацију има ваљаног оправдања. Колоквијално речено, треба положити рачуне, објаснити чему стављање особе у неповољан положај ако такво поступање не захтевају тип или специфичности уговорног односа.³⁰

²⁹ Мисли се на услове чије испуњење уопште није важно за уговор, јер би овај, и без њих, био исти.

³⁰ Зато што уговор није *intuitu personae* или зато што га је учесталост у пракси у доброј мери стандардизовала.

5.1. Смернице 2000/43/ЕЗ и 2004/113/ЕЗ као модел антидискриминационих правила у Нацрту заједничког појмовног оквира

Грађанскоправни значај Смернице 2000/43/ЕЗ од 29. 6. 2000. о примени принципа једнаког поступања без обзира на расно или етничко порекло и Смернице 2004/113/ЕЗ о примени принципа једнаког поступања према мушкарцима и женама у приступу роби и услугама и снабдевању њима можемо посматрати из два угла.

Први угао гледања тиче се предмета уређења, субјеката на које се смернице примењују и конкретних обавеза држава у вези са њиховим спровођењем.

Обема се смерницама захватају правни односи о прибављању робе или коришћењу услуга намењених неодређеном броју лица, тј. јавности, у чијем заснивању није допуштено правити разлике према раси, етничком пореклу или полу прибавиоца робе и корисника услуге.³¹ Инструменти у оваквом правном промету уређени су нормама приватног права – уговорног и трговинског, пре свега, и треба их прилагодити норми о забрани дискриминације. Најнепосреднијем утицају, и то ограничавајућем, изложена су начела приватне аутономије и слободе уговарања.

Дужност једнаког поступања обавезује све правне субјекте, и јавног и приватног права, који јавности нуде робу и услуге. Следствено томе, ни уговор између приватноправних субјеката не сме бити дискриминаторан, а такав је ако су избор друге стране, услови закључења и садржина уговора искључиво били одређени њеним расним или етничким пореклом или полом.

Смернице су акти непосредног дејства на државе, а посредног – на субјекте у корист, тј. на терет којих су установљена конкретна права и обавезе. Обавеза је државе да за сваки облик дискриминације обезбеди делотворну санкцију, у судском, управном или поступку помирења.

Посматрање антидискриминационих смерница из другог угла тиче се њиховог могућег утицаја на будуће, заједничко европско приватно право. Анализом треба обухватити Нацрт заједничког појмовног оквира³², којим

31 Смерница 2000/43/ЕЗ обухвата и друге правне односе: запошљавање, samozapošljavanje, рад, организовање запослених, социјалну заштиту, социјално и здравствено осигурање, образовање.

32 *Draft Common Frame of Reference, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, prepared by Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis-Group), ed. by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, Sellier. European Law Publishers GmbH, Munich, 2009. Даље: Нацрт.

се предлажу референтни принципи, дефиниције и модел-правила за јединствено уређење приватноправних односа у Европској унији. Нацрт је сачинила група стручњака из Студијске групе за Европски грађански законик и *Acquis*-групе, не би ли европском законодавцу послужио као „водич или приручник“ (Нацрт, 2009: 31) у раду на грађанској кодификацији.

Нацртом је забрана дискриминације уобличена у посебно субјективно право да се не буде дискриминисан (II – 2:101, *Right not to be discriminated against*), заштићено деликтном одговорношћу за проузроковану штету, али – и то је новина – мерама које се иначе примењују због повреде предуговорних и уговорних дужности (II – 2: 104 Нацрта). Појам, облици и забрањени дискриминаторни разлози, као и грађанскоправне ситуације у којима се ово право остварује, преузети су из поменутих смерница.

Забрана дискриминације је општи принцип примарног права Европске уније. Нацртом је она конкретизована признањем посебног права да се због пола, етничког или расног порекла не буде дискриминисан у „уговорном или другом правном односу чији је предмет приступ роби и услугама доступним јавности, или снабдевање њима“ (II – 2: 101 Нацрта). Други правни однос превод је у Нацрту употребљеног израза *juridical act*, који обухвата правне радње предузете са циљем изазивања одређеног правног учинка. Из објашњења аутора сазнајемо да се мислило на правно обавезујуће изјаве воље (и конклюдентне радње) попут: понуде и прихвата понуде; једностраних обећања и обавезивања непосредног дејства, без потребе прихватања; дозвола и одобрења; овлашћивања другог и издавања пуномоћја; одустанка, опозива, отказа или раскида; једностраних правних радњи којима се стварају или преносе права или их се титулар одриче (Нацрт, 2009: 170). Овај скуп најразличитијих правних радњи повезује истоветна правна последица: особу која их је предузела правно обавезују одмах и непосредно, независно од понашања друге стране. Обавеза понекад може бити условљена, као код једностраних обећања или обавезивања, али без утицаја на описани основни правни учинак. Важним се чини нагласити да заштита права да се не буде дискриминисан почиње пре закључења уговора, од тренутка исказане намере да се прибави роба или користи услуга, обухвата све фазе уговорног односа,³³ укључујући и остваривање права због неиспуњења обавезе (III – 1: 105 Нацрта).

Уговори су главно, не и једино, поље важења забране дискриминације; обухваћени су сви облигациони односи, „уговорни, ‘постуговорни’ и

33 Предлог да се измене услови уговора или оконча постојећи правни однос део су заштићене сфере.

неуговорни, са одговарајућим прилагођавањима“ (Нацрт, 2009: 210)³⁴. Уговори (и изјаве воља сличног, обавезујућег дејства) јесу најчешћи правни инструменти у снабдевању робом и коришћењу услуга, и на њима ће се, пре свега, проверити делотворност предложених модел-правила. Прилика да се санкционише дискриминација у неуговорним облигационим односима, посебно ако им је извор проузроковање штете, биће (ако их и буде) неупоредиво мање.

Повреда овога права санкционисана је не само уобичајеним и неспорним правом на надокнаду (имовинске и неимовинске) штете, већ и мерама за отклањање последица неуредног испуњења или неиспуњења обавеза. Упућује се на сходну примену правила о деликтној и о уговорној одговорности.³⁵ Допуштено је кумулирање санкција, које својом врстом, висином и комбинацијом треба да буду сразмерне учињеној повреди (или очекиваној, а спреченој) и да имају превентивно дејство (II – 2: 104 Нацрта). Употребљеним изразима „одвраћајуће/спречавајуће дејство“ (*dissuasive effect*) сугерисано је да се и од грађанскоправне санкције очекује поучавајући и предупредујући утицај на јавност, својствен санкцији кривичног права.

За грађанско право ово није новина нити непозната територија (одузимање предмета чинидбе забрањеног уговора сведочи томе у прилог). Пре је логична последица две, међусобно условљене, чињенице. Једна је конституционализација приватног/грађанског права, којом му се додељује улога везана за јавноправне норме.

Основна тема и ограничени простор не дозвољавају нам дубљу анализу појма конституционализација. На овом месту нека само буде примећено да се њиме описује утицај норми примарног права Европске уније на грађанско право и његове основне принципе, инспирисане другачијом философијом и сврхом. У таквом контексту, потребним се чини преиспитивање поделе права на јавно и приватно, и смислености да интерес истраје као преовлађујући (ако не и доминантан) критеријум поделе. Утисако „мешању“ јавног са приватним правом појачава став Европског суда правде, заузет у

34 Није сасвим јасно шта су „постуговорне обавезе“. Мogle би обухватити дискриминаторно понашање једне стране према другој по престанку уговора, на пример, закуподавац због пола свог некадашњег закупца о овом даје нетачне информације (пример наведен код: Navarro, S. N., „Sex Discrimination in European and Spanish Contract Law“, *Non-Discrimination in European Private Law*, Schulze, R. (ed.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, стр. 247).

35 Књига VI (Неуговорна одговорност за штету проузроковану другом) и Књига III, Поглавље 3 (Последице неиспуњења уговора).

неким случајевима, о могућем непосредном (хоризонталном³⁶) дејству на приватноправне односе општих принципа из примарног права Уније, тако и забране дискриминације.³⁷ Таквим ставом Суд премошћава посредно дејство извора секундарног права, превасходно смерница, на национално право. Подсетимо се да је за уживање и заштиту права из смерница потребно да држава њихов садржај учини делом домаћег права. Повезано с нашим темом, потребно је донети посебне законе о забрани дискриминације или постојеће усагласити са тзв. антидискриминационим смерницама. Неусаглашеност иде на штету домаћег права, јер га национални судови држава чланица неће применити. Смерница која изражава општи принцип ЕУ, какав је и забрана дискриминације, примениће се непосредно, не само у односу држава – приватноправни субјект већ и у међусобним односима грађана и њихових правно признатих организација.³⁸

Друга чињеница произлази из описаног тренда – употреба грађанско-правних инструмената ради остварења дистрибутивне правде (нема је без забране дискриминације), коју је до сада било дужно обезбедити јавно право. Највише могућности да одговори овој улози има новчана накнада штете, чију висину тада не одређују искључиво врста и последице дискриминације, већ економска снага продавца/пружаоца услуге и његов тржишни положај (Нацрт, 2009: 235). Оваквим се критеријумима одмеравања висине накнаде удаљавамо од општих правила одштетног

36 Дејством уставних принципа на односе између појединаца бави се и Савезни уставни суд Немачке, што је теоретичарима, пре свега уставног, права познато као *Drittwirkung-effekt*.

37 Case C-144/04 *Werner Mangold v. Rüdiger Helm* [2005]. Суд је заузео став да је старосна дискриминација, у овом случају на раду, повреда забране дискриминације као општег принципа комунитарног права. О важењу забране у другим, репрезентативнијим грађанскоправним односима, Суд се овом приликом није изјашњавао, али није је ни децидно ограничио искључиво на област рада и запошљавања. Оправдана су питања о дејству таквог става на, на пример, националне норме статусног, породичног или уговорног права о старосној граници за стицање пословне способности и еманципацију (постављена у: Basedow, J.. „The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary“, *European Review of Private Law*, 3/2010, стр. 463–465).

38 Case C-555/07 *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* [2007]. Још један случај старосне дискриминације (са потврђеним ставом из случаја Манголд) сведочи о формираном ставу Суда да је поштовање људских права општи принцип права Европске уније, садржан у њеним оснивачким уговорима и Повељи о основним правима у Европској унији.

права, и репарацији, тј. сатисфакцији, као превасходним циљевима накнаде штете, додељујемо казнену улогу.³⁹

Накнада штете је најчешће предвиђена санкција; у смерницама које су у основи Нацрта, једина је посебно поменута. У већини националних антидискриминационих закона прописана је као једна од мера судске заштите од дискриминације.⁴⁰ Указали смо да се Нацртом проширује листа санкција, додавањем мера типичних за повреду уговора, укључујући и његово неиспуњење. Оне су: раскид уговора, поништење уговора у целини или његових дискриминаторних одредаба (делимична ништавост), замена дискриминаторних одредаба неутралним и принудно испуњење неновчане обавезе. Уколико је дискриминисаном ускраћена могућност да закључи уговор или је због неправичних услова од тога сâм одустао, суд може наложити да се с њим закључи уговор под уобичајеним условима. Ово је најозбиљније ограничење слободе уговарања, искључује избор уговорног партнера и треба га примењивати опрезно.

Према Закону о облигационим односима, ако је неко по закону обавезан да закључи уговор, заинтересовано лице може захтевати да се такав уговор закључи без одлагања.⁴¹ Законска одредба обавезује лица која обављају делатност од општег или ширег друштвеног интереса (јавне службе), пружаоце услуга од општег економског интереса за потрошаче⁴² и субјекте који у пословању користе ограничене ресурсе или природна богатства, јер свима треба да буду доступна под једнаким условима. Повреда ове дужности санкционише се правом на накнаду штете (чл. 183 и 184 ЗОО).⁴³ У Нацрту нема оваквих ограничења, тако да се мера може применити без обзира на врсту делатности и егзистенцијални значај робе или услуге. Избор мере треба да одреде њена сразмерност са последицом повреде, учинковитост и способност да предупреди будућу дискриминацију одвраћањем могућих починилаца. Није довољан захтев дискриминисаног, већ и процена суда да је принудно закључење уговора најбољи или једини начин отклањања повреде.

39 У англосаксонском правном систему томе служи *punitive damages*, која у већини права европскоконтиненталног правног система нема свој пандан.

40 Видети Закон о забрани дискриминације, чл. 43, ст. 1, т. 4.

41 Члан 27, ст. 1 Закона о облигационим односима Видети и Закон о енергетици (*Сл. гласник РС*, бр. 145/14), по коме се обавеза пружања јавних услуга у енергетској делатности може увести уколико је неопходно обезбедити сигурност, редовност и квалитет у снабдевању.

42 Члан 83, ст. 1 и 2, т. 2 Закона о заштити потрошача, *Сл. гласник РС*, бр. 62/14.

43 По Закону о енергетици (чл. 123 и 145), одбијање да се закључи уговор са купцем који испуњава услове санкционише се у поступку инспекцијског надзора, у коме је инспектор овлашћен да наложи прикључење на енергетски систем.

5.2. Оцена предложених модел-правила

Насупрот праву да се не буде дискриминисан стоји обавеза да се други не дискриминише. Захваљујући таквом односу права и обавезе предложеног Нацртом заједничког појмовног оквира, дискриминацију је могуће санкционисати обавезним закључењем било ког уговора, независно од врсте робе, карактера услуге (услуга од општег економског интереса) и тржишног положаја њиховог снабдевача (монополски или доминантан положај). Једино је важно да су роба и услуга понуђени на тржишту, неодређеном броју лица. Коректив у примени ове мере требало би да буде економски: примењивати је само ако тржишни механизми не могу да отклоне последице дискриминаторног поступка, јер нема алтернативне понуде и могућности да се потреба задовољи на другом месту (дискриминатор је монополиста). Посматрано у контексту оснивачким уговорима гарантованог права на слободан приступ унутрашњем тржишту ЕУ, обухватање свих уговора модел-правилом постаје саморазумљиво: не ради се само о заштити достојанства дискриминисаног, већ (можда и пре свега) о спречавању да дискриминација угрози економске темеље Уније – тржишну привреду, предузетнички дух и слободно надметање привредних субјеката.

Помињање тржишта у вези са антидискриминационом политиком Европске уније није случајно. Заправо је израз преовлађујуће карактеристике европског приватног права (уговорног права посебно) да је оно у битном одређено захтевом несметаног развоја слободног тржишта. Томе у прилог говори чињеница о усаглашавању најпре оних његових делова најпотребнијих либералном тржишту правилима која му обезбеђују несметано функционисање и развој (*market-oriented private law*). Не треба онда ни да нас чуди да се са уједначавањем националних приватних права држава чланица најпре и најдаље отишло у уговорним односима. На њима је тежиште рада већине радних група за израду модел-правила будуће, јединствене европске грађанске кодификације (Принципи европског уговорног права, Тренто пројекат, Анри Капитан група, Студијска група за израду Европског грађанског законика). Диктат тржишта видљив је и у вези са приступом заштити од дискриминације у приватноправним односима.

Јединствено тржиште Уније требало би да под једнаким условима буде доступно свим субјектима, били они снабдевачи робом и услугама или њихови корисници. Слободна иницијатива, тржишно надметање и конкуренција унапређују тржиште, на коме су робно-новчани односи добрим делом уређени грађанскоправним правилима, устројеним по

начелима приватне аутономије и слободе уговарања. Њима се гарантује слобода избора у вези са закључењем уговора, избором друге стране, одређивањем његове садржине и других, сауговарачима битних, елемената уговорног односа. Захваљујући непостојању дужности да се учињен избор образлаже, разлози на којима је заснован могу бити најразноврснији – добри, лоши или вредносно неутрални, ирационални, штетни по доносиоца одлуке. Очекује се да морално неприхватљиве разлоге (већина дискриминаторних основа је таква) искључи тржишна логика. Рачуна се на економски рационално понашање тржишних учесника, којима би основни критеријум у избору уговорног партнера требало да буде способност да испуни обавезу, а мотив – стицање добити. И критеријум и мотив су економски и објективни, тичу се уговора, а не личних својстава уговарача: продавцу је свеједно да ли је купац мушкарац или жена, које је националности, боје коже или вере; прихватљив је уколико може испунити обавезу, а код сталних пословних односа – и ако је савестан, поштен и поуздан партнер. Ко се руководи личним (не)склоностима или предрасудама ради у корист сопствене штете и конкуренције.

Тржишна правила сама по себи доприносе равноправности, јер профит и непрестано надметање искључују могућност да дискриминаторски мотиви буду одлучујући за избор друге стране уговора. Када тржиште добро функционише нема разлога да држава интервенише не би ли обезбедила суштинску равноправност (Riesenhuber, 2006: 358; Basedow, 2008: 9221, 923; Rösler, 2010: 755). Оправданим се разлозима сматра систематско ускраћивање одређене робе или услуге читавој групи појединаца истих личних својстава (из наше праксе, забрана Ромима уласка на јавни базен) или отежавање приступа наметањем услова који се од других не траже. Интервенција је потребна и ако дискриминатор има монополски положај. Конкуренција, као покретачки мотив једнаког поступања према другима, тада не постоји, нема ни алтернативне понуде, па би за дискриминисаног, без примене антидискриминационих норми, слободан приступ јединственом тржишту био само пука прокламација.

6. Закључак

Једнакој доступности добара и њиховој правичној расподели тежи дистрибутивна правда, која се, ограничавањем приватне аутономије забраном дискриминације, уноси у приватно право – подручје корективне правде. Овакав сусрет јавног са приватним правом сматра се изразом социјалне функције приватне аутономије (Riesenhuber, 2006: 189) и показује да је приватно право постало свесније своје шире друштвене улоге (Rösler, 2010: 751).

Укључивањем друштвених група чији су припадници због личних својстава изложени стварној дискриминацији, држава остварује своју социјалну функцију. Могли бисмо рећи да се понаша и помало патерналистички: ширењем домена забране дискриминације, дала је себи још један оправдан разлог да грађанскоправни однос не препусти у потпуности слободној вољи његових учесника, чак и ако би то значило промену темељних начела грађанског права.

Питањима забране дискриминације у грађанскоправним односима потребно је одмерено приступити, ради очувања њихове суштине и разлога заснивања. Провером дискриминаторних основа у пољу грађанског права и њиховог утицаја на заснивање и садржину односа које оно уређује, проучавањем насталих последица и могућности да буду оправдане легитимним циљем и избором примереног средства да се он постигне, пронаћи ћемо праву меру између аутономије и забране дискриминације.

Овој констатацији додаћемо општеприхваћени став да ни претерана слобода није пожељна, нити је могућа. Више но једном поновљено је да је историја слободе воље историја њеног ограничавања. Уговор, као акт слободне воље, и било какво њено ограничавање на први су поглед неспојиви концепти, али само ако их посматрамо изоловане од друштвене стварности. Развој друштвено-економских односа приморао је законодавца да одустане од немешања у приватноправне односе и да их, уколико одступају од општег интереса, примереним корективима усклади са њим. Било да су они изражени правним стандардима јавног поретка (*l'ordre public*⁴⁴) или добрих обичаја (*die gute Sitten*⁴⁵) или њиховом комбинацијом, како је то, уз додатак принудних прописа, учињено у нашем праву (чл. 10 300), израз су исте идеје: слободна иницијатива и самоодређење страна грађанскоправног односа морају се ускладити са општим интересом, као што се имају усклађивати и међусобно. Оваква ограничења слободе воље су добродошла и неодвојива од ње, јер би неограничена слобода поништила слободу других, али и саму себе.

Поглед на важније грађанске кодификације уверава нас да је свако време имало своје разлоге за ограничење приватне аутономије и начине да то постигне. Антидискриминационе норме, којима се забрањује да идентитетска својства другог (раса, етничко порекло, националност, пол, сексуално опредељење, религијско или друго убеђење...) буду разлог да се с њим не закључи уговор, исписују нове границе. Оне су једне од

44 Француски грађански законик, швајцарски Закон о облигационом праву, раније Српски грађански законик и Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору.

45 Немачки грађански законик, § 138.

најинтензивнијих спољних ограничења, долазе из јавног права, доносећи његов *reason d' être* и идеју о дистрибутивној правди.

Већина грађанскоправних односа јесте надградња над економским токовима, чији би циљ – стицање и увећање профита – требало да искључи дискриминаторно понашање, јер је економски нерационално. Критичари превеликог утицаја забране дискриминације на грађанско право полажу велике наде у деловање тржишних механизма, пристајући на уплитање државе антидискриминационом политиком само ако су за отклањање последица они неподесни или недостатни.

Алтернативном понудом може се отклонити само једна последица дискриминације – потпуно искључивање са тржишта, тако што ће се дискриминисани снабдети на другом месту и евентуалну разлику у цени превалити на дискриминатора. Кад нема такве понуде, под условом да дискриминисани жели, примерена и једина могућа мера јесте обавезно закључење уговора. Ниједна од мера не штити повређено достојанство, а ипак је то превасходни заштитни објект свих антидискриминаторних норми. Повреда ове врсте једино је отклоњива класичном, имовинском санкцијом грађанског права: накнадом штете, било у новцу, било натурално (извињењем или јавним објављивањем судске пресуде).

Литература

Basedow, J. (2010). The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary“. *European Review of Private Law*. 3(2010). 443–474

Basedow, J. (2008). Freedom of Contract in European Union. *European Review of Private Law*. 6(2008). 901–923

BverfG 19 Oct. 1993. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE)* 89, 214, 232, 233

Gams, A. Đurović, Lj. (1990). *Uvod u građansko pravo*. Beograd. Naučna knjiga

Geddes, A. Guiraudon, V. (2004). Britain, France and EU anti-discrimination policy: the end of an EU policy paradigm. *27 West European Politics*. Нав. према:

Hondius, E. (2011). Diskriminierungsschutz und Europäisches Vertragsrecht. У Schulze R. (ed.). *Non-Discrimination in European Private Law*. Tübingen: Mohr Siebeck. 199–207. (На стр. 200, нап. 3)

Закон о енергетици. *Службени гласник РС*. Бр. 145. 2014

Закон о забрани дискриминације. *Службени гласник РС*. Бр. 22. 2009

Закон о заштити потрошача. *Службени гласник РС*. Бр. 62. 2014

Закон о облигационим односима. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29. 1978; 39. 1985; 45. 1989 и 57. 1989. *Службени лист СРЈ*. Бр. 31. 1993

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. *Службени лист СЦГ*. Бр. 9. 2003

Zweigert, K., Kötz, H. (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr Siebeck

Ковачевић Куштримовић, Р. Лазић, М. (2008). *Увод у грађанско право*. Ниш: Пунта

Lauber, A. V. (2011). From Market Integration to Human Integration: How Non-Discrimination Illustrates Fundamental Rights Aspects in Private Law. У Schulze R. (ed.). *Non-Discrimination in European Private Law*. Tübingen: Mohr Siebeck. 181–195

Leible, S. (2011). Prinzipien und Konzepte des Diskriminierungsschutzes im Europäisches Privatrecht“. У Schulze R. (ed.). *Non-Discrimination in European Private Law*. Tübingen: Mohr Siebeck. 27 - 53

Navarro, S. (2011). Sex Discrimination in European and Spanish Contract Law. У Schulze R. (ed.). *Non-Discrimination in European Private Law*. Tübingen: Mohr Siebeck. 233–265

Perović, S. (1975). *Zabranjeni ugovori u imovinskopравnim odnosima*. Beograd: NIU Službeni list SFRJ

Петрушић, Н. Крстић, И. Маринковић, Т. (2014). *Коментар Закона о забрани дискриминације*. Београд: Правосудна академија

Reppen, T. (2007). Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet. У Josef Issense (Hrsg.). *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, стр. 11

Riesenhuber, K. (2006). *Europäisches Vertragsrecht*. Berlin: De Gruyter

Rösler, H. (2010). Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-Level Private Law. *European Review of Private Law*, 4. 729–756

Unberath, H. (2012). Freedom of Contract. In *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Vol. I. Oxford: Oxford University Press. 751–755

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98. 2006

Canaris, C-W. (2000). Wandlungen des schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung“. *Archiv für civilistische Praxis*. 200 (2000). 273–364

Case *Griggs v Duke Power Co.* [1971] 401 U. S. 42491 S.Ct 849

Case C-43/75 *Defrenne v. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne* [1976] ECR 455

Case C-555/07 *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* [2007]. [ECJ 19 January 2010]

Case C-144/04 *Werner Mangold v. Rüdiger Helm* [2005] ECR I-9981

Charter of Fundamental Rights of the European Union. OJ C 326 of 26 October 2012. P. 391

Wieacker, F. (1974). *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*. Franz Wieacker (Ed.). Frankfurt a/M: Athenäum Fischer. Нав. према: Rösler, H. (2010). Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-Level Private Law. *European Review of Private Law*. 4. 729 - 756 (на стр. 732, нап. 14)

Смерница 2000/43/ЕЗ о примени принципа једнаког поступања без обзира на расно или етничко порекло (Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000, implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial and ethnic origin) *OJ L* 180/22. 2000

Смерница 2004/113/ЕЗ о примени принципа једнаког поступања према мушкарцима и женама у приступу роби и услугама и снабдевању њима (Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004, implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services), *OJ L* 373/37. 2004

Смерница Европског парламента и Већа од 27. 12. 2006. о услугама на унутрашњем тржишту (Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006, on services in the internal market). *OJ L* 376/36. 27. 12. 2006

Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis-Group). (2009). *Draft Common Frame of Reference, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*. Ed. by Von Bar, C. Clive, E. Schulte-Nölke, H. Munich: Sellier. European Law Publishers GmbH

Ivana Simonović, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

PRIVATE AUTONOMY AND NON-DISCRIMINATION IN CIVIL LAW

Summary

The principle of private autonomy (autonomy of will) is one of the four pillars of Civil Law. It shapes civil law relations and the behaviour of the parties involved along with the principles of equality, the transfer of civil subjective rights and the property sanction aimed at protecting these rights.

Private autonomy entails a free manifestation of one's personality: the self-determination in terms of establishing civil relations, the freedom to choose the other party in contracts, and determining the contract content pursuant to the needs of the contracting parties. The link between individual competences constituting the content of private autonomy is the freedom of choice which inevitably implies the likelihood of unequal treatment, which is discriminatory and thus prohibited.

The non-discrimination is a constitutional principle in most modern countries. For the EU Member States, it is a binding rule arising from the founding treaties of the European Union and one of the instruments of exercising the four basic freedoms which this supranational organization is based on. The EU Member States are thus obliged to incorporate relevant provisions on the free movement of people, labor, goods, services and capital in their national legislations (including both public and private law).

The non-discrimination rule must be applied in civil law relations as well, which is clearly stipulated in a number of directives. The prohibition of discrimination was first implemented in employment relationships but in the meantime it has become a crucial factor in ensuring anyone's equal access to the free market and the supply of goods and services. Given that this type of legal transaction is governed by the rules of civil law and involves the use of its institutes (particularly contracts), there is a reasonable question whether the traditional principles of civil law mentioned above are subject to change. The model rules that shape the European Private Law indicate that it is a most likely direction in which this area of law will be developing in the period to come. In the Draft Common Frame of Reference, non-discrimination has become a standard in contractual matters involving the public supply of goods and services.

In this paper, the author analyzes the concept of non-discrimination rule and its relation with private autonomy for the purpose of examining their correlation: whether they are mutually exclusive or are more likely to have a limiting effect on each other, which implies developing relevant instruments for their co-existence in civil legislation.

Key words: *private autonomy, freedom to contract, non-discrimination, Draft Common Frame of Reference.*