

Др Лука Бренеселовић*
Адвокатска комора Београда
ORCID: 0000-0003-4376-3596

ДА ЛИ ВЛАСНИК ОБЈЕКТА (РАДЊЕ) МОЖЕ ИЗ СВОЈИХ ПРОСТОРИЈА УДАЉИТИ НЕЖЕЉЕНЕ КУПЦЕ?*

САЖЕТАК: У раду се настоји кориговати мишљење у пословној пракси већих радњи по коме власници и корисници пословних просторија не могу удаљити непожељне купце/поtroшаче из објекта. Питање је у овом тренутку актуелно због купаца који у објектима супермаркета, апотека и у другим радњама одбијају да носе заштитне маске. Рад прво указује на значај концепта својине какав је признат и у нашем праву, а затим се излагање употпуњује упоредноправним увидима у страну теорију (тзв. *privates Hausrecht* немачког права). Разматрају се обим и ограничења права газдовања објектом, као својинског овлашћења, те питање извршења одн. фактичне заштите тог права. Изражава се бојазан да би изостанак реакције одговорног лица у продавници на непоштовање епидемиолошких прописа могао бити основ за материјалну одговорност власника радње и тог лица, али и скуп чињеница које повећавају ризик изложености кривичном гоњењу.

Кључне речи: право својине, право газдовања објектом, непоступање по здравственим прописима, корона-вирус, *Hausrecht*

* breneselovic@gmail.com

** Рад је примљен 1. 10. 2020, измењена верзија рада достављена је 28. 10. 2020, рад је прихваћен је за објављивање 22. 1. 2021. године.

УВОД

У правном и пословном животу наших већих радњи поставило се, након избијања епидемије корона-вируса, питање да ли и под којим условима овлашћено лице у радњи може удаљити купца који се не придржава неке од прописаних мера санитарно-епидемиолошке заштите. У пракси наших предузећа, продавница намирница, угоститељских објеката, али и апотека, приметно је схватање да су пословођи и запосленима у радњи, у ситуацији када се у објекту задржавају потрошачи без маске – у целости „везане руке“. Трговински ланци, као примерице један велики страни ланац супермаркета у Београду, заузели су став да потрошаче који не носе маске запослени могу само неформално да опомену, али да им не могу забранити улазак у радњу или их накнадно удаљити из радње. Такво схватање је у Београду сада „очврсло“ у једно омишле мишљење које се излаже и понавља као проста правна истина. У овом раду желимо да покажемо да је такво схватање – осим што је непрактично из угла сузбијања епидемије – заправо и правно нетачно.

У првој тачки изложићемо да је, из правног угла посматрано, овлашћење да се одређује приступ и задржавање у било којој врсти просторија, па и у радњама, елемент основних власничких овлашћења која проистичу из права својине. Видећемо, затим, у другој тачки да у страниј правној теорији за тај скуп овлашћења газдовања објектом постоје посебни и разрађени институти. У трећем делу рада битно ће бити истаћи да овлашћење газдовања објектом, као ни само право својине у модерном праву, није без граница. Слободно газдовање наилази на границе института каква је забрана дискриминације, али то су, наравно, констелације које сужавају овлашћење газдовања као једно темељно и основно правило, а не искључују га на тај начин да би власницима радњи, у случају уласка корисника без маске, руке биле „везане“. Коначно, у четвртој тачки биће речи које мере могу бити правноваљане у случају када се купац у радњи задржава у њој противно израженој вољи власника, односно овлашћених лица.

ОВЛАШЋЕЊЕ ГАЗДОВАЊА ОБЈЕКТОМ

Овлашћење власника неког објекта да одређује приступ, задржавање и понашање у објекту није ни у једном нашем пропису као такво именовано. Међутим, другачије него у јавном праву, где овлашћења службених лица у начелу морају бити именована да би постојала, у приватном праву овлашћење коришћења (употребе) ствари по вољи власника

извире из правно признатог права својине. Својина је најпотпунији однос појединца-власника и ствари који му даје свеобухватно овлашћење да по свом слободном нахођењу држи, искоришћава и располаже стварима које му припадају.¹ То традиционално схватање својине, које је од значаја при сваком одређењу власникових ингеренција да поступа и да штити своју власничку позицију, прихваћено је и у чл. 3. Закона о основама својинскоправних односа. Оно је, као широко прихваћена општа тековина, предвиђено и у нацртима стварноправне материје који су израђивани у протеклом периоду, укључујући у првом реду и Преднацрт грађанског законика из 2015. године.²

Садржај права својине може се посредно и динамички изразити и навођењем битних особина њеног појма као што су свеобухватност, рекадентност или еластичност, трајност и независност.³ Треба истаћи да основна деоба овлашћења на „држање“, „искоришћавање“ и „располагање“ (неки аутори додају уместо коришћења „употребу“ и „коришћење“) не представља, ни у теорији ни у законодавству, исцрпан збир овлашћења. Те одреднице служе као клаузуле које мноштво могућих овлашћења власника своде на три (односно четири) изражене типичне ситуације.⁴ У стварности, право својине добија свој облик и типична овлашћења према природи и карактеристикама ствари која је предмет тог права у поједи-

¹ Станковић, О., Орлић, М. (2011). *Стварно право*, 9. изд. Београд: Номос, 56–58; Рашовић, З. (2008). *Стварно право*, 3. изд. Подгорица: Правни факултет, 73–83; Бабић, И. (2012). *Грађанско право 2: Стварно право*. Београд: Службени гласник, 77–80. Из старије литературе вид. још Константиновић, М. (1925/1982). Питање својине (1925), *Анали*, 30 (3–4), 282–284; Стојановић, Д. (1963). *Позитивно-правна ограничења приватне својине*. Београд; Гамс, А. (1971). *Основи стварног права*, 6. изд. Београд: Научна књига, 57–60, 74–75. За учења о „апсолутним“ правима уп. Водинелић, В. (2020). *Грађанско право*, 4. изд. Београд: Унион, 205–210; за појам „права власти“ вид. у истој књизи, 214–215.

² Уп. чл. 79. Нацрта Законика о својини и другим стварним правима из 2007/2010. године, чл. 1649. Преднацрта Грађанског законика. *Правни животи* 3–8/2016; начелно и аналитички Попов, Д. (2019). Појам права својине у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 53, (1), 1–16.

³ Уп. Рашовић, З. (2008). *Op. cit.*, 78–83.

⁴ Гамс, А. (1971). *Op. cit.*, 57, клаузира само са „коришћење и располагање“. Преднацрт Грађанског законика, чл. 1649. ст. 1, познаје четвородеобу из „држи, употребљава, прибира плодове и друге користи и њоме располаже“. Најсегментиранији је Нацрт Закона о својини и другим стварним правим, чл. 79. („нарочито да је држи, употребљава, присваја користи од ње, мења јој својства и намену, отуђи је или на други начин њоме располаже, све остале искључи од утицаја на ствар, захтева је од свакога ко је држи без правног основа, као и да не врши своја овлашћења у погледу ње“). За СГЗ и решења у упор. праву уп. Бабић, И. (2012). *Op. cit.*, 72, 76–79; Попов, Д. (2019). *Op. cit.*

начном случају. Тако се истиче да код – мањих – покретних ствари то право даје овлашћења да се тој ствари по сопственом нахођењу одреди положај у простору и да се она користи па и уништи, такође по нахођењу. Код непокретности – по природи ствари – изостаје слободно постављање ствари у простору, али *типичан је* начин коришћења радња свеобухватног газдовања, у оквиру кога власник одређује приступ и задржавање у згради, стану, у пословном простору или „на плацу“ односно земљишту.⁵

Речено показује, а правнике више подсећа него што доказује, да је правни став по коме лица – власници објекта не могу ограничити приступ или наложити удаљење из свог објекта у самој својој суштини нетачан и противан концепту својине који постоји у праву. Овлашћење газдовања је елементарно овлашћење које проистиче из свеобухватног права својине.⁶ То не значи да то овлашћење нема никаквих граница. Лице које се нађе на туђем земљишту и у туђој радњи не може бити изложено ни бахатости ни самовољи власника радње, нити лица која је он овластио да обезбеди да се ствар користи у складу са његовом власничком вољом. Овлашћење газдовања и ограничење приступа објекту имају своје границе – забрањено је вршити дискриминацију приликом газдовања објектима (вид. т. 3.). Начелно постоји свеобухватно овлашћење власника да одреди приступ, задржавање и понашање у објекту. Практично то значи да власник објекта 1) може забранити сваки приступ или улаз појединим лицима; 2) да та лица на његов захтев одмах морају напустити објекат. – Основ је свих тих варијанти својинских овлашћења чл. 3. ЗОСО, а она се, дакако, могу пренети и на имаоце ужих, изведених права односно закупце и плодоуживаоце као кориснике; осим самих власника и корисника објектом се правно може газдовати и преко овлашћених лица, где спадају и пуномоћници по запослењу у смислу чл. 98. ЗОО и чл. 34. ЗПД.⁷

⁵ Уп. Schulze, G. (2015). Das private Hausrecht, *Juristenzeitung*, 70 (8), 386.

⁶ Питање односа таквог овлашћења са класичном теоријском конструкцијом *ius excludendi tertii*, на коју је указано у рецензији прве верзије овог рада, може на овом месту остати отворено, јер је и сам *ius excludendi tertii* дериват начелног – свеобухватног – концепта својине. Постоји у знатном степену подударње у основној идеји; но ипак *ius excludendi tertii* стоји за једно апсолутно овлашћење искључења других (трећих) лица од коришћења ствари и спољњег утицања на ствар. Насупрот томе, право газдовања управо може значити и инклузију других (трећих) лица у оквиру и на начин како је власнику по вољи.

⁷ Уп. за пренос Schulze, G. (2015). *Op. cit.*, 387. У одређеним интересантним констелацијама (рецимо када се закуп приближи крају) може бити спорно да ли одговарајуће овлашћење газдовања има власник или пак лице на које је власник пренео право коришћења (закупац). Уп. Bressensdorf, T. von (2020). *Das private „Hausrecht“*. Baden-Baden: Nomos, 46, 93.

Знатан доказ значаја овлашћења газдовања објектом као елемента својинских овлашћења пружају одредбе кривичног права. У чл. 139. Кривичног законика предвиђени су модалитети повреде туђег стана и сваког другог туђег затвореног простора. Ти модалитети логички претпостављају право власника (и корисника) просторије да по вољи односно свом слободном нахођењу уреди приступ и задржавање у просторији. У првој варијанти инкриминисане радње према том пропису кривично је дело када неко „неовлашћено продре“ у туђ стан или туђе затворене просторе. Друга је варијанта радње када се непожељно лице „на захтев овлашћеног лица из тог стана или простора не удаљи“ (вид. чл. 139. ст. 1. КЗ). Ова инкриминација представља кривичноправни одраз овлашћења које имају корисници објеката на основу права својине или ког ужег права које обухвата несметано коришћење. Мада, у нашој науци кривичног права постоји и уже схватање према коме би овом инкриминацијом били заштићени само „лични“ простори попут приватних станова и кућа, те изнајмљених хотелских соба.⁸

ИЗ УПОРЕДНОГ ПРАВА: *DAS PRIVATE HAUSRECHT* НЕМАЧКОГ ПРАВА

У немачкој приватноправној теорији овлашћење газдовања објектом познато је као посебно, од стране теорије именовано право – *das Hausrecht*. Институт *Hausrecht*-а – од нем. *Haus* = кућа и *Recht* = право – је по немачкој правној теорији такво право које припада власнику или кориснику објекта да одлучује о приступу објекту, уреди његово коришћење (кућни ред) и захтева напуштање.⁹ Ово право савремена немачка правна теорија не схвата као посебно субјективно право у ужем смислу већ као практичну ознаку за скуп овлашћења власника и корисника која извиру из права својине, али и гаранција посесорне заштите.¹⁰ Специфичност је немачке дискусије да она нарочито истиче уставну утемељеност практичне вредности коју тако конструисан институт садржи. *Hausrecht* није тек било које право које се изводи из права својине, већ једно нарочито

⁸ Уп. Стојановић, З. (2016), Коментар Кривичног законика. Београд: Службени гласник, 492.

⁹ Hofmann, P. (2014). Das System des privatrechtlichen Hausrechts. *Juristische Ausbildung*, 36, (2), 141–151; Schulze, G. (2015). Das private Hausrecht. *Juristenzeitung* 70, (8), 381–391; Bressensdorf, T. von (2020). *Das private „Hausrecht“*. Baden-Baden: Nomos, посебно 113–140.

¹⁰ Bressensdorf, T. von (2020). *Op. cit.*, 54–64.

значајно право које усавршавајући власничку позицију уједно оптимизује вредности заштићене гаранцијом својине (чл. 14. немачког Устава [Основног закона]; чл. 58. ст. 1. Устава Републике Србије), али и начелом *приватне аутономије (аутономије воље)* у сопственом пословодству која се у Немачкој везује за гаранцију слободног развоја личности (чл. 2. ст. 1. немачког Устава; чл. 23. ст. 2. нашег Устава).¹¹

Из класичнога *Hausrecht-a* проистиче не само право да се ограничи приступ и захтева напуштање просторија, већ и право власника (корисника) да изрекне *Hausverbot* – забрану доласка у објекат.¹² Како немачка реч *Haus* не означава само породичну кућу, већ и угоститељске локале и радње (*Wirtshaus, Kaufhaus* и сл.), то је ово практично право власника локала и продавница да одређеним гостима/купцима трајно или трајније забране приступ објекту. Овим се правом власник користи да би искључио из својих објеката лица која ремете друге купце, праве неред, чине крађе, причињавају штету, или из других разлога нису пожељна у објекту. У одређеним случајевима изречени *Hausverbot* може бити врло контроверзан. Тако на пример када се познатом десничарском политичару забрани улазак у хотел, под претпоставком да би његово присуство реметило угођај и мир гостију који презиру претерано екстремне политичке ставове.¹³ Лица која имају *Hausverbot* у случају доласка у објекат чине у Немачкој самим уласком у објекат кривично дело нарушавања кућног мира (дело аналогно нашем чл. 139. КЗ) чак и када су у питању објекти, као радње, у које је улаз генерално дозвољен.¹⁴

Од нарочитог је интереса инсистирање немачке правне теорије да постоје декларативне и конститутивне приватноправне забране доласка у објекат. Немачка теорија полази наине од тога да је приступ трећим лицима у туђе објекте као такав, начелно забрањен. У објектима као што су веће радње и супермаркети „право уласка“ искључиво је утемељено у конклюдентно израженој вољи власника односно корисника таквих објеката да приступ и боравак у објектима допусте отвореном кругу корисника (генерална дозвола).¹⁵ Отуда у оним случајевима где нема генералне

¹¹ Уп. Hofmann, P. (2014). Das System des privatrechtlichen Hausrechts. *Juristische Ausbildung*, 36 (2), 142.

¹² Bressensdorf, T. von (2020). *Das private „Hausrecht“*. Baden-Baden: Nomos, 120–130.

¹³ Такво чињенично стање било је у основи пресуде немачког највишег суда која се означава као пресуда у „случају хотелијера“ – пресуда BGH од 9. 3. 2012 – V ZR 115/11, *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, 1725.

¹⁴ Вид. Lenckner, T, Sternberg-Lieben, D. (2006). in: *Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. изд., para. 123/27.

¹⁵ Bressensdorf, T. von (2020). *Op. cit.*, 120–130.

дозволе (стан, затворен фабрички круг, производни погон у пекари, клубови са контролом уласка) *забрана доласка која се изриче према пређашњим лицима* је декларативна. Она не одузима никакво постојеће право, нити конституише забрану, већ у форми забране декларише права и обавезе устручавања онако како већ постоје. Таква забрана-опомена није, међутим, без икаквог правног значаја. Она је значајна за субјективни аспект – од тренутка њеног изрицања треће лице, наиме, постаје несавесно, а и бивају испуњени критеријуми умишљаја који се тражи као елемент код кривичног дела нарушавања неповредивости стана.¹⁶ У оним случајевима, где као код радњи у периоду уобичајног радног времена, постоји генерална дозвола уласка, забрана приступа која се изриче трећем лицу њега као индивидуални акт искључује из опсега клијентеле којој је генерално дозвољен улаз. Таква забрана је као *actus contrarius* конститутивна.¹⁷

Из реченог се наслућује да код нас постоји једна искривљена перспектива, чији се основ можда може тражити у социјалистичком искуству. Наш начин мишљења не везује за улазак у одређену радњу или робну кућу актуелну правну свест да, за разлику од поште или можда железничког вагона, просторије радње и робне куће нису место на коме се на неки апстрактан начин, карактеристичан за логику јавне својине и гаранцију приступа коју уживају грађани, ради вршења послова има право боравити. У принципу значај немачког односно грађанског начина мишљења је у томе што је оно ваљано повезано са системом приватне својине: улазак у одређен туђ простор сваке врсте није право или овлашћење које би по себи постојало, већ радња оправдана туђом појединачном или генералном дозволом уласка. У туђем простору не важе (само) критеријуми „јавног реда и мира“ нити су конфликти који се у њему дешавају са вољом власника превасходно јавни. Приватне непокретности су простор „кућног“, индивидуалног реда који одређује власник. Идеја да у таквом простору власнику могу бити „везане руке“ да се успротиви непоступању по његовој – *ceteris paribus* – валидној правној вољи, могла би можда сведочити о једном дубљем несхватању значаја преласка односно враћања објеката трговине на режим приватне својине.

¹⁶ Уп. за друге појединости у Немачкој Bressensdorf, T. von (2020). *Das private „Hausrecht“*. Baden-Baden: Nomos, 121–124.

¹⁷ *Ibid.*, 125.

ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА ГАЗДОВАЊА ОБЈЕКТОМ

Овлашћење газдовања објектом је у начелу потпуно као и само право својине из кога за власнике непосредно – а за кориснике као имаоце ужих права посредно – извире односно произлази. Но као и остала својинска овлашћења, ни ово овлашћење које, видели смо, Немци чак обликују као посебан институт, не може се користити на сваки начин. Наспрам јавности односно трећих лица оно је ограничено забраном злоупотребе права, принудним прописима и добрим обичајима (уп. 3. ст. 1. и 2. ЗОСО; чл. 10, 25. ст. 3. ЗОО), наспрам уговорних партнера односно страна-уговорница ограничено је клаузулом савесности и поштења (уп. чл. 12. ЗОО). У најсликовитијем примеру: власник радње који би спречио родитеља – чије се дете отргло и потрчало у радњу – у његовом покушају да пође за дететом, уђе у радњу и поврати дете, вршио би злоупотребу права односно овлашћења газдовања објектом. Његова забрана приступа била би злоупотреба и противна добрим обичајима, а као таква противправна и ништава. Стога родитељ који би и поред такве забране пошао за дететом не би био учинилац кривичног дела из чл. 139. КЗ.

Најзначајнију групу примера где право газдовања објектом бива ограничено када су у питању радње и угоститељски локали чине примери са елементом дискриминације. Власник приватног стана у коме живи може заиста бирати по својој вољи кога ће пуштати у стан. Но власник каквог продајног објекта није у истоветној ситуацији. У његовом простору обавља се делатност која и онда када није за друштво у правом смислу егзистенцијална, није ни у потпуности његова приватна ствар. Он за обављање своје делатности користи правне институте и фактичке ресурсе и погодности локалне заједнице и државног апарата. Заузврат он мора своје услуге пружити на начин који одговара основним вредностима средине – а то, према нашим правним схватањима, значи без обзира на лична својства, припадност или уверења клијентеле. У том погледу, у тој карактеристичној црти, наше схватање наступа и коришћења урбано-локалног простора као ресурса заједнице донекле одступа од немачког схватања, где је и код продајних објеката често изражено схватање власника да неспутано могу искључивати одређена лица из круга купаца.

У немачкој теорији *Hausrecht*-а, о којој је било речи, прилично контроверзно се расправља у којој мери власник угоститељског објекта или продавнице може потпуно и само по свом слободном нахођењу користити могућност тог права да искључи одређена лица из круга лица којима се дозвољава приступ. Претежно је мишљење правних писаца испрва било да *йривајйна ауџиономија* у наведеном домену није никако окрње-

на односно ограничена, те да су начелно могућа било каква искључења непожељних купаца из ма ког разлога.¹⁸ Затим је у пракси немачког највишег суда (Савезног суда – Bundesgerichtshof, BGH) дошло до одређених резерви у погледу правноваљаности неиндицираних ограничења приступа када су у питању оне приватне непокретности које се одликују општим протоком клијентеле и практично фигурирају као отворена јавна места. Но у једној најновијој пресуди из 2020. године немачки Савезни суд је заузео став да и у објектима са начелно општим протоком клијентеле власнику не треба посебан разлог да изрекне *Hausverbot*, сем уколико би се изузетно радило о објекту/месту таквих карактеристика, да би чињеница искључења неког лица из његове употребе у знатној мери секвестирала друштвени живот тог лица.¹⁹

Тенденција да се *приватној аутономији* укаже широка предност, тако да она практично може наткрити и сакрити и случајеве дискриминације, чини се да не одговара ни нашој правној свести, а свакако код нас не би ни могла бити у складу са важећим прописима који забрањују дискриминацију. За велики број случајева од значаја је режим Закона о заштити потрошача, који прописује да заштиту од дискриминације, вид. чл. 83, уживају потрошачи који се снабдевају „услугама од општег економског интереса“. Међутим одредбе Закона о заштити од дискриминације код нас иду још и даље. Према чл. 4. ст. 2. тог закона постоји и једна *општа* забрана дискриминације коју морају поштовати сва физичка и правна лица без обзира на значај њихове делатности. Отуда са упориштем у том закону овлашћење газдовања објектима којим се користи његов власник наилази на своју савремену и тврду границу у начелу да се не сме поступати дискриминаторно („по боји“ итд.). Такво решење одговара и слову и духу нашег основног стварноправног прописа, јер ЗОСО напоредно поред саме својине истиче и значај њених правним поретком установљених ограничења.

¹⁸ Уп. Bressendorf, T. von (2020). *Das private „Hausrecht“*. Baden-Baden: Nomos, 160–170; Lenckner, T., Sternberg-Lieben, D. (2006). Para. 123: Hausfriedensbruch. *Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar*, para. 123/19.

¹⁹ Пресуда немачког Савезног суда (BGH) од 29. 5. 2020. – V ZR 275/18. У тој пресуди изражено је становиште да посете базену и сауни нису битан елемент друштвеног живота, те да је тако *Hausverbot* који је изрекао власник рекреативних базена валидан, без обзира на његову основаност у материјалним околностима случаја.

ПРОТИВПРАВНОСТ, ИНТЕРВЕНЦИЈА, САМОПОМОЋ

Са свим реченим још увек није одлучено како извршење воље власника (корисника) објекта треба да изгледа у пракси. Извесно је на основу досадашњих излагања да власник (корисник) објекта може захтевати од трећег лица – у нашем примеру купца који не носи маску – да напусти продајни објекат. Извесно је за становиште које се овде заступа и да тај купац, ако не поступи по захтеву, чини кривично дело из чл. 139. Кривичног законика. Може ли, међутим, власник (корисник) односно овлашћено лице удаљити / силом избацити купца из објекта? Ово питање код нас је изоловано посматрано контроверзно, али ипак не на такав начин који би блокирао сваки вид поступања власника радње. Разликовање питања *iproivivpravnosti* боравка непожељног купца од питања како се на ту противправност може реаговати, даје нам простор да проблем сагледамо диференцирано, тако да се довољно удовољи и потреби промета, и самој садржини права газдовања и у прописима садржаним ограничењима самопомоћи.

Прво, задржавање лица коме је речено да мора напустити објекат је противправно, чак и када присутна лица, можда, немају овлашћење да лице силом изведу из објекта. Ту особину понашања лица, његову противправност, треба истаћи јер се код нас значај те квалификације често пребрзо превиђа. Противправност боравка има значајне правне последице: а) лице које противправно борави у радњи не мора се услужити и не ужива никакву заштиту у смислу заштите потрошача; б) лице које противправно борави у радњи није у режиму одговорности продавца за *culpa in contrahendo* и безбедност у радњи, што, између осталог, значи да продавац таквом лицу није дужан пружити заштиту од трећих лица која би га, ма из ког разлога, напала; в) уколико би због лица које противправно борави у радњи остали купци напустили објекат, наведено лице имало би накнадити продавцу измаклу добит по чл. 154, 189. ЗОО (таква штета може, рецимо у ауто-салону или банци, бити тренутна и врло знатна); г) лице које борави у радњи противно забрани односно у недостатку дозволе, користи у тим тренуцима простор без основа и могло би дуговати накнаду за неосновано обогаћење или чак и знатније суме према адекватним одредбама услова пословања.

Питање да ли власник радње односно његова овлашћена лица могу сопственим средствима, користећи се позицијом власника или држаоца и његових овлашћеника, присилити треће лице да напусти радњу код нас је делом контроверзно, јер у посебним условима некодификације грађанског права у социјалистичкој Југославији и одређених настојања система да идеологизује правне прописе код нас никада није донет општи или

детаљан пропис о границама приватне заштите права. Класичан је став теорије да „ко може да се заштити судским путем, може и сам“, али да је самозаштита ипак дозвољена само у случају када се не може ефикасно посегнути и за судским путем.²⁰ О вредности и значају могућности полицијске интервенције наша теорија се по правилу не изражава, али је у пракси судова (обијање катанца на противправно запечаћеном бунару)²¹ као и у угоститељској пракси (контрола уласка и принуда избацивањем у клубовима) очито живо становиште да непосредне животне конфликте претендент на заштиту може, па чак када је довољно спретан и треба, у границама примерености, сам да решава. У Нацрту закона о праву својине и другим стварним правима из 1978. године био је – код посесорне заштите – постављен леп и одмерен стандард за примену силе према трећим лицима: угрожени се, стоји тамо, може успротивити повреди своје државине „силом, али без наношења телесне повреде“.²²

Суштински посматрано, лице које у радњи одбија да носи маску и власник радње односно од стране њега за газдовање овлашћена лица налазе се у једном слојевитом и вишестраном правном конфликту. Прво, лице тиме што одбија да изађе из радње поступа противправно и чини кривично дело, што потцртава право власника радње да се користи кривичноправним овлашћењем нужне одбране која, када су испуњени сви услови, искључује и сваки други вид противправности принудног удаљења лица које врши повреду – нападача у смислу кривичног права.²³ Друго, лице које не носи маску представља *ојасносѝ* по заштиту на раду и по остале купце за коју одговара власник продајног објекта. Из тог угла власник објекта има и обавезу да таквом лицу ускрати приступ односно боравак у радњи. У случају пропуштања адекватне реакције постоји ризик да се такво пропуштање овлашћених лица и власника може оценити као

²⁰ Водинелић, В. (2020). *Грађанско право: увод у грађанско право и ојасносѝ део грађанског права*, 4. изд. Београд: Правни факултет Универзитета Унион, 326–327. Без услова супсидијерности код заштите државине Станковић, О., Орлић, М. (2011). *Стварно право*, 9. изд. Београд: Номос, 48–49.

²¹ „Када тужени пресече ланац и катанцац и обије бетон око бетонског поклопца на спорном бунару нема противправности, већ се ради о самопомоћи као облику државинске заштите (...)“ Пресуда Окружног суда у Београду Гж 233/96. s.d., Вуковић, С. (2003). *Коментар Закона о основама својинскоправних односа*, 2. изд. Београд: Пословни биро, 363–364.

²² Чл. 212. Нацрта закона о праву својине и другим стварним правима из 1978. (*Анали*, 3–4/1979, 231–299). Уп. Орлић, М. (1979), Заштита државине, *Анали*, 27 (3–4), 301–311. Према Станковић, О., Орлић, М. (2011). *Ор. cit.*, на стр. 46 има се сматрати да наведени услов код нас постоји као „неписан“.

²³ Већ је у нашем преводу Листовог уџбеника кривичног права из 1902. године писало „допуштена је потребна одбрана, нпр. избацивањем“ – Лист, Ф. (1902). *Немачко кривично право*. Београд: Државна штампарија, 474.

необезбеђење прописане заштите на раду, даље као основ грађанскоправне одговорности према другим купцима, као кршење кодекса трговачке етике, али и један карактеристичан случај непоступања по здравственим прописима у смислу чл. 248. КЗ (кривична одговорност).²⁴

ЗАКЉУЧАК

Пракса београдских радњи, супермаркета, држи да нема ни право ни обавезу да потрошачима који поступају противно правилима за обављање куповине и противно прописима којима се сузбија зараза нареди да напусте објекат. Она држи да за то не постоји правна могућност. Теорија пак каже да пракса у овом случају погрешно тумачи и примењује право. Власници (корисници) објеката могу – када то не чине из дискриминаторских разлога – ограничити улаз и захтевати од трећих лица да напусте њихов објекат. У случају када треће лице – купац не носи заштитну маску, даљи боравак лица после захтева да напусти објекат је противправан. У случају даљег задржавања таквог лица у објекту одговорна лица не морају одмах примењивати силу и могу се, између осталог, позвати на право да лице које противправно борави у објекту не услуже. Један што потпунији систем управљања и менаџмента може у том погледу изнаћи елегантна и интелигентна решења за појединачне ситуације. Међутим, игнорисање проблема односно већег и сталног броја лица без маске у продајним објектима није правноваљана compliance-опција. Таквим начином се, наиме, поред лица која не носе маске и сами власници и запослени у радњи – непосредни извршиоци, пословође, менаџери – непотребно излажу ризику кршења стандарда заштите на раду, незадовољству и одштетним захтевима других купаца, а и ризику кривичног гоњења.²⁵

²⁴ Опсег и домет примене чл. 248. КЗ и сличних инкриминација у иностранству практично ће, у вези са корона-вирусом и карактеристичним мерама заштите, тек утврдити жива пракса. Уп. из кривичноправне дискусије која је у повоју Матијашевић-Обрадовић, Ј., Драгојловић, Ј. (2020). Кривична дела непоступање по здравственим прописима за време епидемије и преношење заразних болести. *Култура полица*, 27, 97–105; Henning, L, Oğlakcioğlu, M. (2020). Keine Panik im Nebenstrafrecht – Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach dem IfSG. *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 5 (2), 108–115.

²⁵ Аутор овог чланка истиче да је свестан да је тема коју је у овом чланку обрадио у крајњој линији једна модом, односно необичним тренутком условљена тема. У будућности ће овакво интересовање за питање ношења маске и могућности власника радњи деловати претерано. Ипак, држимо да је потреба обраде ове теме заправо изнела на видело један дубљи проблем, а то су недовољна свест о значају приватне својине који она нормативно посматрано има у садашњем друштвеном, на одредбама важећег Устава утемељеном поретку.

ЛИТЕРАТУРА

- Бабић, И. (2012). *Грађанско право 2: Стварно право*. Београд: Службени гласник.
- Водинелић, В. (2020). *Грађанско право: увод у грађанско право и оштри део грађанског права*, 4. изд. Београд: Правни факултет Универзитета Унион.
- Bressensdorf, T. von (2020). *Das private „Hausrecht“*. Baden-Baden: Nomos.
- Вуковић, С. (2003). *Коментар Закона о основама својинскоправних односа*, 2. изд. Београд: Пословни биро.
- Гамс, А. (1971). *Основи стварног права*, 6. изд. Београд: Научна књига.
- Константиновић, М. (1925/1982). Питање својине (1925), *Анали Правног факултета у Београду*, 30 (3–4), 282–292.
- Lenckner, T., Sternberg-Lieben, D. (2006). para. 123: Hausfriedensbruch. *Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. изд. para. 123.
- Лист, Ф. (1902). *Немачко кривично право*. Београд: Државна штампарија.
- Матијашевић-Обрадовић, Ј., Драгојловић, Ј. (2020). Кривична дела непоступање по здравственим прописима за време епидемије и преношење заразних болести. *Култура полица*, 27, 97–105.
- Орлић, М. (1979). Заштита државине. *Анали Правног факултета у Београду*, 27 (3–4), 301–311.
- Попов, Д. (2019). Појам права својине у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 53 (1), 1–16.
- Рашовић, З. (2008). *Стварно право*. Подгорица: Правни факултет, 3. изд.
- Schönke/Schröder*, вид. Lenckner, T, Sternberg-Lieben, D. (2006).
- Станковић, О., Орлић, М. (2011). *Стварно право*, 9. изд. Београд: Номос.
- Стојановић, Д. (1963). *Позитивно-правна ограничења приватне својине*. Београд.
- Стојановић, З. (2016). *Коментар Кривичног законика*, 5. изд. Београд: Службени гласник.
- Schulze, G. (2015). Das private Hausrecht. *Juristenzeitung*, 70 (8), 381–391.
- Henning, L., Oğlakcioğlu, M., Keine Panik im Nebenstrafrecht – Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach dem IfSG. *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 5 (2), 108–115.
- Hofmann, P. (2014). Das System des privatrechtlichen Hausrechts. *Juristische Ausbildung*, 36 (2), 141–151.

Прописи

- Закон о заштити од дискриминације, *Службени гласник РС*, бр. 22/2019.
- Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016. (други закон), 44/2018. (други закон).
- Закон о облигационим односима (ЗОО), *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89. (одлука УСЈ), *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003, *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

Закон о основама својинскоправних односа (ЗОСО), *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, *Службени гласник РС*, бр. 115/2005.

Закон о привредним друштвима (ЗПД), *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014. (други закон), 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019.

Кривични законик (КЗ), *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

Нацрти

Нацрт закона о праву својине и другим стварним правима (1978), *Анали Правног факултета у Београду*, 3–4 (27) 1979, 231–299.

Нацрт Законика о својини и другим стварним правима (2007; 2010).

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије (2015), *Правни животи*, у посебним бројевима, 3–8 (64), 2016.

Судска пракса

Пресуда немачког Савезног суда (BGH) од 9. 3. 2012. – V ZR 115/11, *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, 1725.

Пресуда немачког Савезног суда (BGH) од 29. 5. 2020. – V ZR 275/18.

Пресуда Окружног суда у Београду Гж 233/96. s.d., Вуковић, С. (2003). *Коментар ЗОСО*, 2. изд., 363–364.

*Luka Breneselović, Ph.D.**

Trainee Lawyer at the Bar Association of Belgrade
ORCID: 0000-0003-4376-3596

IS A SHOP OWNER ALLOWED TO EXPEL UNWANTED CUSTOMERS FROM HIS/HER PREMISES?*

ABSTRACT: The aim of this paper is to try to correct the opinion present in the business practice of larger stores according to which the owners and users of business premises cannot expel unwanted customers / consumers from the facility. This question is currently relevant because of customers who refuse to wear protective face masks in supermarkets, pharmacies, and other stores. First, the paper demonstrates the importance of the concept of property as recognized in Serbian law, and afterwards the presentation is supplemented by comparative legal insights into foreign doctrine (the so-called privates *Hausrecht* of German law). The scope and limitations of the right to manage a facility, as a property right, and the issue of execution, i.e. factual protection of that right will be discussed. There are concerns that the lack of reaction of the responsible person in the store to non-compliance with epidemiological regulations could be the basis for material responsibility of the store owner and that person, but also a set of facts that increase the risk of exposure to criminal prosecution.

Keywords: property right, right to manage facilities, non-compliance with health regulations, corona virus, *Hausrecht*.

* breneselovic@gmail.com.

** The paper was received on 1 October 1, 2020, the revised version was delivered on 28 October 28, 2020, and it was accepted for publication on January 22, 2021. The translation of the original article into English is provided by the *Glasnik* of the Bar Association of Vojvodina.

INTRODUCTION

After the outbreak of the coronavirus epidemic, in the legal and business life of our larger stores the question arose whether and under what conditions an authorized person in a store can expel a customer who does not adhere to some of the prescribed measures of sanitary-epidemiological protection. In the practice of our companies, grocery stores, catering facilities, but also pharmacies, a point of view is present according to which managers and employees in the store cannot do anything when consumers in the facility do not wear protective face masks. Retail chains, such as a large foreign supermarket chain in Belgrade, have taken the position according to which consumers who do not wear masks can only be informally warned by employees, but they cannot be banned from entering the store or subsequently expelled from the store. Such an understanding has solidified in Belgrade into a general opinion that is presented and repeated as a simple legal truth. However, this paper aims at showing that such an understanding – apart from being impractical from the point of view of epidemic suppression – is, in fact, legally incorrect as well.

In the first section, it will be presented that, from the legal point of view, the authority to determine access and stay in any type of premises, even in shops, is an element of basic ownership rights arising from property rights. We will then see in the second part of the paper that in foreign legal doctrine, there are special and elaborate institutes for this set of facility management authorizations. In the third part of the paper, it will be important to point out that the authorization to manage a facility, as well as property rights in modern law, are not without limits. Free management of a facility encounters the limits of the institute, such as the prohibition of discrimination, but these are, of course, constellations that narrow the authority of management as a basic rule, and do not exclude it in such a way that would make shop owners powerless. Finally, in the fourth section, we will discuss what measures can be legally valid in the case when a customer stays in the store contrary to the expressed will of the owner, i.e. authorized person.

AUTHORIZATION TO MANAGE A FACILITY

The authorization that the owner of an object has to determine access, stay, and conduct in the object is not defined in any regulations as such. However, unlike in public law, where the authorizations of officials must in principle be specified in order to exist, in private law the power to utilize things at the will of the owner derives from a legally recognized property right. Property is

the most complete relationship between an individual – owner and an object, which gives him the comprehensive authority to hold, use, and dispose of the things that belong to him at his own discretion.¹ This traditional understanding of property, which is important in any determination of the owner’s competencies to act and to protect their ownership position, is also accepted in art. 3 of the Law on the Foundations of Property Law Relations. As widely accepted legal heritage, it is also envisaged in drafts dealing with property law that were drafted in the previous period, including, in the first place, the Pre-draft of the Civil Code from 2015.²

The content of property rights can be expressed indirectly and dynamically by stating the essential features of the concept such as comprehensiveness, elasticity, durability, and independence.³ It should be noted that the basic division of power into “holding”, “exploitation”, and “disposal” does not represent, neither in theory nor in legislation, an exhaustive sum of powers. These determinants serve as clauses that narrow down the multitude of possible powers of the owner to three (that is, four) typical situations.⁴ In reality, the property right gets its form and typical powers according to the nature and characteristics of the thing that is the subject of that right in a specific case. In case of smaller, movable objects, this right gives the authority to determine the position of that thing in space, as well as to use it or even destroy it at the discretion of the holder of the right. In the case of real estate, of course,

¹ Stanković, O., Orlić, M. (2011). *Stvarno pravo*, 9. published in Belgrade: Nomos, 56–58; Rašović, Z. (2008). *Stvarno pravo*. Podgorica: Faculty of Law, 3rd edition, 73–83; Babić, I. (2012). *Građansko pravo 2: Stvarno pravo*. Belgrade: Službeni glasnik, 77–80. From older literature, see: Konstantinović, M. (1925/1982). *Pitanje svojine* (1925), *Анали*, 30 (3–4), 282–284; Stojanović, D. (1963). *Pozitivno-pravna ograničenja privatne svojine*. Belgrade; Gams, A. (1971). *Osnovi stvarnog prava*, 6th edition. Belgrade: Naučna knjiga, 57–60, 74–75. For “absolute” rights see Vodinelić, V. (2020). *Građansko pravo*, 4th edition. Belgrade: Union, 205–210; for “property rights” see *Ibid*, 214–215.

² Cf. art. 79 of the Draft Law on Property Rights and other Real Rights from 2007/2010, art. 1649 of the Pre-Draft of the Serbian Civil Code (*Pravni život* 3–8/2016); on principle and analytically, Popov, D. (2019). *Pojam prava svojine u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije* in: *Collected papers of the Faculty of Law in Novi Sad*, 53 (1), 1–16.

³ Cf. Rašović, Z. (2008). 78–83.

⁴ Gams, A. (1971). p. 57 phrases it only as “usage and management“. Pre-Draft of Civil Code, art. 1649, para. 1, recognizes the division into four aspects: “holding it, using, acquiring profit and other benefits, and managing it“. The Draft Law is the most segmented among the documents, art. 79 (“especially to hold, use, acquire the profit and benefits, change its characteristics and purpose, dispose of it or manage it in any other way, as well as to prevent others to affect it, request for it to be returned if somebody is holding it illegally, but also not to practice the rights related to it“). For Serbian Civil Law and the solutions from comparative law compare Babić, I. (2012). *Op. cit.*, 72, 76–79; Popov, D. (2019). *Op. cit.*

we cannot talk about freely positioning things in space, but what is *typical* are acts of comprehensive management, with which the owner decides on the access and stay in a building, an apartment, business premises, or land.⁵

This demonstrates, and reminds lawyers, that the legal point of view according to which owners of a facility cannot restrict access or order removal from their facility is in its very essence incorrect and contrary to the concept of ownership that exists in law. The authorization to manage is an elementary power that derives from the comprehensive property right.⁶ This does not mean that the power of this authorization is unlimited. A person who is on someone else's land and in someone else's business premises cannot be exposed to arrogance or arbitrariness of the owner of the premises or the person he has authorized to ensure that the premises are used in accordance with his will. The right of management and restriction of access to the facility have their limits – discrimination is forbidden when managing facilities (see article 3.). In theory, the owner has the comprehensive right to determine access, stay, and behaviour in the facility. In practice, this means that the owner of the facility (1) may prohibit any access or entry to individuals; (2) that those persons must leave the facility immediately at his request. – The basis of all these variants of property rights is art. 3 of the Law on the Foundation of Property Law Relations, and it can, of course, be transferred to the holders of more specific-derived rights, i.e. tenants and usufructuaries as users; in addition to the owners and users themselves, the facility can be legally managed through authorized persons, which includes proxies by profession in terms of art. 98 of the Law of Contracts and Torts and art. 34 of the Companies Law.⁷

Significant proof of the importance of the authorization to manage a facility as an element of property rights is provided by the provisions of criminal law. Modalities of injury to someone else's living premises and every other person's enclosed space are provided in art. 139 of the Serbian Criminal Code.

⁵ Cf. Schulze, G. (2015). Das private Hausrecht, *Juristenzeitung*, 70 (8), 386.

⁶ The question of the relationship of such rights with the classical theoretical construction of *ius excludendi tertii*, which was pointed out in the review of the first version of this paper, may remain open at this point, because *ius excludendi tertii* itself is a derivative of the general – comprehensive – concept of property. There are considerable similarities in the basic idea; yet *ius excludendi tertii* stands for one absolute right to exclude other (third) persons from the use of the thing and the external influence on the thing. In contrast, the right of management can mean the inclusion of other (third) persons and in the way the owner sees fit.

⁷ Cf. Schulze, G. (2015). *Op. cit.*, 387. In certain interesting constellations (for example, when the lease is nearing the end), it may be disputable whether the owner or the person to whom the owner has transferred the right of use (lessee) has the appropriate management rights. Compare Bressensdorf, T. von (2020). *Das private „Hausrecht“*. Baden-Baden: Nomos, 46, 93.

These modalities logically presuppose the right of the owner (and user) of the premises to, at will, that is, at his own discretion, arrange access and stay in the premises. In the first variant of the incriminated act, according to that regulation, it is a criminal offense when someone “intrudes” into someone else’s living premises or someone else’s enclosed spaces without authorization. The second variant of this kind of an act is when an undesirable person “does not leave those premises or space at the request of an authorized person” (see art. 139, para. 1 of the Criminal Code). This incrimination is a legal reflection of the rights that users of facilities have on the basis of property rights or any other specific right that includes unhindered use. Although, in our studies of criminal law, there is a narrower understanding according to which this incrimination would protect only “personal” spaces such as private apartments and houses, as well as rented hotel rooms.⁸

FROM COMPARATIVE LAW: DAS PRIVATE HAUSRECHT OF GERMAN LAW

In German private law theory, the authority to manage a building is known as a special right named – *das Hausrecht*. The institute of *Hausrecht* – from German *Haus*/house and *Recht*/right – is, according to German legal theory, such a right that allows the owner or user of a facility to decide on access to the facility, regulate its use (house rules), and require one to leave the facility.⁹ Modern German legal theory does not understand this right as a special subjective right in a narrower sense, but as a practical designation for a set of powers of owners and users arising from property rights, but also a guarantee of possessory protection.¹⁰ The German discussion is specific because it emphasizes the constitutional grounding of the practical value that the institute constructed in such a way contains. *Hausrecht* is not just any right derived from property rights, but a particularly important right that, by perfecting the ownership position, also optimizes the values protected by the guarantee of property (art. 14 of the German Constitution [Basic Law], art. 58, para. 1 of the Constitution of The Republic of Serbia), as well as by the principle of private autonomy (autonomy of will) in one’s own management, which in

⁸ Cf. Stojanović, Z. (2016). Komentar Krivičnog zakonika. Belgrade: Službeni Glasnik, 492.

⁹ Hofmann, P. (2014). Das System des privatrechtlichen Hausrechts, *Juristische Ausbildung*, 36 (2), 141–151; Schulze, G. (2015). Das private Hausrecht, *Juristenzeitung*, 70 (8); Bressensdorf, T. von (2020). *Das private „Hausrecht“*. Baden-Baden: Nomos, especially 113–140.

¹⁰ Bressensdorf, T. von (2020). *Op. cit.*, 54–64.

Germany is linked to the guarantee of free development of personality. (art. 2, para. 1 of the German Constitution, art. 23, para. 2 of the Constitution of The Republic of Serbia).¹¹

From the classic *Hausrecht* derives not only the right to restrict access and require one to leave the premises, but also the right of the owner (user) to impose *Hausverbot* – a ban on coming to the facility.¹² As the German word *Haus* does not only refer to a family house, but also restaurants and shops (*Wirtshaus, Kaufhaus*, etc.), it is this practical right of owners of shops and stores to permanently or for a certain period of time ban certain guests / customers from accessing the facility. This right is used by the owner to exclude from his facilities persons who disturb other customers, make a mess, commit theft, cause damage, or for other reasons are not desirable in the facility. In some cases, practicing *Hausverbot* can be rather controversial, for example, in a case when a well-known right-wing politician is banned from entering a hotel, assuming that his presence would disturb the atmosphere and peace of guests who despise excessively extreme political views.¹³ In Germany, persons under *Hausverbot* in case of arrival at the facility commit the criminal offense of breach of domestic peace (an act analogous to art. 139 of the Serbian Criminal Code) by entering the facility, even when it concerns facilities to which entry is generally allowed.¹⁴

The insistence of German legal theory that there are declarative and constitutive private law prohibitions on entering a facility are particularly interesting. The German doctrine starts from the fact that the access of third parties to other people's facilities as such is, in principle, prohibited. In facilities such as larger stores and supermarkets, the "right of entry" is exclusively based on the implicitly expressed will of the owner, that is, user of the facilities, to allow access and stay in the facilities to an open circle of users (general permit).¹⁵ Therefore, in those cases where there is no general permit (an apartment, a closed factory circle, production plant in a bakery, clubs with entry control), *the ban on arrival imposed against third parties is declarative*. Such a ban does not deprive one of any existing right, nor does it constitute a prohibition, but in the form of a prohibition declares the rights and limitations as they already exist.

¹¹ Cf. Hofmann, P. (2014). Das System des privatrechtlichen Hausrechts, *Juristische Ausbildung*, 36 (2), 142.

¹² Bressensdorf, T. von (2020). *Das private „Hausrecht“*. Baden-Baden: Nomos, 120–130.

¹³ Such a factual situation was the basis of the verdict of the German Supreme Court, which is referred to as the verdict in the "hotelier case" – verdict BGH from March 9, 2012 – V ZR 115/11, *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, 1725.

¹⁴ See Lenckner, T., Sternberg-Lieben, D. (2006). in: *Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. edition, Para. 123/27.

¹⁵ Bressensdorf, T. von (2020), *Op. cit.*, 120–130.

However, such a ban is not without any legal significance. It is important for the subjective aspect – from the moment of its pronouncement, the third party is seen as unwelcome, and the criteria of intent that are required as an element in the criminal offense of violating the inviolability of the home are met.¹⁶ In those cases where, as is the case with shops during normal business hours, there is a general entry permit, the access ban imposed on the third party as an individual act excludes him from the scope of the clientele that is generally allowed to enter. Such a prohibition is constitutive as an *actus contrarius*.¹⁷

From what has been said, it can be concluded that there is a distorted perspective in the Republic of Serbia, the basis of which might be found in the socialist experience. The people do not connect entering a particular store or department store with the current legal awareness that, unlike a post office or perhaps a train wagon, store premises and department stores are not places where they have the right to enter and stay in order to do business, in some abstract way typical for public property logic and access guarantee enjoyed by the citizens. Essentially, the significance of the German, that is, civil way of thinking is that it is validly connected with the system of private property: entering another person's space of any kind is not a right or authorization that would exist in itself, but an action justified by another's individual or general permission to enter. In someone else's space, not only the criteria of "public order and peace" apply, nor are the conflicts that take place in it, with the will of the owner, primarily public. Private real estate is the area of "house rules", that is, individual order determined by the owner. The idea that in such a space the owner is not allowed to oppose those not acting according to his – *ceteris paribus* – valid legal will, could perhaps testify to a deeper misunderstanding of the importance of changing or returning trade facilities to the regime of private property.

LIMITATIONS TO THE RIGHT TO MANAGE FACILITIES

In theory, the authorization to manage facilities is absolute, as is the property right from which it derives, directly for owners and indirectly for users as holders of narrower rights. However, like other property powers, this power, which as we have seen the Germans even formulate as a special institute, cannot just be used in any manner. In relation to the public, that is, third parties, it is limited by the prohibition on the abuse of rights, coercive regulations,

¹⁶ For more details, cf. Bressendorf, T. von (2020). *Das private „Hausrecht“*. Baden-Baden: Nomos, 121–124.

¹⁷ *Ibid.*, 125.

and good customs (cf. art. 3, paras. 1 and 2 of the Law on the Foundations of Property Law Relations; arts. 10, 25, para. 3 of the Law of Contract and Torts), and in relation to contractual partners or the contracting party is limited by the conscientiousness and honesty clause (cf. art. 12 of the Law of Contract and Torts). For example: an owner of a shop who would prevent a parent whose child broke away and ran into the shop, in his attempt to follow the child, from entering the shop and return the child, would abuse the right, that is, the authorization to manage the facility. His ban on access would be an abuse and contrary to good customs, and as such illegal and null and void. Therefore, a parent who, despite such a ban, would follow the child would not be the perpetrator of the criminal offense described in art. 139 of the Criminal Code.

The most important group of examples in which the right to manage the facility is limited when it comes to shops and restaurants are examples that include the element of discrimination. The owner of a private apartment in which he lives can choose at will whom he will let into the apartment. However, the owner of a sales facility is not in the same position. An activity is performed in his space which, even when it is not existential to society in the true sense, is not entirely his private matter. In order to conduct his activity, he uses legal institutes and factual resources and benefits of the local community and the state apparatus. In return, he must provide his services in a way that corresponds to the basic values of the environment – and that, according to our legal understanding, means regardless of personal characteristics, affiliation, or beliefs of the clientele. That is how Serbian understanding of the character and use of urban-local space as a community resource somewhat deviates from the German understanding, where the owners often understand that certain persons can be freely excluded from the circle of customers.

In the abovementioned German theory of *Hausrecht*, it is rather controversial to what extent the owner of a catering facility or store can fully and simply at his own discretion use the possibility of that right to exclude certain persons from the circle of persons who are allowed access. The prevailing opinion of legal writers at first was that *private autonomy* in this domain was not curtailed, i.e. limited in any way, and that in theory any exclusions of undesirable customers is possible for any reason.¹⁸ Afterwards, in the practice of the highest German court (Federal Court – Bundesgerichtshof, BGH), there were certain doubts regarding the validity of non-indicated restrictions on access when it comes to those private properties that are characterized by a general flow of clientele and practically appear as open public places. However, in a recent ruling from 2020, the German Federal Court took the position that even in

¹⁸ Cf. Bressensdorf, T. von (2020). *Das private „Hausrecht“*. Baden-Baden: Nomos, 160–170; Lenckner, T, Sternberg-Lieben, D. (2006). In: *Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar*; 27. edition, Para. 123/19.

facilities with a general clientele flow, the owner does not need a special reason to impose *Hausverbot*, unless it is such a facility/place that the social life of that person would be significantly sequestered because of the *Hausverbot*.¹⁹

The tendency to give private autonomy such an advantage, so that it can even practically cover and hide cases of discrimination, does not seem to correspond to our legal awareness, and certainly in our country it could not be in accordance with current regulations prohibiting discrimination. For a large number of cases, the regime of the Law on Consumer Protection is important, which prescribes that protection against discrimination (see art. 83), is enjoyed by consumers who are supplied with “services of general economic interest”. However, the provisions of the Law on the Prohibition of Discrimination in our country goes even further. According to art. 4, para. 2 of the law, there is a general prohibition on discrimination that must be respected by all natural and legal persons, regardless of the importance of their activities. Hence, with a stronghold in that law, the authorization to manage the facilities utilized by its owner encounters the modern and firm limitation in the principle that we must not act in a discriminatory manner (“according to race”, etc.). Such a solution corresponds to the letter and spirit of our basic property law regulation, because the Law on the Foundations of Property Law Relations, in addition to the property itself, emphasizes the importance of its restrictions established by the legal order.

ILLEGALITY, INTERVENTION, SELF-HELP

This being said, it has not yet been decided what the execution of the will of the owner (user) of the facility should look like in practice. It is certain on the basis of previous statements that the owner (user) of the facility may demand that a third party – in our example a buyer who does not wear a mask – leave the store. It is also certain, from the position that is represented here, that the buyer, if he does not act upon the request, commits a criminal offense under art. 139 of the Criminal Code. However, can the owner (user) or authorized person expel / forcibly evict the customer from the facility? This issue has been controversial in our country when viewed in isolation, but still not in such a way so as to prevent all possible actions of the shop owner. Distinguishing the issue of illegality of the unwanted buyer's stay in the facility from the question of how to react to that illegality leaves us enough space to look at

¹⁹ Verdict of the German Federal Court (BGH) from May 29, 2020 – V ZR 275/18. The verdict expressed the view that visits to the pool and sauna are not an important element of social life, and that the *Hausverbot* pronounced by the owner of recreational pools is valid regardless of its merits in the material circumstances of the case.

the problem in different ways, so that the needs of traffic are sufficiently met, as well as the content of management rights and self-help restrictions contained in regulations.

First, it is illegal for a person that has been told that he must leave a facility to stay in it, even when the persons present – perhaps – do not have the authority to forcibly expel the person from the facility. This feature of a person's behaviour, its illegality, should be emphasized because in our country the significance of that qualification is often overlooked too quickly. The illegality of the stay has significant legal consequences: a) a person who stays in the shop illegally can be denied service and does not enjoy any protections in terms of consumer protection; b) a person illegally staying in the shop is not in the seller's liability regime for culpa in contrahendo and security in the shop, which, among other things, means that the seller is not obliged to provide protection to such a person from third parties who would – for whatever reason – attack him; c) if because of the person who is staying in the shop illegally other buyers would leave the facility, the said person would have to compensate the seller for the lost profit according to arts. 154, 189 of the Law of Contract and Torts (such damage may, say, in a car dealership or bank, be immediate and very substantial); d) a person staying in the store despite of the ban, i.e. in the absence of a permit, uses the space without grounds at those moments and could owe compensation for unjust enrichment or even significant sums according to the adequate provisions of the business conditions.

The question of whether the owner of the shop, that is, the authorized persons can utilize their own means, using the position of the owner or holder and his authorized persons, to force a third party to leave the shop is partly controversial in our country, as in the specific conditions of socialist Yugoslavia and the non-codification of civil law and certain efforts by the system to ideologize legal regulations, a general or detailed regulation on the limits of the private protection of rights has never been passed. The classical position in legal doctrine is that “whoever can protect himself in court, can do it himself as well”, but that self-protection is still only allowed when it is not possible to effectively reach the court protection²⁰. As a rule, our legal doctrine does not express its point of view on the importance of the possibility of police intervention, but in case law (breaking a padlock on an illegally sealed well²¹) as

²⁰ Vodinec, V. (2020). *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, 4th edition. Belgrade: Union University Faculty of Law, 326–327. Bez uslova supsidijernosti kod zaštite državine, Stanković, O., Orlić, M. (2011). *Stvarno pravo*, 9th edition. Belgrade: Nomos, 48–49.

²¹ “When the defendant cuts the chain and padlock, and breaks the concrete around the concrete seal on the disputed well there is no unlawfulness, but is a case of self-help as

well as in catering practice (entry control and forced removal from clubs) the obvious point of view is that in case of immediate conflicts one can, and even should, resolve them himself if he is capable of doing it and if he can do it adequately. The 1978 Draft Law on Ownership Rights and Other Real Rights set a fine and well balanced standard for the use of force against third parties in the case of possessory protection. According to it, a person whose rights are endangered can oppose the violation of the property “by force, but without inflicting bodily injuries”.²²

Essentially, a person who refuses to wear a mask in the store and the owner of the store, or authorized persons, are in a layered and multilateral legal conflict. First, by refusing to leave the shop, the person acts unlawfully and commits a criminal offense, which underlines the right of the shop owner to legally employ self-defence, which, when all conditions are met, excludes any other form of unlawfulness of the removal of the offender – attacker in terms of criminal law.²³ Second, a person who does not wear a mask poses a danger to workplace safety and to other customers for which the owner of the sales facility is responsible. From that point of view, the owner of the facility is actually obliged to deny such a person access, that is, stay in the store. In case of failure to respond adequately, there is a risk that such a failure of authorized persons and owners can be assessed as a failure to provide prescribed protection at work, further seen as a basis for civil liability to other customers, as a violation of commercial ethics, but also a characteristic case of non-compliance with health regulations pursuant to art. 248 of the Serbian Criminal Code (criminal liability).²⁴

a form of protection of possessions (...)", Judgement of the District Court in Belgrade Gž 233/96 s.d., Vuković, S. (2003). *Komentar ZOSO*, ed. 2, Belgrade: Poslovni biro, 363–364.

²² Art. 212 of the Draft Law on Ownership Rights and Other Real Rights from 1978 (*Annals*, 3–4/1979, 231–299). Cf. Orlić, M. (1979). *Zaštita državine*, *Annals*, 27 (3–4), 301–311. According to Stanković, O., Orlić, M. (2011). *Stvarno pravo*, 9th edition. Belgrade: Nomos, p. 46 it is considered that the stated condition exists in our country as “unwritten”.

²³ As early as in the Serbian translation of List’s Textbook of Criminal Law from 1902, it was written that “necessary defense is allowed, e.g. by ejection” – List, F. (1902). *Nemačko krivično pravo*. Belgrade: Državna štamparija, 474.

²⁴ The scope of application of art. 248 of the Criminal Code and similar incriminations abroad, in practice, regarding coronaviruses and characteristic protection measures, will only be established by living practice. Cf. with the nascent criminal law discussion in Matijašević-Obradović, J., Dragojlović, J. (2020). Krivična dela nepostupanje po zdravstvenim propisima za vreme epidemije i prenošenja zaraznih bolesti, *Kultura polisa*, 27, 97–105; Henning, L., Oğlakcioğlu, M. (2020). Keine Panik im Nebenstrafrecht – Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach dem IfSG, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 5 (2), 108–115.

CONCLUSION

The practice of Belgrade shops – supermarkets holds that they have neither the right nor the obligation to order customers who act contrary to the rules for making purchases and contrary to the regulations intended to suppress the infection to leave the facility because it is considered that there are no legal grounds for doing so. The theory, on the other hand, says that practice in this case misinterprets the law and does not apply it properly. Owners (users) of facilities may – when they do not do so for discriminatory reasons – restrict entry and require third parties to leave their facility. In the case when a third party – the buyer does not wear a protective mask, the further stay of the person after the request to leave the facility is unlawful. In case such a person does not leave the facility, the responsible persons do not have to use force immediately and may, among other things, invoke the right not to serve the person who is staying in the facility illegally. One well organized system of management and administration can find elegant and intelligent solutions for individual situations in this regard. However, ignoring the problem, i.e., a large and continual number of persons without masks in retail outlets is not a legally valid compliance-option. In this way, in addition to persons who do not wear masks, the owners and employees of the store – direct executors, shift leaders, managers – are unnecessarily exposed to the risk of violating occupational safety standards, dissatisfaction, and compensation claims of other customers, as well as the risk of prosecution.²⁵

BIBLIOGRAPHY

- Babić, I. (2012). *Građansko pravo 2: Stvarno pravo*. Belgrade: Službeni glasnik.
- Vodinelić, V. (2020). *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, 4th edition. Belgrade: Union University Faculty of Law.
- Bressensdorf, T. von (2020). *Das private „Hausrecht“*. Baden-Baden: Nomos.
- Vuković, S. (2003). *Komentar Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa*, 2nd edition. Belgrade: Poslovni biro.
- Gams, A. (1971). *Osnovi stvarnog prava*, 6th edition. Belgrade: Naučna knjiga.

²⁵ The author of this article wants to point out that he is aware that the topic he has covered in this article is a theme ultimately conditioned by this unusual moment in time. In the future, this interest in the issue of wearing masks and the possibilities shop owners have will appear excessive. However, I believe that the need to address this topic has actually brought to light a deeper problem – and that is insufficient awareness of the importance of private property which it, normatively observed, has in the current social order based on the provisions of the current Constitution.

- Konstantinović, M. (1925/1982). Pitanje svojine (1925). *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 30 (3–4), 282–292.
- Lenckner, T., Sternberg-Lieben, D. (2006). Para. 123: Hausfriedensbruch, in: *Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. ed, Para. 123.
- List, F. (1902). *Nemačko krivično pravo*. Belgrade: Državna štamparija.
- Matijašević-Obradović, J., Dragojlović, J. (2020). Krivična dela nepostupanje po zdravstvenim propisima za vreme epidemije i prenošenje zaraznih bolesti. *Kultura polisa*, 27, 97–105.
- Orlić, M. (1979). Zaštita državine. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 27 (3–4), 301–311.
- Popov, D. (2019). Pojam prava svojine u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije. *Collected Papers of the Faculty of Law in Novi Sad*, 53 (1), 1–16.
- Rašović, Z. (2008). *Stvarno pravo*. Podgorica: Faculty of Law, 3rd edition.
- Schönke/Schröder*, вид. Lenckner, T., Sternberg-Lieben, D. (2006).
- Stanković, O., Orlić, M. (2011). *Stvarno pravo*, 9th edition. Belgrade: Nomos.
- Stojanović, D. (1963). *Pozitivno-pravna ograničenje privatne svojine*. Belgrade.
- Schulze, G. (2015). Das private Hausrecht, *Juristenzeitung*, 70 (8), 381–391.
- Stojanović, Z. (2016). Komentar Krivičnog zakonika, 5th edition. Belgrade: Službeni glasnik.
- Henning, L., Oğlakcioğlu, M., Keine Panik im Nebenstrafrecht – Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach dem IfSG. *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 5 (2), 108–115.
- Hofmann, P. (2014). Das System des privatrechtlichen Hausrechts. *Juristische Ausbildung*, 36 (2), 141–151.

Regulations

- Law on the Prohibition of Discrimination, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no. 22/2019.
- Law on Consumer Protection, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no. 62/2014, 6/2016 (other law), 44/2018 (other law).
- Law of Contract and Torts, *Official Gazette of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, no. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 (judgement of the Constitutional Court of Yugoslavia), *Official Gazette of the Federal Republic of Yugoslavia*, no. 31/93, *Official Gazette of Serbia and Montenegro*, no. 1/2003, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no. 18/2020.
- Law on the Foundations of Property Law Relations, *Official Gazette of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, no. 6/80, 36/90, *Official Gazette of the Federal Republic of Yugoslavia*, no. 29/96, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no. 115/2005.
- Companies Law, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no. 36/2011, 99/2011, 83/2014 (other law), 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019.
- Criminal Code, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

Drafts

Draft Law on Ownership Rights and Other Real Rights (1978), *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3–4 (27) 1979, 231–299.

Draft Law on Property Rights and Other Real Rights (2007; 2010).

Pre-draft of the Civil Code (2015), *Pravni život*, in special numbers 3–8 (64) 2016.

Case law

Verdict of the German Federal Court (BGH) from March 9, 2012 – V ZR 115/11, *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, 1725.

Verdict of the German Federal Court (BGH) from May 29, 2020 – V ZR 275/18.

Judgment of the District Court in Belgrade Gž 233/96 s.d., Vuković, S, (2003), *Komentar ZOSO*, 2nd edition, 363–364.