

Правни факултет Универзитета у Нишу
Faculty of Law, University of Niš

“ПРАВО И МУЛТИДИСЦИПЛИНАРНОСТ”

**Зборник радова са
Међународне научне конференције**

12-13 april 2019. године, Ниш, Србија

“LAW AND MULTIDISCIPLINARITY”

**Collection of papers from the
International Scientific Conference**

Held on 12-13 April 2019, Niš, Serbia

Niš 2020

**Међународна научна конференција
“ПРАВО И МУЛТИДИСЦИПЛИНАРНОСТ”
Зборник радова**

**International Scientific Conference
“LAW AND MULTIDISCIPLINARITY”
Collection of papers**

Издавач / Publisher

Правни факултет Универзитета у Нишу
Faculty of Law, University of Niš

За издавача / For the Publisher

Проф. др Горан Обрадовић, декан
Prof. Goran Obradović, LL.D., Dean

Организатор Конференције / Conference organizer

Центар за правна и друштвена истраживања
The Center for Legal and Social Research

Уредници Конференције / Editors-in Chief

Проф. др Саша Кнежевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
Проф. др Маја Настић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
Prof. Saša Knežević, LL.D., Full Professor, Faculty of Law, University of Niš
Prof. Maja Nastić, LL.D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

Технички уредник / Desktop Publishing

Владимир Благојевић / Vladimir Blagojević

Лектура радова и превод резимеа / Proofreading

Гордана Игњатовић / Gordana Ignjatović

Корице / Cover

Владимир Благојевић / Vladimir Blagojević

Штампа / Print

Графика Галеб Ниш / Grafika Galeb Niš

Тираж / Circulation

100

ISBN 978-86-7148-263-9

Реч уредника Конференције

Међународна научна конференција „Право и мултидисциплинарност”, одржана је на Правном факултету у Нишу 12-13. априла 2019. године поводом обележавања 59. годишњице рада. Изабрана тема Конференције окупила је велики број научника и стручњака из Србије, али и из Пољске, Турске, Чешке, Румуније, Бугарске, Хрватске, Црне Горе, Босне и Херцеговине и Северне Македоније.

Аутори су препознали значај мултидисциплинарног приступа праву, а што доприноси свестранијем научном проучавању права. Свест о различитим научним приступима праву који осветљавају различите чиниоце стварања и примене права доприносе и већој функционалности, делотворности, ефикасности и применљивости права. Имајући у виду да су као радни језици Конференције, коришћени српски (матерњи) језик и енглески језик, таква структура задржана је у овом Зборнику. Радови презентовани на Конференцији обухваћени су у више тематских целина: Право и информационе технологије, Право и екологија, Међународно право и нови светски поредак, Право и друштвене промене, Право и економија. Општи је утисак да је Конференција постигла висок научни ниво, што потврђује и објављивање научних радова у овом тематском зборнику. Један број радова објављен је у Зборнику радова Правног факултета у Нишу. Објављивање зборника има за циљ да резултате истраживања учесника Конференције учини доступним научној, стручној и широј јавности, како би се подстакла даља научна и стручна расправа.

Ниш, јануар 2020.

Уредници Конференције

Проф. др Саша Кнежевић

Проф. др Маја Настић

Foreword of the Conference Editors-in Chief

The International Scientific Conference “Law and Multidisciplinarity” was held at the Faculty of Law, University of Niš, on 12-13 April 2019, on the occasion of marking the 59th Anniversary of the Law Faculty, University of Niš. The selected Conference theme brought together a large number of scholars and experts from Serbia, as well as from Poland, Turkey, Czech Republic, Romania, Bulgaria, Croatia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina, and North Macedonia.

The authors have recognized the importance of a multidisciplinary approach to law, which contributes to a more comprehensive scientific study of law. The awareness of different scientific approaches to law, which cast more light on various factors in the process of creating and applying the law, also contribute to a greater functionality, effectiveness, efficiency and applicability of law. Given that the Conference working languages were Serbian (or mother tongue) and English, this Collection of Conference Papers comprises articles written in mother tongue or English. The papers presented at the Conference cover a number of thematic areas: Law and Information Technology, Law and Ecology, Law and Social Change, Law and Economics, and International Law and the New World Order.

There is a general impression that the quality of presented papers contributed to the high scientific level of Conference proceedings, which is confirmed by the publication of scientific papers in this thematic journal. A number of articles have been published in the Law Faculty journal “Collection of Papers of the Faculty of Law in Niš”. The publication of Conference papers aims to make the Conference participants’ research results available to the scientific, professional and general public, in an effort to promote further scientific and professional debate.

Niš, January 2020

Conference Editors-in-Chief

Prof. Saša Knežević, LL.D.

Prof. Maja Natić, LL.D.

САДРЖАЈ / CONTENTS

Реч уредника Конференције III

Foreword of the Conference Editors-in Chief.....IV

ПРАВО И ИНФОРМАЦИОНЕ ТЕХНОЛОГИЈЕ

LAW AND IT

Дејан Vučetić,

GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT AND INFORMATION
TECHNOLOGY IMPROVEMENTS IN SERBIAN PUBLIC ADMINISTRATION 3

*ЗАКОН О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ И ИНФОРМАЦИОНО-ТЕХНОЛОШКО
УНАПРЕЂЕЊЕ РАДА СРПСКЕ УПРАВЕ* 17

Ивана Шумановска-Спасовска,

ЕЛЕКТРОНСКА КОМУНИКАЦИЈА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ С
ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА УРЕЂЕЊЕ У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ 19

*ELECTRONIC COMMUNICATION IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE WITH A
DETAILED REVIEW OF THE REGULATION IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA* 34

Соња Лучић,

НЕОВЛАШЋЕНО СТАВЉАЊЕ НА ИНТЕРНЕТ СТРАНИЦУ ФОТОГРАФИЈЕ
КОЈА ЈЕ ПРЕТХОДНО ОБЈАВЉЕНА НА ДРУГОЈ ИНТЕРНЕТ СТРАНИЦИ..... 35

*UNAUTHORIZED POSTING ON WEBSITE OF PHOTOGRAPHY THAT WAS
PUBLISHED AT OTHER WEBSITE*..... 47

ПРАВО И ЕКОЛОГИЈА

LAW AND ECOLOGY

Марија Крвавац,

МЕЂУНАРОДНОПРИВАТНОПРАВНИ ОКВИР ЗАШТИТЕ
ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ 51

PRIVATE INTERNATIONAL ASPECTS OF ENVIRONMENTAL PROTECTION 69

**Davorin Pichler,
Tomislav Nedić,**

THE MOST IMPORTANT CIVIL LAW ASPECTS OF RELATIONS BETWEEN HUMANS AND ANIMALS IN CROATIAN LAW	71
NAJVAŽNIJI GRAĐANSKOPRAVNI ASPEKTI ODNOSA ČOVJEKA I ŽIVOTINJE U HRVATSKOM PRAVU	81

**МЕЂУНАРОДНО ПРАВО И НОВИ СВЕТСКИ ПОРЕДАК
INTERNATIONAL LAW AND NEW WORLD ORDER**

**Jerzy Jaskiernia,
Kamil Spryszak,**

MULTIDISCIPLINARY APPROACH TO THE ANALYSIS OF SECURITY IN EUROPE	85
<i>MULTIDISCIPLINARNI PRISTUP ANALIZI BEZBEDNOSTI U EVROPI</i>	<i>108</i>

Mirjana Ristovska,

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN COURT JUDGMENT IN THE LAW OF THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA AND IN THE EUROPEAN UNION LAW	109
<i>ПРИЗНАВАЊЕ И ИЗВРШЕЊЕ СТРАНИХ СУДСКИХ ОДЛУКА У ЗАКОНУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ И ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ</i>	<i>121</i>

**Jana Mlýnková,
Svatava Veverková,**

DIRECTIVE 2011/83/EU AND ITS TRANSPOSITION INTO THE CZECH PRIVATE LAW	123
<i>DIREKTIVA 2011/83/EU I NJENA TRANSPOZICIJA U ČEŠKO PRIVATNO PRAVO</i>	<i>130</i>

**ПРАВО И ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ - Јавноправна област
LAW AND SOCIAL CHANGE - Public Law**

Милан Петровић,

ПРАВНА ДРЖАВА, ПОДЕЛА ВЛАСТИ И НАРОДНИ СУВЕРЕНИТЕТ	133
<i>THE LEGAL STATE, SEPARATION OF POWERS, AND NATIONAL SOVEREIGNTY</i>	<i>149</i>

Милан Рапајић,

ЈАВНЕ АГЕНЦИЈЕ У УПРАВНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ СА
КРАЋИМ ОСВРТОМ НА ЊИХОВ ПОЛОЖАЈ У УПРАВНОМ
СИСТЕМУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ 151

*PUBLIC AGENCIES IN THE ADMINISTRATIVE SYSTEM OF SERBIA
WITH SHORT REVIEW OF THEIR POSITION IN THE ADMINISTRATIVE
SYSTEM OF THE EUROPEAN UNION* 187

Милош Прица,

УГОВОР И УПРАВНИ УГОВОР КАО ПРАВНИ ИНСТИТУТИ 189

CONTRACT AND ADMINISTRATIVE AGREEMENT AS LEGAL INSTITUTES 231

Katerina Klimoska,

CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND LEGALITY 233

КОНТРОЛА УСТАВНОСТИ И ЗАКОНИТОСТИ 247

ПРАВО И ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ - Радноправна област

LAW AND SOCIAL CHANGE - Labour Law

Christine Mengès-Le Pape,

THE FLEXIBILITY OF WORK: BETWEEN HISTORY AND THEORY 251

FLEKSIBILNOST RADA: IZMEĐU ISTORIJE I TEORIJE 260

Тодор Каламатиев,

Александар Ристовски,

ТРАЈАЊЕ И ОРГАНИЗАЦИЈА РАДНОГ ВРЕМЕНА И ПРОПИСИ О
ПЛАЋЕНОМ ГОДИШЊЕМ ОДМОРУ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И У
МАКЕДОНСКОМ РАДНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ 261

*DURATION AND ORGANIZATION OF WORKING TIME AND REGULATION
OF THE PAID ANNUAL LEAVE IN THE EU LAW AND IN THE MACEDONIAN
LABOUR LEGISLATION* 280

Милица Ковач-Орландић,

ЗАШТИТА ЗАПОСЛЕНОГ ЗАРАЖЕНОГ ВИРУСОМ ХИВ-А СА
ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА МОГУЋНОСТ ПОСЛОДАВЦА ДА
ЗАПОСЛЕНОГ ТЕСТИРА НА ХИВ 281

<i>PROTECTION OF HIV POSITIVE EMPLOYEE WITH A SPECIAL CONCERN TO THE POSSIBILITY OF HIV TESTING IN THE WORKPLACE</i>	295
--	-----

Драгана Петковић,

ПРАВО НА ЗДРАВЉЕ – ПРАВНА РЕГУЛАТИВА И ПРИМЕНА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ.....	297
---	-----

<i>THE RIGHT TO HEALTH – LEGAL REGULATION AND APPLICATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA</i>	310
---	-----

ПРАВО И ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ - Кривичноправна област

LAW AND SOCIAL CHANGE - Criminal Law

Olga Koshevaliska,

Elena Maksimova,

THE PROFILE OF FEMALE OFFENDERS SENTENCED TO IMPRISONMENT IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA	313
---	-----

<i>КРИМИНОЛОШКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ЖЕНА ОСУЂЕНИХ НА ЗАТВОРСКУ КАЗНУ У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ</i>	340
--	-----

Krasimir Manov,

CRIMINAL LAW PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE.....	341
---	-----

<i>KRIVIČNOPРАВNA ZAŠTITA KULTURNE BAŠTINE</i>	357
--	-----

ПРАВО И ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ - Грађанскоправна област

LAW AND SOCIAL CHANGE - Civil Law

Jiří Handlar,

IS A NO ORAL MODIFICATION CLAUSE LEGALLY EFFECTIVE?.....	361
--	-----

<i>DA LI JE NOM KLAUZULA PРАВNO EFEKTIVNA?</i>	369
--	-----

Есин Кранли Бајрам,

ЕТИЧКИ АСПЕКТИ ПРОШИРЕЊА РИМСКОГ НАЧЕЈА NASCITURUS PRO IAM NATO HABETUR QUOTIENS DE COMMODIS EIUS AGITUR У САВРЕМЕНОМ МАКЕДОНСКОМ ПРАВУ	371
---	-----

<i>THE ETHICAL ASPECTS OF THE ROMAN PRINCIPLES'NASCITURUS PRO IAM NATO HABETUR QUOTIENS DE COMMODIS EIUS AGITUR (ENLARGEMENT IN THE MACEDONIAN CONTEMPORARY LAW)</i>	385
--	-----

Ana Radina,

DISCLOSING DETAILS OF THE CHILD'S PRIVATE AND FAMILY LIFE IN THE MEDIA AS A FORM OF VIOLATION OF THE RIGHTS OF THE CHILD	387
---	-----

<i>IZNOŠENJE POJEDINOSTI PRIVATNOG I OBITELJSKOG ŽIVOTA DJETETA U MEDIJIMA KAO OBLIK POVREDE NJEGOVIH PRAVA</i>	405
---	-----

Tamara Đurđić,

MESTO UGOVORA O ODRICANJU OD BUDUĆEG NASLEDSTVA U SRPSKOM PRAVU DE LEGE FERENDA	407
--	-----

**ПРАВО И ЕКОНОМИЈА
LAW AND ECONOMICS**

Милена Јовановић Zattila,

ПОСТУПЦИ ЗА НАДОКНАДУ ШТЕТЕ УСЛЕД ПОВРЕДЕ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ	415
---	-----

<i>PROCEDURES IN ACTIONS FOR DAMAGES INCURRED BY BREACH OF COMPETITION LAW</i>	428
--	-----

Radim Chalupa,

ABUSE OF THE BILL OF EXCHANGE IN BUSINESS ENVIRONMENT	429
---	-----

<i>ZLOUPOTREBA MENICE U POSLOVNOM OKRUŽENJU</i>	444
---	-----

Đurđa Bolanča Kekez,

ПОЛОЖАЈ ИЗРАВНИХ И НЕИЗРАВНИХ КУПАЦА У СЛУЧАЈЕВИМА ПОВРЕДЕ ПРАВА ТРЖИШНОГА НАТЈЕКАЊА.....	445
--	-----

<i>LEGAL POSITION OF DIRECT AND INDIRECT PURCHASERS IN CASE OF BREACH OF COMPETITION LAW</i>	471
--	-----

ПРАВО И ИНФОРМАЦИОНЕ ТЕХНОЛОГИЈЕ

LAW AND IT

GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT AND INFORMATION TECHNOLOGY IMPROVEMENTS IN SERBIAN PUBLIC ADMINISTRATION

Abstract: *Contemporary activities of public administration have become very complex, and the resources for their performance have not increased. From the legal perspective, it only increases the dichotomy between complete protection of citizens' rights and efficiency of public administration. That is one of the reasons why the Serbian General Administrative Procedure Act (GAPA) was redefined in 2016. The author classifies this Act as the so-called third-generation GAPA. The paper focuses on legal regulation of electronic communication between administrative bodies and parties, the exchange of data ex officio by electronic means between administrative authorities, the e-GAPA information system, the point of single administrative contact. Such a thorough analysis leads to the conclusion that these institutes represent a sound basis for improvement of the Serbian administration, although they may at first complicate the activities of administrative bodies and organizations (due to the parallelism of electronic and written communication, procurement of appropriate technical equipment, and training of officers for its use). Still, in the long run, they will redefine internal administrative organization and free personnel from manual work, speed up administrative activities and open up new channels of communication between administration and citizens.*

Keywords: *information technology, the codification of general administrative procedure, digitalization, ex officio data exchange, e-GAPA portal, point of single administrative contact.*

* e-mail: dvucetic@prafak.ni.ac.rs

**This paper is the result of research within the project "Protection of Human and Minority Rights in the European Legal Area"(reference number 179046), funded by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia.

1. Introduction

In the contemporary state and society, administrative activities are regulated in line with new doctrinal conceptions on the role of the administration in the society, the most important of which are: New Public Management (Pollitt, Bouchaert, 2011), Good Governance (Todorović 2016; Addik, 2019), and so on. All of these doctrines emphasize the importance of efficiency and efficacy of administrative work and consider that administrative procedure (a form of administrative activity of the state) is a **primary instrument for legitimization and democratization** of state powers (Koprić, 2011: 53; Luhmann 1992: 180-185).

The role of modern administrative procedures in the contemporary state and society is increasing but, at the same time, it is becoming more sophisticated and two-sided. It bears a kind of **internal dichotomy** between comprehensive and complete protection of citizens' rights as related to maximum speed, efficiency, and economy of administrative actions. As the tasks of modern administration are becoming more and more diverse, and the national (financial, human, and many other) resources for their financing are becoming scarce, increasing the efficiency of public administration is a necessity!

A first step in improving the characteristics of public sector administrative actions, in terms of both their legality and efficiency, is the **codification of administrative procedures**. Codification is the process that the author thoroughly discussed and analyzed in some of the previous papers. The previous research has shown that nowadays most of the democratic legal states have codified their administrative procedures and that legal systems have entered deeply into the so-called third generation of GAPA-s (Vučetić, 2014: 180; Vučetić, 2018: 176). Codification of the (general) administrative procedure can also be seen as a form of its standardization. As a rule, the General Administrative Procedure Act (GAPA) regulates the provision of a specific public service, recognition of parties' rights and legal interests, establishment of obligations, issuance of certificates, an undertaking of administrative actions, performance of public services (education, health, etc.), provision of information, etc. In order to successfully and effectively achieve its objectives and economically coordinate its material and human resources, an administrative organization must standardize its activities.

In general legal discourse, **standardization** can be viewed as the establishment of an appropriate procedure for identifying identical and repetitive elements of individual administrative activities, a mode in which routinely defined operations are performed in the same manner in all situations of the same type. It increases legal certainty, equality of citizens in their rights and obligations, and

thus strengthens the legality of administrative state powers. On the other hand, **standardized administrative procedure** is viewed as a matter of introducing of relatively simple process technology,¹ which is easy to monitor and has relatively predictable results. This “technology” is used by administrative bodies to make decisions on the rights, obligations, and legal interests of the parties concerned.

Another crucial notion in this paper is the concept of **digitalization**. Digitalization is the strategic orientation of the Serbian government in the field of public administration reform.² It essentially means using ITC means in performing its administrative activities. According to the draft version of the *Program of development of Electronic Administration in the Republic of Serbia for the period from 2019 to 2022 and Action Plan for its implementation (2019)*³, digitalization “...implies that services, as far as possible, and especially upon the request of the users, are provided online or digitally (with the possibility of checking the status of the service), including the possibility of obtaining confirmation and evidence that may appear as a condition for completing of obligations” (Draft E-Administration Program, 2019: 20).

One additional reason for codification and standardization of administrative procedures is that, with the increase in the number of GAPA rules (articles) as well as the rise in the number of the so-called special administrative procedures regulated by other separate laws, there is the increasing possibility of error (intentional or accidental), while the level of necessary expertise of the acting public servants becomes even more demanding and complex. At the same time, the number of qualified public servants capable of performing these complicated tasks is decreasing and will be reduced even more soon. There are many reasons for this tendency. Still, the most important ones are a ban on employment of new public servants first instituted in 2015,⁴ and natural processes (such as retirement) that lead to the outflow of personnel. These complexities, together with other reasons, one of which was the influence of European regulations and

¹ The use of process technology in administrative organizations is characterized by the so-called serial interdependence, where each phase (action) can be routinely executed after another activity has been completed (Koprić, 2011: 47-49).

² The Strategy of Public Administration Reforms in the Republic of Serbia, “*Official Gazette of RS*,” No. 9 of 30 January 2014, No. 42 of 23 April 2014 - Correction, and No. 54 of 13 July 2018.

³ Draft Program for the development of Electronic Administration in the Republic of Serbia for the period 2019-2022 and Action Plan for its implementation, 2019, Ministry of Public Administration and Local Self-Government, available at: <http://mduls.gov.rs/wp-content/uploads/Program-razvoja-e-uprave-za-period-od-2019-do-2022.pdf>

⁴ The ban was introduced in 2015 with the Act on the Method of Determining the Maximum Number of Public Sector Employees (“*Official Gazette of RS*,” No. 68/2015, 81/2016 - CC decision 95/2018).

the tendency of Europeanization (Vučetić, 2014: 180-183), are the major causes why Serbian new, modified GAPA was brought into legal existence in 2016.

The goals of the enactment of the 2016 GAPA were: to shorten the general administrative procedure; to protect the parties during the provision of public services; to regulate the basics of administrative contracts; to regulate the exercise of administrative actions; and to protect the parties' rights in broad areas governed by special administrative procedures. The new GAPA abandoned an almost 90-year old type of administrative process based on Austrian administrative tradition, which was under the scrutiny of the scholarly public (Cucić, 2018: 140). But, in spite of those controversies, the new GAPA contains several improvements, among which is the introduction of some new institutes and ICT improvements.

To fully understand the whole of the newly introduced system of digitalization of administrative procedures, one has to bear in mind the complexity of administrative law regulations in general. The general characteristic of administrative law sources is that they are numerous, disperse, dynamic, continually changing, and most often uncodified (Dimitrijević 2016: 34, Milkov 2012: 50–51). The following GAPA provisions fully came into life only in combination with other regulations entered into force. Due to space constraints, this paper will only enlist the areas covered by those acts, leaving the full analysis of their provisions for another occasion. Those new acts regulate:

Introduction of Central Register of Compulsory Social Security Introducing Electronic Registration of Workers (2010, 2014),

Introduction of e-GAPA (2017);

Automatic Health Card Certification (2017);

Electronic Document, Electronic Identification, and Trust Services in Electronic Commerce (2017);

Submission of Electronic Registration for Entrepreneurs (2018);

E-Government (2018), etc.

2. ICT improvements of the Serbian GAPA

Crucial provisions on this matter can be found in Articles 9, 102, and 103 of the new Serbian GAPA. Article 9 GAPA envisages a general principle of efficiency and effectiveness (procedural economy), which is subsequently developed in Articles

102 and 103 GAPA, and in a series of Government decrees and regulations.⁵ The principle points out to the efficiency and effectiveness of administrative procedure, not explicitly to the usage of IC technologies in administrative procedures. But to be efficient and effective, administrative process needs to be digitalized as much as it is objectively possible. The aforementioned articles provide as follows:

First, the competent authority shall *ex officio*, in accordance with the law, obtain and process data on facts necessary for deciding which official records are kept. The authority may request from a party only such information that is necessary for its identification and documents confirming facts on which official records are not kept (Article 9 (2-4) GAPA).

Second, the party does not have to obtain the evidence that can be acquired by the authority, nor certificates, and other documents that the authorities are not obliged to issue (Article 102 (2) GAPA).

Third, and most importantly, the authority is **obliged** to act *ex officio*, in accordance with the law, in order to inspect, obtain and process data concerning the facts on which official records are kept, which are necessary for decision-making in administrative proceedings. If another authority keeps the official records, the authority conducting the proceedings is obliged to request the information as soon as possible, and the requested authority shall provide the information free of charge within 15 days unless stipulated otherwise. If the requested information can be obtained electronically, the requested authority shall provide it as soon as possible. In proceedings instituted upon the request of a party, the authority may inspect, collect and process personal data on facts kept in official records when necessary for decision-making, unless the party expressly states that it will obtain the information itself (Article 103 (1-3) GAPA).

All data which are entered in electronic databases may be electronically obtained from official records or submitted to the e-registry via a web service (e-GAPA). The authorities shall pre-determine the sets of data from official records that are available to authorized officials electronically. If different authorities are competent to keep records if the data set is established on the basis of contents

⁵To fully understand the scope of this institute, one has to take into account the following rules: Decree on Closer Requirements for the Establishment of Electronic Governance (*Official Gazette RS*, No. 104/2018); Rulebook on how authorities inspect, obtain, process and cede, or submit information on facts on which official records are kept from registers in electronic form, which are necessary for decision-making in administrative proceedings (*Official Gazette RS*, No. 57/2019), etc.

of official records kept by (several) different authorities, the contents of that set shall be determined by agreement between the relevant authorities.⁶

The bodies that keep official records establish the technical conditions for obtaining and submitting data electronically, while their exchange is ensured by the authority responsible for harmonizing and improving the development and functioning of information systems and infrastructure of state bodies, autonomous province bodies, local self-government bodies, and public services; the exchange is facilitated through the **Information System on the Portal e-Government of the Republic of Serbia (e-GAPA)**, the established electronic service for data acquisition and submission.⁷

When accessing the database, the authorized person that needs the data to decide in administrative proceedings shall send an access request including the following information:

- 1) The identity of the authorized person;
- 2) The administrative proceeding and the case number for which it is necessary to access the data;
- 3) Date and time of access;
- 4) The essential data.⁸

The e-GAPA information system records the data requested, as well as the data on official records and the type of data accessed by the authorized official. It is forbidden to store and process the data obtained and submitted through the e-GAPA information system in any way that is contrary to the envisaged legislative and regulatory framework.

The authority keeps official records of data on each access in compliance with the law governing the protection of personal data. The authorized official of that needs the data for decision-making in administrative proceedings shall download the data via the e-GAPA portal. By being downloaded to the authority's information system, the collected and submitted data become an integral part of the case file. If the technical capacities do not allow for the download, the

⁶ Article 4 (par. 2) of former Regulation on obtaining and making available information concerning facts on which official records are kept (*Official Gazette RS*, No. 56/2017). This Regulation was replaced by the Rulebook on how authorities inspect, obtain, process and cede, or submit information on facts on which official records are kept from registers in electronic form, which are necessary for decision-making in administrative proceedings (*Official Gazette RS*, No. 57/2019). Replacement was made in August 2019 but provisions mentioned above are almost the same in the Rulebook.

⁷ Ibid, par. 3.

⁸ Ibid, par. 4.

authorized official shall print the document with the information from the official record and save it in the case file.

In addition to the name of the authority and the data on the authorized official, the request for information must include information on the administrative matter to be decided, the case number which the inquiry is related to, and the information required.

The E-GAPA portal also provides access to the official records of different Government Ministries, which are available at the e-Government Portal. Thus, the e-GAPA portal facilitates access to the following Ministries and bodies:

the Ministry of Public Administration and Local Self-Government,

the Ministry of the Interior,

the Republican Pension and Disability Insurance Fund,

the National Employment Service,

the Ministry of Finance - Tax Administration,

the Central Register of Compulsory Social Security,

the Ministry of Justice,

the Republic Geodetic Authority.

Some of the most exchanged data are related to birth registers, marriage registers, death registers, birth records; residence, change of residence, biometric documents, citizenship; checking the person's labour status, records review, certificates on paid amounts, pension fund user records, tax debt paid, amount of income in a given period, information on the status of tax debt, real estate register; criminal records, misdemeanor records, and records of criminal sanctions.⁹

3. Point of Single Administrative Contact (PSAC)

In the context of the "Basic Rules of Procedure" (Chapter III) and "Cooperation and Official Assistance" (Section 3), a significant innovation in new Serbian GAPA is the legal institute of "Point of Single Administrative Contact" (Article 42 GAPA). It can be understood as the direct impact of the Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on

⁹ Ministry of Public Administration and Local Self-Government, available at: <http://mduls.gov.rs/reforma-javne-uprave/reforma-upravnog-postupka/podrska-zaposlenima-u-korisnjenju-ezup-a/?script=lat> (accessed 31 October 2019).

services in the internal market, but also as an emanation of personal principle in the organization of public administration.

The new GAPA establishes the basis for organizing Points of Single Administrative Contact in case that the provisions of special laws prescribe so. "A Single Administrative Contact" significantly improves the party's position in relation to the competent authorities. Article 42 GAPA envisages as follows:

(1) If the exercise of one or more rights requires the action of one or more authorities, the party shall apply to a Single Administrative Contact;

(2) Establishing a Point of Single Administrative Contact shall not affect the competences of the authority or the right of a party to directly address the competent authority;

(3) A Point of Single Administrative Contact shall perform the following activities:

1) instruct the applicant, as the competent authority would do, on what the authorities need to do to act upon the request;

2) receive requests for recognition of rights or other actions in an administrative matter, opinions, explanations, comments, as well as documents and remedies in accordance with the regulation, and submit them to the competent authorities;

3) inform the applicant of the actions taken by the competent authority and the legal acts it has made.

(4) These actions may be carried out electronically, by mail, or by other convenient means.

(5) The time limits for deciding on a party's request to the competent authorities shall begin to run from the time when a duly filed application is made in a Point of Single Administrative Contact.

(6) The Government shall prescribe more specific conditions and criteria to be applied in the procedure for designating a Point of Single Administrative Contact, as well as the manner of cooperation of the competent authorities in relation to the conduct and performance of tasks in a Point of Single Administrative Contact.

It makes sense to designate a specific body that can obtain a wide range of public services in one place. Such an authority should have access to various databases and broad powers enabling it to provide such services. A citizen or an entrepreneur could even have his/her own "personal officer" (such as a personal banker or a chosen doctor) who would take care of all his/her requests and the entire course of actions on his/her behalf. The idea is to combine various administrative matters into one process. In the new GAPA, the PSAC is regulated as a kind of a mailbox where different requests may be dropped. However, the

administrative proceedings are still pending before the competent authorities, and the applicant remains utterly alone in those proceedings.

As previously noted, the essential form of Point of Single Administrative Contact is E-Point of Single Administrative Contact regulated by the Electronic Government Act of 2018.¹⁰ According to Article 4 of this Act, an electronic point of single administrative contact is defined as "... a web portal or other software solution that enables electronic administration of one or more bodies in one place to exercise one or more rights". According to Article 18 of the Act, an authority may establish an Electronic Point of Single Administrative Contact on the e-GAPA Portal.

Some of the most successful examples of already established electronic points of single administrative contacts, repeatedly publicly highlighted by the representatives of Ministry of Public Administration and Local Self-Government, will be highlighted in the following passages:

First, the procedure for exercising the right to build, which involves the actions of different bodies related to establishing the conditions for issuance of building permits and related documents (acc. to Regulation establishing the Office of Rapid Response which is now called Administration);

Second, information system "Baby, welcome to the world" (e-Baby 1 & 2), which is implemented in the whole of Serbia, and which connects maternity wards, local government units, and social welfare centers into a single network to provide the following services to the citizens: registration of the child's personal name, obtaining the unique identification number, registration in the birth register, registration of baby's residence (address), application for baby's health insurance, parental allowance, etc. By the end of July 2019, there were around 175,677 birth registration and joint administrative procedures conducted in this way;

Third, other examples worth mentioning are e-kindergartens (submission of the child's electronic application for obligatory preschool education), E-enrollment (simplified school enrollment process all over Serbia, where no paperwork is required, and parents no longer need to bring a birth certificate and residence certificate, etc.). Until 24 July 2019, a total of 65,422 children were enrolled in the first year of their primary schools and 50,691 students were enrolled in secondary schools;

Fourth, instant payment of fees and taxes at local self-government bodies.

¹⁰ The Electronic Government Act, *Official Gazette of RS*, No. 27/2018.

4. Other GAPA provisions regulating ICT use

The GAPA regulates that communication between the authority and parties may be in writing or in oral form. But, as of 2016, the written form includes communication by electronic means or in paper form. The rule is that electronic communication requires the consent of the party involved. A special regulation may provide for a party's obligation to communicate electronically with the relevant authority. For example, companies are required to submit financial statements to the Business Registers Agency in electronic form. When prescribing the requirement of electronic communication, the capacity of some categories of parties to act in this way must be taken into account (e.g. material resources, training, etc.).

It is explicitly prescribed that the signing of an electronic document must be done in accordance with the law. This law is the Electronic Signature Act, which stipulates that an electronic signature can have legal effect and can be used as a proof in a legally regulated procedure, except when a specific law prescribes that only a handwritten signature shall have legal force and probative power. An electronic signature that can be used in administrative proceedings is a qualified electronic signature (QES).¹¹

By posting a notice on its website, the authority shall notify the parties that electronic communication is available and provide information on how an interested party can submit electronic documents to the authority and how the electronic documents are sent to the party.

According to Article 2 of the Electronic Documents Act,¹² an electronic document is a set of data composed of letters, numbers, symbols, graphics, sound and video contained in a submission, a written decision, document or any other act drafted by legal and natural persons or authorities for use in legal transactions or administrative, judicial or other proceedings before the authorities, if it is electronically created, digitized, sent, received, stored or archived by means of electronic, magnetic, optical or other media.

As already noted, communication by electronic means is only possible if the party agrees to it in advance or if a special regulation specifies it. The practice has shown that an electronic document may contain certain drawbacks that make

¹¹ A qualified electronic signature (QES) is exclusively associated with the signatory; it unambiguously identifies the signatory, by using means which the signatory can independently manage and which are under the sole control of the signatory; it is directly linked to the data to which it relates, in a way that provides unambiguous insight into any modification of the original data; it is created by using a qualified electronic signature and verified on the basis of a qualified electronic certificate of the signatory.

¹² The Electronic Documents Act, "Official Gazette of RS," No. 51/2009.

it unreadable. In this case, both the authority and the party are authorized to request that the material be provided to them in another convenient form. In doing so, the authority will also set a deadline within which the party is obliged to act on the request and inform the authority of the legal consequences of failing to act on the application within the deadline set, i.e. that it will be considered that the document has never been filed.

Article 64 of the 2016 GAPA regulates ***reviewing of files and notice of proceedings***. The right to see the file entails the party's right to examine the file in the presence of an official, to multiply or obtain a copy of the file at his own expense, and to have the copy of the file delivered, at his expense, by post or by other convenient means. Documents can be viewed and downloaded even if stored electronically.

Particular importance is given to the legal institute of ***notification***. Article 66 of this Act defines that notification is an act whereby an authority appropriately informs a party and other participants of a pending administrative matter. Notification can be sent: in an electronic form; by mail; by delivery, or by using some other convenient method.

Electronic notification can be informal and formal (Article 70 GAPA). The latter must be conducted by the law governing such communication; it must include a receipt proving the receipt of the document which has a legal effect of delivery.

When regulating the delivery method, the GAPA stipulates that the authority carries out personal and indirect delivery through: 1) a delivery official; 2) a postal operator; or 3) electronically, in compliance with the law.

Finally, the GAPA provides administrative authorities with the possibility of using a videoconference for oral communication (if the body and participants have technical capacities) and making decisions in electronic form. (Article 111 GAPA)

5. Conclusion

In this paper, the author analyses the impact which the processes of digitalization, standardization, and Europeanization have on one specific part of Serbian administrative law – the general administrative procedure law. The role of contemporary IC technologies in administrative proceedings is only going to increase with time, and the benefits are already numerous.

Initially, the complex activities of administrative organizations will be more complicated, due to the parallelism of electronic and written communication with the authorities, the procurement of appropriate technical equipment and

the training of officers for its use, etc. But, in the long run, the use of ICT frees the organization of many mechanical and manual tasks that can be automated or left to computer programs (office operations, records, etc.); above all, it opens up new channels of communication between the state and citizens, and significantly speeds up the process.

The author has shown the correlation between the ICT provisions envisaged in the 2016 GAPA (regulating the official exchange of data in administrative procedure, points of single administrative contact, electronic communication, etc.) and other legislative acts that constitute the Serbian legal system in the area of E-Governance. The author points out that the ICT provisions envisaged in the 2016 GAPA may be fully meaningful only when they are taken in conjunction with the requirements of the E-Government Act 2018 and subsequent rules.

The first effects of implementing ICT in administrative procedures are more than encouraging. Eight key central government authorities offer their data and registries for exchange over the e-GAPA system. By winter of 2019, according to official data of the Ministry of State Administration and Local Self-Government, public servants exchanged various kinds of information more than 5 million times, without asking them from citizens, which was the case in previous years. More than 60 million medical prescriptions have been issued electronically, saving medical institutions about 2 million € annually.

The author sees opportunities for further improvements in administrative activities in changing the paradigm and perception of administration in Serbia, primarily through the Point of Single Administrative Contact institute. In the future, citizens will exercise all their rights and perform their obligations in one place (electronically or in person), without having to know the internal structure of an administrative organization and without endlessly wandering from one counter to another.

On a final note, the vital role of digitalization in the forthcoming period will be further analyzed in more detail in another paper, with specific focus on optimizing and simplifying administrative procedures. Apart from the application of IC technologies, the process of optimization and simplification includes more extensive usage of points of single administrative contacts, simplified licensing proceedings, reduction of administrative burdens, reduction of time limits for administrative decision-making, simplification of languages in administrative forms, etc.

References

Addink, H. (2019). *Good governance: Concept and context*. Oxford University Press.

Cucić, V. (2018). Fino podešavanje Zakona o opštem upravnom postupku. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu-Časopis za pravne i društvene nauke* 66.2.

Dimitrijević, P. (2016). *Upravno pravo – opšti deo*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

Koprić, I. (2011). General administrative procedure act and technological improvement of administration. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 57: 43-75.

Luhmann, Niklas (1992) *Legitimacija kroz proceduru*. Zagreb: Naprijed.

Milkov, D. (2012). *Upravno pravo, I (uvodna i organizaciona pitanja)*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

Pollitt, C, Bouckaert G. (2011). *Public management reform: A comparative analysis of NPM, the Neo-Weberian State, and New Public Governance*. Oxford University Press, USA.

Todorović, B. (2016). Načela dobre uprave—primena u upravno-procesnom pravu Republike Srbije. *Sveske za javno pravo* 23 (god. 7): 50-65.

Vučetić D. (2014). Evropska upravno-procesna pravila i opšti upravni postupak Republike Srbije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 68. 175–186.

Vučetić, D. (2018). O globalnim trendovima u kodifikovanju upravnog postupanja (On Global Trends in the Codification of Administrative Procedure). *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* br. 78.197-216.

Legal sources

EC (European Commission). “Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market.” *Official Journal of the European Union* (2006).

Министарство државне управе и локалне самоуправе Републике Србије: Програм развоја електронске управе у Републици Србији за период од 2019. до 2022. године и Акциони план за његово спровођење (Draft Program for the development of Electronic Administration in the Republic of Serbia for the period from 2019 to 2022 and Action Plan for its implementation, 2019), available online at: <http://mduls.gov.rs/wp-content/uploads/Program-razvoja-e-uprave-za-period-od-2019-do-2022.pdf>

Public Administration Reform Strategy in the Republic of Serbia, Official Gazette RS, No. 9/2014, No. 42/2014-Correction, No.54/2018, available in English at <http://mduls.gov.rs/wp-content/uploads/Eng-STRATEGIJA-RJU.pdf>

Правилник о начину на који органи врше увид, прибављају, обрађују и уступају, односно достављају податке о чињеницама о којима се води службена евиденција из регистара у електронском облику, а који су неопходни за одлучивање у управном поступку (Rulebook on the manner in which bodies inspect, obtain, process and cede, or submit information on facts on which official records are kept from registers in electronic form, which are necessary for decision-making in administrative proceedings), *Службени гласник РС*, 57/2019.

Уредба о прибављању и уступању података о чињеницама о којима се води службена евиденција, *Службени гласник РС*, 56/2017.

Уредба о ближим условима за успостављање електронске управе (Decree on Closer Requirements for the Establishment of Electronic Governance), *Службени гласник РС*, 104/2018.

Уредба о оснивању Канцеларије за брз одговор (Regulation establishing the Office of Rapid Response), *Службени гласник РС*, 46/2013.

Закон о електронском документу (Electronic Document Act), *Службени гласник РС*, 51/2009.

Закон о електронској управи (Electronic Government Act), *Службени гласник РС*, 27/2018.

Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању (Electronic Document, Electronic Identification and Trust Services in Electronic Commerce), *Службени гласник РС*, 94/2017.

Закон о општем управном поступку (General Administrative Procedure Act), *Службени гласник РС*, 18/2016 и бр. 95/2018 -аутентично тумачење.

Закон о начину одређивања максималног броја запослених у јавном сектору (Act on the Method of Determining the Maximum Number of Public Sector Employees), *Службени гласник РС*, 68/2015, 81/2016 – Одлука УС и 95/2018.

Др Дејан Вучетић,
ванредни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу

ЗАКОН О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ И ИНФОРМАЦИОНО-ТЕХНОЛОШКО УНАПРЕЂЕЊЕ РАДА СРПСКЕ УПРАВЕ

Резиме

Задаци који се стављају пред савремену управу су све сложенији, а средстава за њихово остварење је све мање. У правном погледу то само појачава дихотомију између захтева за целовитом и потпуном заштитом права грађана са једне стране и повећања ефикасности рада државне управе са друге стране. У том смислу извршено је и унапређење Закона о општем управном поступку Републике Србије из 2016. године. Овај закон аутор сврстава у управно-процесне законе треће генерације, а стандардизовани управни процес у врсту технологије. У раду се посебна пажња посвећује анализи правних норми које регулишу електронску комуникацију између органа управе и странака, размену података по службеној дужности између органа управе електронским путем, информациони систем е-ЗУП, јединствено управно место и др. Аутор закључује да наведени институти представљају добар основ за унапређење рада српске управе, који ће можда у почетку усложнити рад органа управе и управних организација (због паралелизма електронске и писане комуникације, набавке одговарајуће техничке опреме и обучавања службеника за њено коришћење и др.) али ће на дужи стазе растерети њихову унутрашњу организацију техничких и мануелних послова, убрзати управно поступање и отворити нове канале комуникације управе и грађана.

Кључне речи: општи управни поступак, е-управа, е-ЗУП, информационе технологије, јединствено управно место, размена података по службеној дужности.

Ивана Шумановска-Спасовска*,
Ванредни професор на Правном факултету
"Јустинијан Први" у Скопљу, Универзитет
„Св. Кирил и Методиј“, Скопље, Република С.
Македонија

UDK: 35.077.3:004.738.5(497.7)

ЕЛЕКТРОНСКА КОМУНИКАЦИЈА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА УРЕЂЕЊЕ У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ

Апстракт: *Значај управног поступка долази до изражаја јер је то поступак у коме се непосредно одлучује о правима и обавезама грађана и правних лица и у коме исти непосредно ступају у контакт са органима јавне управе, путем успостављања управно-правног односа. Од тог њиховог односа зависи задовољство грађана од рада јавних органа, али и целокупна слика или перцепција о јавној администрацији, да ли је она бирократизована, ефикасна, ефективна, квалитетна, или сервисно оријентисана. Због тога је један од циљева реформе у јавној администрацији да се обезбеди правни оквир који ће осигурати модернизовану јавну управу која ће употребити сва правна средства да би остварила квалитетну и правовремену правну заштиту права и обавеза грађана и правних лица. Једна од бројних новина предвиђених путем новог ЗОУП-а у Републици Македонији, а која иду у прилог јачању ефикасности и ефективности управног поступка је увођење електронске комуникације помоћу које се очекује ажурнија комуникација и сарадња између јавних органа, али и спречавање злоупотребе приликом доставе у управном поступку, а са друге стране се олакшава приступ грађана органима јавне управе.*

Имајући у виду горе наведено, циљ нашег истраживања је да се увођењем електронске комуникације у управном поступку утврде позитивни и негативни ефекти са којим се изазовима суочавају странке и органи јавне управе приликом спровођења електронске комуникације, које су нове обавезе јавних органа, као и то да ли органи

*e-mail: ishumanovska@yahoo.com

имају довољно капацитета да у пракси доследно спроведу све оно што је нормирано, као што су, на пример, примена интероперабилности јавних органа, техничке капацитете и потенцијале службеника у погледу информацијске писмености. Наиме, у овом раду ћемо навести суштину увођења електронске комуникације и одредбе ЗОУП-а у коме су наведене новине и предвиђена комуникација електронским путем као што су, пре свега, активна помоћ странкама, институт правне помоћи, достава, потписивање докумената, предаја поднеска, као и комуникација јавних органа између себе.

Предмет истраживања овог рада је анализа правног оквира којим се уређује електронска комуникација у управном поступку као што су Закон о општем управном поступку, Закон о електронском управљању, Закон о електронском потпису и других релевантних прописа којим се регулише ова проблематика.

Кључне речи: електронска комуникација, управни поступак, ефикасност, јавна управа.

1. Појам и значај информацијско-комуникацијских технологија за е-администрацију

Е - управа (electronic government или governance, e-Gov, digital government, online government или transformational government) представља употребу информацијских и комуникацијских технологија које омогућавају ефикасније и ефективније партиципативно управљање, које олакшава и убрзава приступ услугама које пружа влада да би им омогућио већи приступ јавним информацијама и које би владу учиниле одговорнијом према грађанима, приватном сектору и осталим заинтересованим странама. При томе, задатак технологије није само да аутоматизује унутрашњи процес у јавној администрацији, већ да аутоматизује интеракцију и комуникацију између јавности и администрације и других актера у јавном сектору. Према дефиницији ИТАА (Information Technology Association of America) (Америчка асоцијација за информационе технологије), информациона технологија укључује учење, прављење, развој, имплементацију, подршку или управљање рачунаром, базиран информациони систем, посебно софтверске апликације и рачунарски хардвер. По другој дефиницији, информативна технологија је постала општеприхваћени, генерички назив који укључује адекватну информатичку опрему (као што су рачунари, уређаји за чување података, мреже и комуникацијски уређаји), апликације и услуге (тзв. end-user computing, help desk, развој апликација за крајње

кориснике) које користи организација за доставу података, информација и знања. (Luftman, 1993: 201).

Светска банка дефинише е-управу на следећи начин: „е-управа односи се на коришћење информационих технологија (као што су Wide Area Networks, интернет) од стране државних институција, које имају могућност трансформације односа са грађанима, предузећа и других стубова власти као што су законодавна, извршна и судска власт. Уз то, ове технологије могу да послуже у различите сврхе: боље пружање јавних услуга грађанима, побољшана интеракција са предузећима и индустријом, јачање грађана приступом информацијама, или ефикасније управљање државом. Предности е-управе могу бити мања корупција, већа транспарентност, задовољнији корисници услуга, повећани приходи и / или смањени трошкови. Према Уједињеним нацијама: „е-управа је дефинисана као употреба интернета и World Wide Web за испоруку информација и услуга од стране државних институција према грађанима.”¹ Док Гартнер групација дефинише е-управу као „континуирану оптимизацију пружања услуга, учешћа бирача и управљање трансформацијом унутрашњих и спољних односа путем технологије, интернета и нових медија”. (Gartner Group, 2000). Такође, дефиниција за е-администрацију или електронску администрацију, односи се на било које механизме који трансформишу оно што у традиционалној канцеларији прерађују папир у електронске процесе, како би се створила канцеларија без папира. (Radu and Pólkowski, 2014: 185-210). На крају можемо навести и општу дефиницију која е-управу описује као коришћење информационих и комуникационих технологија (ИКТ) за трансформацију власти чинећи је доступном, ефикасном и одговорном. (Sakowicz, 2003).

У односу развоја е -управе у теорији постоји схватање да се обично идентификују четири или пет фаза развоја е-управе, и то: информације доступне онлајн, једносмерна интеракција, двосмерна интеракција и потпуно онлајн трансакције, укључујући испоруку и плаћање. (Sakowicz, 2003)²

¹<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/NISPAcee/UNPAN009486.pdf>

² Sakowicz M. , How to Evaluate E-Government? Different Methodologies and Methodes, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/NISPAcee/UNPAN009486.pdf>. Види: Е-услуге - Овај израз описује употребу електронске испоруке за владине информације, програме, стратегије и услуге. Они су доступни на мрежи „24h/7days”. Такође се односи на електронско пружање услуга (Electronic Service Delivery)(ESD) и израза као „центри за услуге на једном месту, *one-stop service centers*”. Е-менаџмент - док се е-услуге фокусирају на ванорганизацијске односе, е-менаџмент (е-управа) односи се на закулисне информационе системе који подржавају управљачке и административне функције јавних институција, укључујући управљање подацима и информацијама,

Оно што треба нагласити да при увођењу е-управе и изради прописа којим се уређује ова материја посебну пажњу треба обратити на основна начела или принципе који се гарантују електронском комуникацијом. Тако, у неким земљама ти принципи се наводе већ у Стратегији за развој електронске управе. При томе, као суштинске издавајемо следеће принципе: све услуге електронске управе и јавне информације, односно садржаји којима располажу тела јавне власти, морају бити у потпуности прихватљиве, расположиве и доступне свим корисницима услуга, без ограничења, на једнак начин и под једнаким условима независно о њиховим особеностима; увођењем нових облика пружања услуга електронске управе неће се укидати постојећи облици и начини пружања услуга државне управе грађанима и пословним субјектима. Једино стварним повећањем броја корисника услуга електронске управе могу се претходни облици пружања услуга поступно ограничавати; услуге државне управе које се не пружају саставом електронске управе не могу бити укинута пре него што се осигура да сви постојећи и могући корисници имају приступ и знање коришћења услуга електронске управе; развој нових услуга државне управе мора се заснивати на примени информацијско-комуникацијске технологије, а њихово пружање мора да се омогући путем разноврсних, корисницима најдоступнијим комуникацијским каналима; да информације буду јавно доступне кроз састав електронске управе морају бити структуриране и испоручене на начин који у потпуности омогућује једноставан, разумљив и слободан приступ за све кориснике.³

Сагласно македонском оквиру за интероперабилност такође се предвиђају одређени принципи као што су оријентација грађана, инклузивност и доступност, заштита и приватност, вишејезичност, административно поједностављење, транспарентност, чување информација, ефективност

одржавање електронских записа и проток информација између одељења. Е-демократија - ово је најтеже генерисати и одржавати значај е-управе. Односи се на активности које повећавају грађанско укључивање укључујући виртуелни састанак у граду, отворени састанак, сајбер кампање, повратне анкете, јавне анкете и форуме заједнице (као што су путем е-консултација, е-гласања). У е-трговини размена новца за робе и услуге врши се путем Интернета. На пример, грађани који плаћају порез и комуналне рачуне, обнављање регистрација возила и плаћање програма за рекреацију или куповина владе канцеларијски материјал и лицитирање вишка опреме (путем интернета куповине, е-набавке).

³ Конкретније види у *Strategija razvoja elektroničke uprave u Republici Hrvatskoj za razdoblje od 2009. do 2012. godine*, https://www.mingo.hr/public/trgovina/strategija_e_Uprave_HRV_final.pdf

и ефикасност, отвореност, поновна употреба, технолошка неутралност и прилагодљивост.⁴

Овом проблемтиком посебно се бави и Европска комисија, која наводи око 20 основних електронских услуга у Европском акционом плану, у смислу развоја е-управе, како за грађане, тако и за бизнис сектор. Тако наводимо следеће електронске услуге: матичне књиге, лична документа, опорезивање, тражење посла, социјално осигурање, регистрација аутомобила, грађевинске дозволе, извештавање полиције, приступ библиотеци, промена адресе, подношење захтева за образовање и договарање термина за медицински преглед. Док су следеће електронске услуге предвиђене за увођење у економски сектор: порез на добит, порез на додатну вредност, доприноси за запослене, регистрација предузећа, статистичко извештавање, царинска декларација, јавне набавке и еколошке дозволе. (S. Masović, M. Seracević, H. Kamberović, E. Mededović, 2011, 388)

Узимајући у обзир све наведено можемо да констатујемо да је е-управа тренд који се прати и стално усавршава не само у Македонији већ и компаративно. Њиме се баве и светске институције и међународне организације које дају напоре да уведу стандарде и принципе у погледу модернизације управе путем коришћења информатичке технологије, све у циљу да се обезбеди ефикасна, ефективна, транспарентна, одговорна и лако доступна јавна администрација. И поред чињенице да се све услуге или радње јавних органа не могу у потпуности дигитализовати, ипак, јавни органи морају да смогну храброст да издвоје посебне јавне услуге које могу да се пруже електронским путем, да се поступак унифицира колико је то могуће и да обезбеде адекватне кадровске, техничке и финансијске ресурсе које ће све то да примене у пракси.

2. Електронска комуникација у управном поступку у Републици Северној Македонији

У Републици Македонији најновији Закон о општем управном поступку је донет 2015. године, који је започео да се примењује годину дана касније,

⁴Интероперабилност, у контексту пружања македонских јавних услуга, подразумева способност појединачних и различитих организација да међусобно корисно комуницирају договорени заједнички циљеви, укључујући размену информација и знања између организације кроз пословне процесе које подржавају и уз помоћ размене података између њихових ИКТ система, Македонски оквир интероперабилности (МРИ) за македонске јавне услуге, http://mioa.gov.mk/sites/default/files/pbl_files/documents/Macedonian_Interoperability_Framework%20MIF_v2.0_mk.pdf

наиме 2016. године.⁵ Један од циљева за доношење новог закона је био и модернизовање управног поступка и усаглашавање са европским принципима и стандардима. Такође, као разлоге можемо навести и неефикасност у остваривању јавних услуга, нетранспарентност институције, незадовољство грађана, веће трошкове, потребу од унификације разних поступака. Путем новог закона очекује се да ће се управни поступак обављати на брз, једноставан и лако доступан начин (ту ће свакако од помоћи бити и увођење каталога јавних услуга), да ће се поштовати принцип отворености и транспарентности, да ће се растеретити гужве испред шалтера, захваљујући увођењу електронске комуникације и да ће се остварити економичнији управни поступак.

2.1. Аргументи pro и contra увођења електронског облика комуникације у управном поступку

Консекветно томе да увођење сваке новине или реформе има за последицу добре и тзв. лоше стране, тако и увођење електронског облика комуникације носи са собом pro и contra аргументе. Оно што заиста оправдава ово ново законско решење је да се путем дигитализације обезбеђује рационализација процеса, поједностављење процеса, убрзање, или ефикасност поступка, растерећење грађана од подношења докумената за које јавни органи воде службену евиденцију, уштеда времена странкама да не би ишли директно испред шалтера, смањење трошкова, већа доступност корисницима услуга и транспарентност. Наиме, путем е-администрације се утиче на проширење спектра јавних услуга доступних на мрежи; проширује се обим јавних услуга које се нуде на мрежи; интегришу се нови системи јавне управе, врши се каталогизација услуга које нуди јавна управа, повећава се доступност услуга и сл.⁶

Са друге стране, као негативност, или боље речено препреке овом решењу, налазимо у моменту обезбеђења адекватне имплементације на оно што је нормирано. Наиме, да би се ове новине у потпуности оствариле у пракси рада јавних органа требало би да се обезбеде неки претходни услови и ресурси као што су: едуковани и специјализовани кадрови за рад на рачунару и примена савремене методе електронског комуницирања, обезбеђивање адекватне техничке опреме у свакој институцији, увођење

⁵ Закон за општа управна постапка, Сл. Весник на РМ, бр.145 од 23.07.2015 година

⁶ Electronic Administration as a Factor in the Efficient Management, development and communication of public administration Paweł Romaniuk*, International Journal of Contemporary Management Volume 15 (2016) Number 3, s. 79–94 doi:10.4467/24498939IJCM.16.019.5842 www.ejournals.eu/ijcm, IJCM-2016-3-05-romaniuk-electronic_.pdf, retrieved mart 2019

система умреживања институција и прикупљање података на једном месту, стално надграђивање система и ажурирање јавних услуга које су доступне онлајну.

2.2. Правни оквир уређења електронске комуникације у управном поступку

2.2.1. Новине у Закону о општем управном поступку из 2015. године у погледу електронског облика комуникације

Путем ЗОУП-а из 2015. године уведено је неколико новина у управном поступку које се односе на обим примене овог закона (на пример, сада се ЗОУП примењује не само при доношењу управних аката, већ и кад се врше управне радње, када се доносе реална акта, при обезбеђивању услуга од општег интереса), увођење нових принципа (на пример, принцип делегације надлежности), увођењем приговора као новине редовног правног средства за заштиту странака од реалних аката и обезбеђивање услуга од општег интереса, утврђивање материјалне истине и друге новине с циљем да обезбеде, пре свега, ефикасан и ефективан управни поступак чиме би се повећало задовољство и поверење грађана у институције и побољшао рад јавних органа.

Међутим, у овом делу наш акценат стављамо само на новине које се односе на електронску комуникацију, односно анализирамо законске одредбе помоћу којих је уведена електронска комуникација у управном поступку, а то су пре свега одредбе које се односе на активну помоћ странака, на институт правне помоћи, доставу, потписивање докумената, предаја поднеска, поступак по жалби и комуникацију јавних органа између себе.

А. Комуникација између јавних органа и странака

Комуникација органа и странака обухвата: а) поднеске; б) разгледање списа и обавештавање о току поступка; ц) записник; д) позивање, достављање и обавештавање.

У оквиру комуницирања органа и странака у управном поступку потребно је разликовати акте које странке упућују органу, а то су захтеви, обрасци који се користе за аутоматску обраду података, предлози, пријаве, жалбе, приговори (молбе) и акта које органи достављају странкама (позив, решења, закључци и нека друга службена акта).

Према члану 37 у ЗУП-а предвиђено је да се комуникација између јавних органа и странака обавља у писаној форми, усмено или електронским

путем. Међутим, наглашено је да се акта из управног поступка у електронском облику могу доставити странци или његовом заступнику само у случајевима када су претходно пристали на овај вид комуникације. Наводи се и то да је комуникација у електронском облику обавезна када се одвија између јавних органа.

Б. Потписи

У односу потписивања аката, у закону се наводи да кад закон налаже потпис аката, онда се акта у писменом облику потписују својеручно, док се електронске исправе комплетирају одштампаним именом потписника и повезују се опште прахваћеним електронским потписом у складу са Законом о електронским подацима и електронском потпису.⁷

В. Члан 39 Облик и садржај представке

Сагласно члану 39 утврђује се да се поднесци могу поднети директно, послати поштом, или усмено доставити у записнику, али да се поднесци такође могу послати електронским путем у складу са законом. При томе се за подношење електронских поднесака примењује одредба из Закона за електронско управљање.

Г. Право на увид у списе

Члан 42 ЗУП-а предвиђа да када се евиденција води у електронском облику, јавни орган обезбеђује техничка средства за преглед докумената (исправа), као и за њихово штампање или копирање. Јавно тело може странци одобрити приступ електронским датотекама) списе у електронском облику у складу са Законом о електронском управљању.

Д. Поступак за извођење доказа по службеној дужности

ЗОУП има новине и у односу на утврђивање материјалне истине. Наиме, чланом 57. је регулисано да је службено лице које води поступак дужно по службеној дужности да електронским путем прикупи доказе и податке о чињеницама о којој службену евиденцију води јавни орган надлежан за решавање. Службено лице је дужно да тако поступи и када о чињеницама службену евиденцију води други јавни орган или други субјекат који води регистар података. Уз то, јавни орган, односно субјекат који води службену евиденцију дужан је да у року од три дана од пријема захтева електронским путем достави тражене доказе и податке.

Ђ. Начин извештавања

Сагласно члану 69. писмени докуменат се може послати поштом, електронским, или другим одговарајућим средствима, или достављањем.

⁷Члан 38, Закон за општа управна постапка, Сл.весник на РМ, 145/2015

Е. Сагласно члану 78. извштавање путем електронских средстава се обавља слањем електронског документа сагласно закону. Уколико се не могу утврдити време и датум документа који је послат електронским путем, сматра се да је исти примљен сагласно закону, најкасније трећег дана од дана када је послат.

Ж. Члан 79 Начин доставе

Начин доставе уређује се чланом 79. којим се наводи да се достава врши препорученим писмом, личним, индиректним или јавним достављањем, као и електронским путем или званичним објављивањем. Сагласно члану 85. достава електронског документа може се извршити преузимањем документа са сервера који је одредио јавни орган само ако је примаоцу одобрен приступ путем оверених електронских средстава и ако је претходно обавештен о датуму, или периоду у коме ће документ бити објављен сервер. Достава се сматра да је извршена у тренутку преузимања. Ако се докуменат не преузме у одређеном року, јавни орган ће поновити обавештење. Ако докуменат није примљен у року или року одређеним другим обавештењем, јавни орган треба да достави одлуку другим адекватним средствима.

З. Облик административног акта

Члан 87. предвиђа да административни акт, у зависности од захтева странке, може се донети у писаном облику, електронским путем, или другим одговарајућим обликом, осим ако закон прописује или искључује одређени облик.

И. Подношење жалбе

У члану 107. наведено је да се жалба подноси директно другостепеном органу, који је обавезан да је сутрадан, електронским путем, преда првостепеном органу и захтева да се испита у року од седам дана да ли је жалба прихватљива, благовремена и да је поднета од стране овлашћеног лица.

Ј. Доношење одлуке по жалби

Сагласно члану 113. орган који је решио управну ствар у другој инстанци, своју одлуку, заједно са списом предмета у електронском облику, шаље првостепеном органу, који је дужан да одлуку достави странкама у року од осам дана од дана пријема решења са записницима. Уколико странка захтева да се административни акт изда у електронском облику, другостепени орган подноси управни акт директно странци.

К. Правна помоћ

Сагласно члану 29. ЗУП-а предвиђа се да је сваки јавни орган дужан да тражи правну помоћ електронским путем када је органу потребно обезбеђивање чињенице, документа (исправе) или других доказа које поседује неки други орган, или када из законских разлога не може сам да изврши потребне административне радње. У ставу 2 се наводи да је јавни орган од кога се тражи помоћ дужан да поступи по захтеву без одлагања, а најкасније у року од седам дана од дана пријема захтева и електронским путем достави потребне чињенице, документе или друге доказе.

2.2.2. Закон о електронском управљању

Закон о електронском управљању у Македонији је донет 2009. године, али је у међувремену претрпео одређене измене и допуне.⁸ Овим законом се регулише рад министарстава, других органа државне управе, организација одређених законом и других државних органа, судова, државних тужилаштава и јавног тужилаштва, правних и других лица којима је законом поверено вршење јавних овлашћења, органи општина, града Скопља и општина града Скопља приликом размене података и докумената у електронском облику, односно пружања административних услуга електронским путем, када је то законом одређено. Уз то, одредбе овог закона примењују се и на рад физичких и правних лица у пружању електронских услуга. Док се одредбе овог закона не примењују када се поступа са документима у електронском облику који садрже поверљиве податке, личне податке, као и документа која се односе на заштиту безбедносних и одбрамбених интереса Републике Македоније, када је то законом предвиђено. Такође, одредбе овог закона не примењују се на правила рада са документима у папирном облику, када је законом предвиђен посебан поступак или образац за обављање одређених радњи. Поступци предвиђени овим законом спроводе се у складу са одредбама Закона о општем управном поступку, ако овим законом није другачије одређено.

Сагласно члану 30. регулисано је да су органи дужни да електронским путем међусобно размењују податке и документацију у циљу обављања послова предвиђених законом. Уколико то није регулисано законом, начин комуникације између органа о електронској размени података и докумената може се утврдити закључивањем споразума између власти.

⁸Закон за електронско управување, Сл.весник на Република Македонија, бр. 105/09 од 21.08.2009

Јединствено окружење за комуникацију између органа електронским путем.

У изменама и допунама овог закона предвиђена је и услуга за електронску препоручену доставу докумената, која омогућава пренос докумената између органа, као и између органа и физичких и правних особа електронским путем кроз јединствено окружење за размену докумената и података у електронском облику и пружа услугу електронског потписивања и електронског печата, пружа доказ о руковању са пренетим документима, укључујући доказ о слању и пријему докумената и заштиту предатих докумената и докумената о оштећењу, или неовлашћеним изменама.⁹

2.2.3. Закон о подацима у електронском облику и електронском потпису

Закон о подацима у електронском облику и електронском потпису је донет 2001. године.¹⁰ Овим законом се уређује електронско пословање које укључује употребу информационе и телекомуникационе технологије и употребу података у електронском облику и електронским потписом и на суду, у административним процедурама и платном промету.¹¹

Изазови и проблеми са којим се суочавају јавни органи при остваривању електронске комуникације

Сагласно подацима наведеним у Стратегији о реформи јавне администрације у Македонији за период 2018-2022. године као изазови или проблеми са којим се суочавају јавни органи при оставривању електронске комуникације наводе се: непостојање свеобухватног оквира за интероперабилност и е-услуге, док се подаци између институција размењују на основу билатералних споразума. Анализа стања показује да су недостаци услуга који се нуде и пружају грађанима углавном последица међузависности база података које су доступне институцијама, недовољне размене, некомпатибилност платформи на којима институције делују и немогућност потребне размене. Услуге које институције пружају грађанима су мале, недовољне и нису прилагођене њиховим потребама. Портал <http://uslugi.gov.mk>/<http://uslugi.gov.mk/> није ажуриран годинама и не ради. (Шикова, Малеска/Сачмароска, 2015: 25)

⁹ Закон за изменување и дополнување на законот за електронско управување, Службен весник на РМ, бр. 52 од 18.03.2016 година

¹⁰ Закон о подацима у електронском облику и електронском потпису, Сл. весник на Р Македонија” бр.34 од 3.05.2001 год.

¹¹ Закон за податоците во електронски облик и електронски потпис „Сл. весник на Р Македонија” бр.34 од 3.05.2001 год.

Као главне проблеме или препреке за доследну примену новина у ЗУП-а које се односе на електронске комуникације, могли бисмо навести: неинформираност грађана о виду електронских услуга, неинформисаност о начину на који се реализују, приступ електронским услугама, велике инвестиције (дигитални чвор), недовољно капацитета и то како кадровског потенцијала, тако и материјалног и техничког капацитета, неусклађеност ЗОУП-а са посебним материјалним прописима и Закона о електронском управљању и Закона о подацима у електронској форми и електронског потписа, неунифицираност институција у погледу пружања услуга, недовољна регулисаност архивске и канцеларијске радње са е-документима и потреба за успостављањем централног тела које ће управљати са процесима за дигиталну трансформацију услуга.

Као нове механизме који су предузети у прилог јачања електронске управе у раду јавних органа можемо навести: увођење регистра грађана, адресни регистар, регистар просторних података, увођење каталога јавних услуга што подразумева систематизовану базу података о свим управним поступцима. До данас постоје подаци само за 199 услуга од 26 прописа.

Свакако да на успех деловања састава електронске управе, утиче и оспособљеност административних службеника и корисника услуга електронске управе за успешну примену информацијско-комуникајске технологије у пословним и управним процесима те у применама стандарда информацијске сигурности. Посебно је важно истакнути потребу за стварањем информацијско-документацијске јединице у телима државне управе као засебне организационе јединице у склопу које делује писарница за пријем, унутрашњи промет и отпрему докумената, информацијски подржану тачку о управном поступању, средишњица информацијског службеника складно Закону о праву на приступ информацијама те саветник за сигурност информацијских састава према Закону о информацијској сигурности. (Ljubanović, 2009: 138)

3. Закључак

Од свега оног што је елаборирано у раду могли бисмо да констатујемо да Македонија следи тренд реформи у јавној администрацији и да су досада предузете бројне, пре свега, нормативне реформе, али и организационе и институционалне новине. Један од закона који је претрпео измене био је и Закон о општем управном поступку, да би се у 2015. години донео нови ЗОУП којим је извршена хармонизација са европским принципима и стандардима за вођење управног поступка. Приметно је да је у раду стављен акценат на електронску управу, односно новине у ЗУП-а које се

односе на увођење електронске комуникације између странака и јавних органа, и између самих органа. Новине се, пре свега, односе на начине комуникације, извешатавање, доставе, доказивање и обезбеђивање правне помоћи. Свакако да овакво законско решење треба похвалити, зато што се помоћу њега директно утиче на остваривање принципа ефикасности и транспарентности при заштити и остваривању права и интереса странака. Али и поред чињенице да нови ЗОУП омогућава електронску комуникацију и обезбеђује нови приступ према грађанима, ипак не стимулише исту зато што оставља могућност да се електронска комуникација примењује само уколико странка да сагласност за овакву комуникацију.

Оно што смо констатовали у раду је и да није довољно да се нека новина само уведе реда ради већ да се створе услови за њену примену. Није довољно само да се нешто *de lege lata* уреди, а да се *de lege ferenda* резултати не сагледају. Зато сматрамо да би надлежне институције, као што су јавни органи који примењују ЗОУП-а, потребно је да и централни органи за одржавање електронског система, као што је Министарство за информацијско друштво и јавну администрацију, предузму одговарајуће мере и механизме да систем обезбеђивања електронских услуга заиста заживи, не само у појединим областима, како што су до сада, на пример, грађевинарство, наплата рачуна, пријављивање испита и друге услуге, већ да се електронске услуге обезбеде у више области.

У конкретним институцијама потребно је да се реализују низ активности, како што су, на пример: именовање администратора у институцијама који ће уредно ажурирати, мењати и прилагођавати постојеће и нове е-услуге; спровођење континуиране контроле постојећих е-услуга уз проверу: садржаја, упутстава, контакт података, садржаја и одговора на најчешће постављана питања на порталу е-управа и сл. Јавни органи треба да воде рачуна о стручном оспособљавању кадра, односно, да што више административних службеника поседују стручно знање за рад са електронским средствима и да на тај начин подигну дигиталну писменост запослених. Такође, сваки службеник би требало да има и да на послу користи само службену имејл адресу. Административни службеници, свакако би требало да промене постојане радне методе, да реорганизију и усагласе са ЗОУП-а.

Уколико постоје могућности сваки орган би могао да формира посебну организациону јединицу која би се бавила само питањима електронске комуникације. Јавни органи су дужни да обезбеде и потребну инфраструктуру, опрему, софтвере, рачунаре и сл. Треба да се предузму мере и око омогућавања приступа грађана, посебно оним који не поседују

електронске уређаје. Свакако да је један од разлога за неприхватање електронске комуникације и страх грађана од злоупотребе њихових податка, или су забринути за њихову сигурност. Имајући у виду све то органи морају да се старају и за заштиту приватности и личних података странака. Уједно треба да се што више афирмише употреба електронских средстава, странке да буду упознате са новим у ЗОУП предвиђена средства, да се спроведе обука административних службеника и да се обезбеде финансијске и техничке могућности да би, заиста, ЗУП омогућио квалитетнију и бржу заштиту права и правних интереса у управном поступку.

Референце

Luftman J.N., Lewis P.R., Oldach S.H. (1993) „Transforming the Enterprise: The alignment of business and information technology strategies”, IBM System Journal, 1993, p.201., preuzeto sa Смилка Јанеска-Саркањац Модели на е-управување, str. 19, http://www.ukim.edu.mk/e-izdanija/FINKI/Modeli_na_e-upravuvanje.pdf, retrieved mart 2019

Ljubanovic Davor. (2009). Izazovi upotrebe sredstava elektonicke komunikacije i Novi Zakon o općem upravnom postupku, Modernizacija općeg upravnog postupka u Hrvatskoj 2009. Biblioteka Suvremena javna uprava knjiga broj 16, https://iju.hr/Dokumenti/pub_28.pdf, retrieved february 2019

Masović S., Seracević M., Kamberović H., Mededović E., ICT in Public Administration as a Condition of establishing e-government, [online] http://www.academia.edu/934514/Application_ICT_in_Public_Administration_as_a_Condition_of_Establishing_E-Government, University of Kragujevac, Serbia 2011, p. 388, retrieved 01.12.2018

Radu Ana-Maria, Pólkowski Zdzisław. (2014). Theoretical, technical and practical aspects of e-administration, „Zeszyty Naukowe DWSPiT. Studia z Nauk Społecznych”, s. 185–210, www.cejsh.icm.edu.pl i <https://www.researchgate.net/publication>, retrieved mart 2019

Sakowicz Marcin. (2003). How to Evaluate E-Government? Different Methodologies and Methodes, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/NISPAcee/UNPAN009486.pdf>, www.nispa.org/files/conference/2003/wg.6/Sakowicz.pdf

Gartner Group, „Key Issues in E-Government Strategy and Management,” Research Notes, Key Issues, 23 May 2000, preuzeto sa Jeffrey W.Seifert, in book: E-Government in Higher Gear, Rachel B.Ventura, editor, 2009. p.100

E-Government Handbook, <http://www.cdt.org/egov/handbook/>, 04-03-2003, preuzeto sa Marcin Sakowicz , How to Evaluate E-Government? Different Methodologies and Methodes, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/NISPAcee/UNPAN009486.pdf>

Electronic Administration as a Factor in the Efficient Management, development and communication of public administration Paweł Romaniuk*, International Journal of Contemporary Management Volume 15 (2016) Number 3, s. 79–94 doi:10.4467/24498939IJCM.16.019.5842 www.ejournals.eu/ijcm, IJCM-2016-3-05-romaniuk-electronic_.pdf

Шикова.Н, Малеска Сачмароска. (2015). Практики и препораки за добро управување во сферата на јавната администрација, Скопје, <http://www.cup.org.mk/publications/Pratiki%20i%20preporaki%20za%20dobro%20upravuvanje.pdf>

Македонски оквир интероперабилности (МРИ) за македонске јавне услуги, http://mioa.gov.mk/sites/default/files/pbl_files/documents/Macedonian_Interoperability_Framework%20MIF_v2.0_mk.pdf

Стратегија за реформа на јавната администрација 2018 -2022 година, Февруари 2018 година

Strategija razvoja elektroničke uprave u Republici Hrvatskoj za razdoblje od 2009. do 2012. godine, https://www.mingo.hr/public/trgovina/strategija_e_Uprave_HRV_final.pdf

Закон за општа управна постапка, Сл. Весник на РМ, бр.145 од 23.07.2015 година

Закон за податоците во електронски облик и електронски потпис „Сл. весник на Р Македонија” бр.34 од 3.05.2001 год.

Закон за електронско управување, Сл.весник на РМ, бр. 105/2009 и 52/2016

<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/NISPAcee/UNPAN009486.pdf>

http://arhiva.mioa.gov.mk/files/pdf/dokumenti/SRJA_2018-2022_20022018_mk.pdf

Ivana Shumanovska-Spasovska,
*Associate Professor,
Faculty of Law „Justinianus Primus”,
University of Ss. Cyril and Methodius in Skopje,
Republic of North Macedonia*

***ELECTRONIC COMMUNICATION IN THE ADMINISTRATIVE
PROCEDURE WITH A DETAILED REVIEW OF THE
REGULATION IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA***

Summary

In this paper, the author analyzes the issues related to the novelties in the Law on General Administrative Procedure in RNM, which is referring to electronic communication. This paper focuses on the reasons, arguments pro and contra, for introducing electronic communication into administrative procedure. In conclusion, the author give some recommendations on the measures to be taken by the authorities for consistent implementation of the new legal solutions.

Keywords: *electronic communication, administrative procedure, efficiency, public administration.*

НЕОВЛАШЋЕНО СТАВЉАЊЕ НА ИНТЕРНЕТ СТРАНИЦУ ФОТОГРАФИЈЕ КОЈА ЈЕ ПРЕТХОДНО ОБЈАВЉЕНА НА ДРУГОЈ ИНТЕРНЕТ СТРАНИЦИ

Апстракт: Још од давнина, чак и пре употребе писма, цртеж је представљао најједноставније средство комуникације међу људима. Проналазак фотографије у првој половини 19. века, када је прва слика пренета кроз мрачну комору на металну плочу, је омогућио репродукцију спољашњег света. Дуготрајна и интензивна еволуција технологије у служби фотографије данас за резултат има свима приступачне уређаје за израду дигиталне фотографије.

Прве фотографије су се појавиле ипак знатно касније у односу на неке друге врсте ауторских дела. То је био разлог што је ауторскоправна заштита фотографије текла различито у односу на поједине врсте ауторских дела, као на пример књижевна или дела ликовне уметности. Поред неједнаког положаја у односу на друге врсте ауторских дела кроз историјски развој, фотографија се и данас среће са бројним изазовима и проблемима. Томе је највише допринео Интернет, који је са једне стране омогућио популаризацију фотографије, а са друге стране због доступности и једноставности његовог коришћења, лаку и једноставну повреду ауторског права на фотографији. Додатан проблем је и недовољно развијена свест корисника о повреди ауторског права на фотографији.

Тема овог рада је ауторскоправна заштита фотографије у светлу најновије праксе Суда правде ЕУ која се односи на проблематику неовлашћеног стављања на интернет портал заштићеног ауторског дела коме сви корисници Интернета имају приступ на другом интернет порталу.

Кључне речи: ауторско дело; саопштавање јавности; нова јавност; фотографија.

* e-mail: slucic@jura.ac.kg.rs

1. Увод

Фотографија је данас једно од најраширенијих и најчешће коришћених ауторских дела. Због техничких карактеристика фотографије можемо видети у новинама, рекламама, плакатима, веб страницама. Будући да данас доминира дигитална фотографија, која је доступна свакоме уколико је објављена на Интернету, повреде ауторског права на фотографијама су скоро свакодневна појава. Неовлашћено коришћење фотографија доступних путем Интернета врши се свесно, а често из незнања. Фотографи су због тога принуђени да користе различите методе заштите својих фотографија, као што су дигитални водени жиг или постављање фотографија на Интернет у ниској резолуцији.

С обзиром на велику количину информација које нуди Интернет, носиоцима ауторских права је отежано детектовање повреда ауторских права на њиховим фотографијама. У сврху откривања повреда ауторских права на фотографији данас се користи алат за претраживање „Google search by image“. Реч је о претраживачу код ког се уместо појма за претраживање користи фотографија, са циљем проналажења повезане фотографије учитане на Интернету. Захваљујући овом претраживачу, носилац ауторског права добија информације о веб локацијама на којима је његова фотографија неовлашћено постављена.

И поред различитих метода заштите, данас се готово свакодневно неовлашћено користе фотографије објављене на Интернету. Из америчке праксе је познат случај у коме је професионални фотограф McDermott поднео тужбу против издавачке куће америчког репера Puff Daddy-ја због повреде ауторских права. Представници ове издавачке куће пронашли су фотографију свог клијента на Интернету и одлучили да је поставе на Инстаграм профилу свог клијента. Аутор ове фотографије је професионални фотограф, који је спорну фотографију регистровао у америчком Уреду за ауторско право пре него што ју је продао часопису New York Post-у ради објављивања поред једног чланка о Puff Daddy-ју. Убрзо након објављивања у чланку фотографија се појавила и на Инстаграм профилу популарног репера што је био довољан разлог да аутор фотографије поднесе тужбу против издавачке куће због неовлашћеног објављивања фотографије.

Из праксе европских националних судова занимљива је пресуда немачког Савезног суда у дуготрајном спору између музеја у Манхајму и википедијске фондације. У овој пресуди није новост да фотографија ужива ауторскоправну заштиту. Уместо тога, новина је одлука Суда да је фотографија заштићена чак и ако предмет фотографисан на њој више није обухваћен ауторскоправном заштитом. Суд строго разликује фотографију

као такву и фотографисани објект. Ауторскоправна заштита фотографије не зависи од заштите одређеног објекта.

Тужилац у овом спору је управљао музејом “Reiss Engelhorn” у Манхајму. Он је фотографисао уметничка дела која су била изложена у музеју 1992. године и те фотографије објавио у музејској публикацији. Тужени је радио на добровољној основи на издавању Интернет лексикона Википедија на немачком језику са централном архивом медија, тзв. Wikimedia Commons. Он је поставио фотографије из колекције чији је власник тужилац у медијску базу и Wikimedia Commons и учинио их доступним за јавно разгледање. Фотографије које је користио тужени делом су биле фотографије скениране из музејске публикације. Преостале фотографије тужени је направио сам током посете музеју 2007. године.

Уметничка дела на којима је истекла ауторскоправна заштита су, у начелу, слободна за фотографисање, и те фотографије се могу користити и на Интернету, осим ако музеј забрани фотографисање својих експоната. У Музеју у Манхајму на више локација су видно били постављени пиктограми са прецртаном камером. Осим тога, из Општих услова пословања Музеја јасно произилази забрана фотографисања музејских експоната од стране посетилаца.

Суд је донео пресуду у корист музеја, тј. носиоца ауторских права на фотографији. Наиме, у својој пресуди Суд је истакао да фотографије не могу бити скениране и објављене на Интернету без пристанка носиоца ауторског права, чак и ако је престала ауторскоправна заштита на уметничким делима приказаним на фотографији.

За разлику од националних судова, Суд правде ЕУ је тек у случају „Cordoba/Renckhoff“ имао прилику да се изјасни о ауторскоправној заштити фотографија објављених на Интернету. У наставку рада ће бити дат краћи приказ предмета спора у случају „Cordoba/Renckhoff“.

2. Краћи приказ пресуде у предмету „Cordoba/Renckhoff“

Фотограф Ренкхоф (Renckhoff) је тужио немачки град Валтроп и савезну државу Северну Рајну Вестфалију због објављивања на интернет страни гимназије у Валтропу писменог рада једне ученице из шпанског језика у оквиру ког се налазила фотографија шпанског града Кордобе. Ученица је на дну слике, коју је преузела са портала www.schwarzaufweiss.de навела ту интернет страницу, на којој није било никаквих информација о аутору фотографије. Поред наведеног портала, постоји истоимени дигитални часопис о путовањима у чијем се импресуму налазила напомена о заштити

ауторских права његовог садржаја. Фотограф Ренкхоф је право на употребу фотографије дао само администраторима онлајн портала часописа.

Спор је доспео до немачког Савезног врховног суда. Овај Суд је имао дилему да ли је умножавање заштићеног дела (фотографије) на рачунару и његово стављање на интернет страницу школе обухваћено појмом „саопштавање јавности“ у смислу чл. 3. ст. 1 Директиве 2001/29. Због тога је овај Суд покренуо поступак претходног одлучивања пред Судом правде ЕУ постављајући му следеће питање:

„Да ли објављивање дела, које је уз сагласност носиоца ауторског права на некој другој интернет страници слободно доступно свим корисницима Интернета, представља стављање на располагање јавности у смислу чл. 3, ст. 1 Директиве 2001/29 ако се дело најпре копира на рачунар, а потом с њега пренесе на властиту интернет страницу?“

3. Заштита фотографије ауторским правом

У основи предметног спора је, дакле, објављивање туђе фотографије на сопственој интернет страни. Фотографија ужива ауторскоправну заштиту под условом да је реч о интелектуалној творевини аутора која одражава његову особеност, а која се огледа у његовом слободном и креативном доношењу одлука приликом стварања фотографије (Stamatoudi, Torremans, 2014: 278). У том смислу, Суд правде ЕУ је у спору у предмету C-145/10 пресудио да портретне фотографије уживају ауторскоправну заштиту као и било које друго ауторско дело. Суд је, ипак, истакао да постоје изузеци који медијима омогућавају да такве фотографије објављују без пристанка носиоца права. Наиме, овај спор је настао након што је г-ђа Пајнер (Painer) као слободни фотограф снимила неколико фотографија аустријске девојчице Наташе (Natascha K). У међувремену, г-ђа Пајнер је продала своје фотографије не уступајући право на њихово објављивање. Проблем је настао након што је девојчица отета 1998. године. Фотографије г-ђе Пајнер је најпре користила полиција у поступку трагања за отетом девојчицом. Када је 2006. године девојчица побегла из заробљеништва, у недостатку савремене фотографије, поједини медији су користили фотографије отете девојчице које је направила г-ђа Пајнер пре њене отмице. Медији су користили спорне фотографије и у циљу стварања „фото фит“ изгледа отете девојчице 2006. године. Г-ђа Пајнер је сматрала да објављивање предметних фотографија без њеног пристанка, као и њихова адаптација представља повреду њеног ауторског права. Спор је доспео до Суда правде ЕУ из разлога што су аустријски судови имали дилему да ли и портретна фотографија ужива ауторскоправну заштиту, и ако ужива, да ли је због

„реалистичне“ природе и евентуално мањег степена креативне слободе на таквим фотографијама, та заштита нижа од оне коју уживају друга дела, посебно фотографска дела.

Суд правде ЕУ је сматрао да стварајући портретну фотографију, фотограф заиста може да донесе слободан и креативан избор позадине, поза, осветљења, угла итд. Стога, по мишљењу Суда, таква фотографија заиста може бити заштићена ауторским правом у смислу чл. 6 Директиве 93/98, под условом да је то интелектуална креација аутора. То питање треба да утврди национални суд. Што се тиче нивоа заштите коју даје портретна фотографија у складу са чланом 2 (а) Директиве 93/98, Суд је приметио да у Директиви нема ничега што би подржало став да обим такве заштите треба да зависи од степена креативне слободе у стварању различитих категорија дела. Стога заштита портретне фотографије према чл. 2 (а) Директиве 93/98 не може бити нижа од оне коју уживају друга ауторска дела, укључујући и фотографска дела.

Везано за ауторскоправну заштиту фотографије важна је и напомена Суда да Директива 2001/29 не садржи ниједну одредбу која би се посебно односила на околности у којима се јавна безбедност може позвати у вези са коришћењем заштићеног дела. Уместо тога, чл. 5, ст. 3(е) даје државама чланицама право да обезбеде изузетке или ограничења права предвиђених у члановима 2 и 3 исте Директиве за потребе јавне безбедности или да обезбеде правилно извршење или извештавање управног, парламентарног или судског поступка. Међутим, само државе чланице, а не издавачи новина, су одговорне за обезбеђивање јавне безбедности одговарајућим мерама. Медији не могу, по сопственој вољи, да користе дело заштићено ауторским правом позивајући се на циљ јавне безбедности (Seiler, 2012: 107). Могуће је, међутим, замислити да би издавач новина, у специфичним случајевима могао да допринесе испуњењу циља јавне безбедности објављивањем, на пример, фотографије особе за којом је покренута потрага. Међутим, свака таква иницијатива треба да се предузме у договору и у координацији са националним властима (Lund, 2012: 379).

Имајући у виду услове за ауторскоправну заштиту фотографије, које је Суд правде ЕУ успоставио у „Rainer“ пресуди, несумњиво је да и фотографија града Кордобе са Римским мостом ужива ауторскоправну заштиту. Ово посебно важи у Немачкој, с обзиром на то да немачки Закон о ауторском праву штити све фотографије. Једино, заштита „обичних“ фотографија траје 50 година од њиховог првог објављивања, а заштита свих осталих фотографија траје 70 година после смрти аутора.

4. Саопштавање јавности ауторског дела

Питање тумачења појма „саопштавање јавности ауторског дела” довело је до важне судске праксе. Из праксе Суда правде ЕУ произилази да појам „саопштавање јавности ауторског дела” обухвата два кумулативна елемента: радњу саопштавања одређеног дела и саопштавање тог дела одређеној јавности. Први критеријум судске праксе за утврђивање постојања радње саопштавања односи се на улогу корисника и намеру његове интервенције. Тај критеријум уједињује субјективне елементе понашања особе која обавља пренос (а од које се очекује да делује у потпуности свесна последица свог понашања) и објективне околности, с обзиром на то да се радњом даје приступ заштићеном делу (на начин да корисници, кад не би било таквог деловања, не би могли или не би могли без тешкоћа уживати у емитованом делу). Деловање корисника не сме да буде само техничко средство за осигурање или побољшање пријема изворног саопштавања, него треба да представља радњу без које корисници не би могли користити саопштена дела, све док се налазе унутар простора саопштавања. Суд је у неким случајевима испитао „улогу корисника” искључиво с објективног гледишта, односно уверио се само у то да без интервенције наведеног корисника нова јавност не би могла уживати у емитованом делу. Међутим, у пресуди „GS Media” Суд је упутио на одређене субјективне елементе које је сматрао релевантним како би утврдио да ли је у појединачној оцени радње саопштавања испуњен захтев улоге корисника и намере његове интервенције. У предметном случају, Суд је закључио да су ученица и професор поступали потпуно свесни последица које би могле произићи из њиховог понашања, будући да су корисницима интернет стране школе хтели дати приступ писменом раду и фотографији, који не би имали без њихове интервенције. Суд је, притом, ирелевантним сматрао следеће околности: 1) акцесорност фотографије која је саставни део ученичког рада; 2) могућност универзалног приступа тој слици која је учитана на мрежу уз пристанак њеног аутора тако да је сваки корисник интернета може видети и 3) околности у којима је обављен пренос, односно у оквиру школске активности, без намере стицања добити. Дакле, стављање на интернет страницу фотографије која је претходно објављена на другој интернет страници након њеног копирања на персонални рачунар представља стављање на располагање, односно јавно саопштавање у смислу чл. 3, ст. 1. Директиве 2001/29, будући да такво стављање на интернет страницу омогућава њеним посетиоцима приступ наведеној фотографији. У предметном случају фотографија шпанског града Кордобе са каменим мостом са луковима је најпре постављена у онлајн часопису о путовањима. Поставило се питање да ли

постављање исте фотографије на интернет страну у оквиру ученичког рада представља стављање на располагање новој јавности, другачијој од оне којој је првобитно постављање фотографије било намењено. Суд је у предметном случају одговорио позитивно на ово питање.

5. Нова јавност

Према пракси Суда правде ЕУ јавност у смислу ауторског права обухвата неодређени број потенцијалних корисника, и у том смислу обухвата велики број лица (Поповић, 2015: 64). Јавност при том обухвата не само лица која истовремено уживају у ауторском делу, него и лица која такву могућност имају (Regenstein, 2018: 652). Поред броја лица, од значаја је и чињеница да ли је поновљено саопштавање извршено на исти технолошки начин као првобитно саопштавање, као и да ли је поновљено саопштавање намењено новој јавности. Ови критеријуми не морају бити кумулативно испуњени. Другачији технички поступак постоји, на пример, када се ауторско дело првобитно саопштава јавности путем земаљског телевизијског програма и истовремено даље шири путем интернета. Не ради се у том случају о техничким мерама које побољшавају постојеће слање, него о самосталном саопштавању ауторског дела (Regenstein, 2018: 653). За то ново саопштавање је неопходна сагласност носиоца ауторског права.

Нова јавност, са друге стране, подразумева да се јавност којој је намењено одређено ауторско дело може сматрати „новом” само ако је различита од јавности која је узета у обзир приликом првобитног саопштавања, односно ако се може квалификовати као „шира јавност” од оне којој је дело првобитно намењено. Примера ради, ако аутор дозволи емитовање свог дела на радију или телевизији, он је у начелу дозволио коришћење ауторског дела само власницима уређаја који сами или у приватном, односно породичном кругу примају сигнал и прате емисију. Међутим, ако се емитовање одвија на месту на коме јавност има приступ, дело се на тај начин саопштава новој јавности. У предметном случају није било спорно да су првобитно саопштавање дела на интернет страни о путовањима и његово касније саопштавање на интернет страни школе спроведени на исти технолошки начин. Спорно је било, пак, да ли је фотографија постављена на интернет страну школе саопштена „новој јавности”. У пресуди „Svensson” Суд је закључио да стављање на интернет страницу линка на који је могуће кликнути, а који води до дела која су слободно доступна на другој интернет страни не представља радњу саопштавања дела новој јавности. Међутим, закључци до којих је дошао Суд у пресуди „Svensson” се не могу применити у предметном случају. Наиме, фотографија шпанског града Кордобе је

саопштена јавности његовим новим стављањем на интернет страницу различиту од оне на којој је већ саопштена уз одобрење носиоца ауторског права, а не постављањем хиперлинка. Из тог разлога, такво постављање фотографије је ново саопштавање јавности, будући да након тог новог саопштавања, носилац ауторског права више не може вршити надзор над првобитним саопштавањем односног дела. Са друге стране, јавност коју је носилац ауторског права узео у обзир приликом давања овлашћења за саопштавање свог дела на интернет страни на којој је оно првобитно објављено сачињавају искључиво корисници те интернет странице, а не корисници интернет странице на коју је то дело накнадно стављено без одобрења носиоца права.

Ауторско дело може бити стављање на располагање на Интернет помоћу хиперлинка који води до друге интернет странице на којој је извршено првобитно саопштавање. У том случају, циљану публику првобитног саопштавања чине сви потенцијални посетиоци дотичне странице, будући да приступ делима на тој страници није ничим ограничен, тј. сви корисници интернета могу слободно приступити тој страни. Из тог разлога је исправан закључак Суда да стављање на располагање одређеног дела помоћу хиперлинка не представља саопштавање тих дела новој јавности. Међутим, ова судска пракса се не може применити на случај „Cordoba“. Наиме, пракса у случају „Svensson“ је развијена у специфичном контексту хиперлинкова који на интернету воде до заштићених дела претходно саопштених уз одобрење носиоца ауторског права.

Закључци до којих је дошао Суд у случају „Svensson“ нису примењени у случају „Cordoba“ из више разлога. Наиме, хиперлинкови доприносе, између осталог, добром функционисању интернета, омогућавајући ширење огромне количине информација. Са друге стране, неовлашћено стављање на интернет страницу ауторског дела, које је претходно саопштено јавности на другој интернет страници уз сагласност носиоца права не доприноси у истој мери напред поменутом циљу. Свако друго решење значило би занемаривање праведне равнотеже између интереса носиоца ауторског права и интереса корисника предмета заштите (Hofman, 2018: 644). Поред тога, државе чланице могу, у складу са чл. 5, ст. 3(а) Директиве 2001/29, предвидети изузетке и ограничења права наведених у чл. 2 и чл. 3 ове Директиве, под условом да је реч о коришћењу које је искључиво намењено давању примера у настави или научном истраживању, а у обиму потребном за коришћење у некомерцијалне сврхе. У случају „Cordoba“ ученица је фотографију шпанског града Кордоба ставила на прву страницу рада коју је припремила у оквиру језичке радионице. Међутим, стављањем на интернет страницу школе ученичког рада дело је учињено доступним

свим посетиоцима те странице. Сасвим је друга ствара када се на интернет страницу умеће хиперлинк који води до дела претходно саопштеног уз одобрење носиоца ауторског права. Наиме у овом случају, аутор може, ако не жели више да саопштава дело на дотичној интернет страници, уклонити своје дело с интернет странице на којој је оно првобитно било саопштено и поништити све хиперлинкове који воде до њега (Ohly, 2018: 999). Супротно томе, у случају „Cordoba“, стављање дела на другу интернет страницу представља ново саопштавање, независно од првобитног које је учињено уз сагласност носиоца права. Стављањем на интернет страну школе фотографија може остати доступна на тој страни, независно од претходног одобрења носиоца ауторског права и упркос свим радњама којима је носилац права указао на то да више не жели саопштавати своје дело на интернет страни на којој је оно првобитно било саопштено уз његово одобрење.

Узимајући у обзир све напред наведене околности Суд је закључио да појам „саопштавање јавности“ у смислу чл. 3, ст. 1 Директиве 2001/29 обухвата неовлашћено стављање на интернет страницу фотографије која је претходно објављена на другој интернетској страници уз сагласност носиоца ауторског права.

6. Закључак

Наш Закон о ауторском и сродним правима дефинише ауторско дело као оригиналну духовну творевину аутора, изражену у одређеној форми, без обзира на његову уметничку, научну или другу вредност, његову намену, величину, садржину и начин испољавања, као и допуштеност јавног саопштавања његове садржине“. У ставу 2, тачка 9 истог члана као врста ауторског дела наведена је између осталог и фотографија. То практично значи да особа која својим фотоапаратом слика, на пример пешчану плажу, и ту фотографију постави на неку од друштвених мрежа, блог или сајт, ужива ауторскоправну заштиту за ту фотографију.

Брзина којом се ствара и објављује садржај на Интернету често доводи до брзе повреде ауторских права. Повреда ауторског права на фотографији се најчешће врши неовлашћеним објављивањем туђих фотографија, изменом и прерадом фотографије од стране неовлашћеног лица (обрада фотографије кроз фотошоп, одстрањивање неких делова фотографије – тзв. “кроповање”, додавање стикера, филтера итд.), јавно саопштавање фотографије у тако измењеној и непотпуној форми без назначења имена или псеудонима аутора.

Суд правде ЕУ је имао прилику да у предмету C-161/17 одлучује о заштити фотографије која је објављена на Интернету уз сагласност аутора. Суд је, притом, својом пресудом, ојачао позицију носилаца ауторског права. Суд је у пресуди најпре подсетио да чл. 3 Директиве 2001/29 не дефинише појам „саопштавање јавности ауторског дела“. Из тог разлога смисао и домет овог појма морају бити одређени с обзиром на циљеве Директиве и контекста саме одредбе која се тумачи. Будући да је у појединим уводним изјавама (посебно изјавама 4, 9 и 10) Директиве 2001/29 истакнуто да је њен главни циљ успостављање вишег нивоа заштите аутора, из тога следи да појам „саопштавање јавности“ треба тумачити у ширем смислу.

Појам „саопштавање јавности“ садржи два кумулативна елемента, наиме „радњу саопштавања“ неког дела и саопштавање тог дела одређеној „јавности“. У предметном случају, стављање на интернет страницу фотографије која је претходно објављена на другој интернет страници након њеног копирања на приватни рачунар треба сматрати „стављање на располагање“ и стога „саопштавање“ у смислу чл. 3, ст. 1 Директиве 2001/29. Наиме, споменуто стављање на интернет страницу омогућава њеним посетиоцима да ту приступе наведеној фотографији.

Из праксе Суда правде ЕУ произлази да појам „јавност“ обухвата неограничени број потенцијалних адресата, тј. знатан број особа. У предметном случају аплодовање фотографије на интернет страницу школе представља „чин комуникације“, будући да неодређени број потенцијалних гледалаца, тј. прилично велики број људи могу да приступе односној фотографији.

Из праксе Суда правде ЕУ, такође, произилази да саопштавање јавности подразумева да је заштићено дело или објављено коришћењем специфичних техничких средстава другачијих од претходно коришћених или саопштено „новој јавности“, односно јавности коју нису узели у обзир носиоци ауторског права кад су дали овлашћење за првобитно саопштавање. У предметном случају, оба саопштавања јавности су обављена истим техничким средствима. Међутим, по мишљењу Суда, предметни случај се не може поистоветити са хиперлинковањем које не представља саопштавање новој јавности. За разлику од хиперлинковања, објављивање дела на интернет страници без одобрења носиоца ауторских права, дела које је претходно објављено на другој интернет страни уз сагласност носиоца ауторских права не доприноси у истој мери добром функционисању интернета, омогућавајући ширење информација на тој мрежи за коју је карактеристична доступност њихове огромне количине. По мишљењу Суда свака друга интерпретација значила би примену

правила о исцрпљењу права на јавно саопштавање, супротно чл. 3, ст. 3 Директиве 2001/29.

Литература

Hofman F. (2018). Die Systematisierung des Interessenausgleich im Urheberrecht am Beispiel des Recht der öffentlichen Wiedergabe – Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 7.8.2018. – C-161/17. Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM).10. 641-649.

Lund N. (2012). Kurznachricht zu “Verschwommene Konturen: Das Luxemburger Porträt der Konnexität des Art. 6 Nr. EuGVVO”. Recht der internationalen Wirtschaft (RIW). 6. 377 – 380.

Ohly, A. (2018). Unmittelbare und mittelbare Verletzung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach dem “Córdoba“-Urteil des EuGH. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR). 10. 996-1004.

Peifer K.N. (2018). Kurznachricht zu “Urheberrechtliche Zulässigkeit der Weiterverwertung von im Internet abrufbaren Fotos”, Neue Juristische Wochenschrift (NJW). 48. 3490-3493.

Поповић, Д. (2015). Повреда ауторског и сродних права на Интернету: осврт на новију судску праксу Европског суда правде. У Поповић, Д. Интелектуална својина и Интернет: називи интернет домена, ауторска дела и жигом заштићене ознаке. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 59-81.

Regenstein M. (2018). Die evolvierende Tatbestand des Öffentlichkeitbegriffs i.S.v. Art. 3 InfoSoc-RL-Von „SGAE“ über „GS Media“ zu „The Pirate Bay“ und der Brücke von Cordoba. Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM).10. 649-660.

Seiler D. (2012). Kurznachricht zu “Urheberrechtsschutz für Porträtfotos”. Kommunikation & Recht (K&R). 2. 104 – 108.

Stamatoudi, I. Torremans, P. (2014). EU Copyright law. A Commentary. Cheltenham, UK. Northampton USA. Edward Elgar.

Закон о ауторском и сродним правима, Службени гласник РС, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 (2016).

Закон о ауторском праву Немачке (Urheberrechtsgesetz), BGBl. I S., 1273, BGBl. I S., 2014.

Case C-161/17 Cordoba v Renckhoff [2018], преузето 8. јуна 2019, са <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-161/17>.

Case C- 610/15 Stichting Brein [2017], преузето 10. августа 2019, са <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&T,F&num=c-610-15>.

Case C-117/15 Reha Training [2015], преузето 15. јула 2019, са <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-117/15>.

Case C-466/12 Svensson and Others [2014], преузето 5. августа 2019, са <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-466/12>.

Case C-145/10 Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and Others [2013], преузето 15. јуна 2019, са <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-145/10>.

Case C-607/11 ITV Broadcasting v TVC [2013], преузето 17. јула 2019, са <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-607/11>.

Case C 135/10 SCF [2012], преузето 3. јула 2019, са <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-135/10&language=EN>.

Case C 162/10 Phonographic Performance[2012], преузето 3. јула 2019, са <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-162/10&language=EN>.

Case C 403/08 Football Association Premier League и C-429/08 Karen Murphy v Media Protection Services Ltd [2011], преузето 3. јула 2019, са <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-403/08&language=en>.

Sonja Lučić, Ph.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

**UNAUTHORIZED POSTING ON WEBSITE OF PHOTOGRAPHY
THAT WAS PUBLISHED AT OTHER WEBSITE**

Summary

In the “Cordoba” the CJEU has confirmed that Internet users must ask for a photographer’s permission before publishing their images, even if these were already freely accessible elsewhere online. In the case at hand, the photograph of photographer Dirk Renckhoff had been used without his authorization on the website of a secondary school in Land Nordrhein-Westfallen. The photographer sued the school seeking 400 € damages.

The decision of the CJEU in favour of the photographer comes as a big relief for all visual authors and image providers. The Court recognises that a new authorization is necessary for the use of a photograph on a new website:

-eventhough no technical protection measures had been put in place

-although the picture had been credited on the new website.

The Court clarifies the notion of a “new public” established by the Svenson jurisprudence.

The Court notes that the Svenson jurisprudence may not be used in the present case. The photo accesses a “new public”, they say, and therefore requires a new authorization. The “public” of an online travel website, they argue, is not the same “public” as of a school website. Besides this is not the “public” the author has in mind when he provided his first authorization. Furthermore the Court raises the issue of control. In the Svenson’s case, the content (a press article) had been linked from another website, while in the Cordoba case, the content has been downloaded on the server of the student before being uploaded again on the school website. In the first case, explains the Court, the copyright user does not lose control over his work: if he/she deletes the content on the linked website, the content also disappears on the hosting website. By contrast, in the Cordoba case, the content will remain on the infringing hosting website even after the rightholder has deleted his content on the original website. The Court confirms that framing, even framing of photographs, is not a to be considered as communication to the public.

In this decision, the Court confirms that Framing does not constitute a “communication to the public”. The Court reiterates that hyperlinks contribute to

"the smooth functioning of the internet" while preserving the possibility for the rightholder to keep the control of his work, which is not the case if the content has been downloaded on a server before being up-loaded again.

Keywords: *work; communication to the public, new public, photography.*

ПРАВО И ЕКОЛОГИЈА

LAW AND ECOLOGY

МЕЂУНАРОДНОПРИВАТНОПРАВНИ ОКВИР ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ¹

Апстракт: Аутор се у раду бави утврђивањем колизионог оквира одговорности за чисту животну средину у складу са заједничким циљем спречавања и отклањања последица штетних радњи. Због испреплетености пословних односа најразличитији спорови у овој области имају потенцијално страно обележје. Суочен са проблемом сукоба закона одлуку о избору меродавног права суд мора донети водећи рачуна о конкретним околностима случаја, о праву заштите животне средине, о приватним, али и о интересима државе у којој су наступиле последице штетне радње. Колизиона правила наглашавају принцип заштите оштећеног и предвиђају могућност једностраног избора меродавног права од стране оштећеног до тренутка предвиђеног правом земље суда.

Право заштите животне средине чини једно од темељних подручја права ЕУ на основу чл. 6. Уговора о ЕЗ (Уговор из Нице). Уредба Рим II представља први уједначени колизиони инструмент који, између осталог, прописује и одређивање меродавног права за вануговорну одговорност за еколошку штету. Колизиона правила Уредбе предвиђају да оштећени може да се позове на право земље са вишим стандардима заштите животне средине. Аутор настоји да испита правила сукоба закона, садржину и конкретну примену, као и судску праксу у колизионој сфери заштите животне средине.

Кључне речи: животна средина, колизиона норма, штета, вануговорна одговорност.

* e-mail: marija.krvavac@pr.ac.rs

¹Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици „Начело добре владавине-начело правне сигурности и начело правичности” 2016.-2018.

1. Увод

Право на здраву животну средину представља део тзв. треће генерације људских права, упркос малом броју докумената у области људских права који изричито јамче ово право. Оно може произилазити из других права човека, што не умањује потребу постављања свеобухватног оквира права на животну средину и осталих права која су са њим у непосредној вези. Концепт заштите животне средине на националном нивоу почива на оптималним политичким, развојним, стратешким и нормативним претпоставкама. Упоредноправно посматрајући постојећи нормативни оквир гарантује сваком појединцу право на здраву животну средину, као и право на благовремено и потпуно обавештавање о стању животне средине, могућност утицаја на одлучивање о питањима од значаја за животну средину и њихову правну заштиту. Насупрот томе стоји обавеза сваког члана друштвене заједнице као и државе да чува и унапређује животну средину. Основни принципи заштите животне средине су: принцип одрживог развоја, принцип интегрисаног приступа заштити животне средине, принцип очувања природних ресурса, принцип сарадње, принцип „загађивач плаћа”, принцип „корисник плаћа”.

Научна сазнања о загађењу животне средине као и снажан притисак еколошке јавности пресудно су утицали на промену ставова о облицима одговорности, начину обештећења, обиму превентивних мера за очување животне средине, као и проширењу осигурања имовине и лица посебно за производе који стварају повишени ризик за околину. Право заштите животне средине карактерише мултидисциплинарност тако да је питање вануговорне одговорности за штету у овој материји уско повезано са јавноправним одредбама у погледу радњи могућег штетника и принудних норми.

Штете које настану у било ком делу животне средине не познају државне границе и поделу државног суверенитета, па могу задирати у два, или више, различитих правних система. Право на чисту животну средину повлачи обавезу њеног очувања као и обавезу загађивача да мора надокнадити штету.

2. Директан метод регулисања заштите животне средине на међународном нивоу

Посебна материјална правила на међународном нивоу изражавају специфичности ситуација с међународним обележјем. Међу многобројним правним инструментима унификације и хармонизације на регионалном и

универзалном нивоу издвајају се међународни уговори који представљају традиционални начин уједначавања права. Процес међународне унификације права заштите животне средине повезује се с радом бројних међународних организација. Због општег интереса друштвене заједнице према проблематици заштите животне средине овом материјом доминирају регионалне конвенције. На међународном нивоу извршена је делимична унификација правила о спречавању загађивања животне средине од стране различитих субјеката, опасних ствари и материја. Ако се томе дода да је примена међународних конвенција ограничена *ratione materiae i ratione personae*,¹ поље примене конвенцијских правила је значајно сужено.

2.1. Међународноправни оквир начела накнаде штете нанете животnoj средини

На значај и потребу издвајања проблема заштите животне средине први пут је указала Организација за Европску безбедност и сарадњу (ОЕБС) на Конференцији у Стокхолму,² чиме је подстакнут кодификацијски рад (Sands, Peel, Aguilar, Machenzie, 2012: 128). Конференција је у Документу истакла важност начела „загађивач плаћа” као обавезу загађивача да сноси трошкове предузимања мера за рационално коришћење ограничених еколошких ресурса од стране државних органа како би се осигурало да животна средина буде у прихватљивом стању.³ Први међународни уговор о људским правима који изричито нормира право на чисту животну средину Афричка повеља о људским правима и правима народа⁴ у члану 24. утврђује да „ сви народи треба да имају право на општу задовољавајућу животну средину погодну за њихов развој.” У истом смислу и духу је и члан 11.

¹Чак и када је извршена међународна унификација одређених института не значи да међународна конвенцијска правила морају бити искључива основа регулације. Као пример се може узети Међународна Конвенција о грађанској одговорности за штету узроковану загађивањем нафтом од 1969. која регулише одговорност бродовласника, али не искључује могућност покретања тужбеног захтева према трећима, на пример бродара (или бродоградилшта) у погледу чије се одговорности конвенцијска правила не примењују. У том случају је потребно утврдити које ће се право применити као меродавно.

²Документи ОЕБС-а (OECD), Водећа начела о међународним привредним аспектима политике заштите животне околине C(72) I 28, доступно 19. августа 2019, на http://www.tradeenvironment.eu/uploads/OECD_GD_92_81.pdf

³Препорука ОЕБС-а усвојена 1972. C(72)128. доступно 11. јула 2019, на www.oecd.org/trade/environade/39918312.pdf

⁴Усвојена је у Најробију, у Кенији 28. јуна 1981. ступила на снагу 21. септембра 1986. доступно 21. јула 2019, на: <http://www.achpr.org/instruments/achpr/>.

Протокола из Сан Салвадора уз Америчку конвенцију о људским правима којим се предвиђа да „*свако има право да живи у здравом окружењу*” и да државе чланице треба да развијају заштиту, очување и унапређење животне средине.⁵

Рио Декларација усвојена на Конференцији УН о животној средини и развоју 1992.⁶ предвиђа да националне власти треба да подстичу интернационализацију трошкова везаних за животну околину као и примену економских инструмената, иако би требало поћи од тога да загађивач сноси трошак загађивања. Овакав став према правилу „загађивач плаћа” говори о његовом општем значају у режиму одговорности за штету нанету животној средини (Larson, 2005: 546). На Конференцији је усвојен и Акциони план одрживог развоја у XXI. веку познат и као Агенда 21, као и Оквирна конвенција о климатским променама. Агенда представља свеобухватан план активности које треба предузети на глобалном, националном и локалном нивоу у свим областима у којима људски фактор има утицаја на животну средину. Како би се обавезе из Конвенције конкретизовале и учиниле оперативнијим 1997. је донет Кјото Протокол уз Оквирну конвенцију УН о промени климе, који обавезује развијене земље да редукују емисије гасова. Упркос чињеници да је томе мало допринео, документ представља први важан корак ка истинском глобалном режиму за редукацију и стабилизацију емисије гасова стаклене баште. Према мишљењу Међународног панела за климатске промене (Intergovernmental Panel on Climate- IPCC) већина регистрованих повећања просечне температуре од средине XX века највероватније је последица повећане концентрације гасова стаклене баште, антропогеног порекла. Кјото Протокол је потписан под притиском покрета за заштиту животне средине у циљу смањивања емисије гасова стаклене баште, примарно угљен диоксида.

Омогућавање приступа информацијама које се односе на животну средину као и обезбеђивање учешћа свих заинтересованих грађана у процес заштите животне средине представља темељ усвајања Конвенција о доступности информација, учешћу јавности у одлучивању и праву на правну заштиту у питањима животне средине под окриљем Економске комисије УН за Европу 1998. у Архусу. Реч је о првом међународном

⁵ Additional Protokol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, „*Protocol of San Salvador*” потписан је 1988. а ступио на снагу 1999. доступно 11. августа 2019. на www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html

⁶ Rio Declaration on Environment and Development, United Nations Conference on Environment and Development, U.N. Doc. A/CONF. 151/5 Rev.1(1992), доступно 23. јула 2019, на <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-52.html>.

документу који изричито успоставља везу између поштовања основних људских права и заштите животне средине, тако што је адекватна заштита животне средине дефинисана конвенцијом као основно људско право. У процесу остваривања права сваке особе да живи у животној средини која одговара њеном здрављу и благостању, као и поштовања дужности да се животна средина штити и унапређује, грађанима и њиховим удружењима конвенцијом је омогућен приступ еколошким информацијама, учешће у доношењу одлука о животној средини и право на приступ судовима у питањима заштите животне средине. За разлику од осталих међународних уговора Архушка конвенција уређује права и обавезе између државе потписнице и њених грађана. Свако физичко и правно лице има право да тражи еколошку информацију без обавезе да објашњава свој правни интерес за тим, а државни органи су дужни да му у томе удовоље. Поред тога, грађани могу да партиципирају у доношењу одлука о посебним активностима, да учествују у изради планова, програма и политике у области заштите животне средине, као и у припремама законских прописа. Најзад, грађани имају право да у судском и другом законом утврђеном поступку преиспитују одлуку органа власти уколико сматрају да је њихов захтев за приступ информацији која се односи на животну средину игнорисан или је неоправдано одбијен у целини или делимично. Архушка конвенција утврђује бројна права јавности у погледу заштите животне средине.

Начело одговорности загађивача прихваћено је у праву заштите животне средине као међународноправни стандард, почевши од арбитражне одлуке *Trail Smetler*, којом је Канада обавезана да надокнади штету насталу као последица загађења ваздуха у САД-у као и да, у складу са међународним правом, предузме нужне кораке у циљу избегавања даљих штета.⁷ Начело подразумева и одговорност накнаде штете од стране онога ко је узроковао загађење, упркос томе што приватна одговорност за еколошку штету често остаје без дејства. Ово, имајући у виду распрострањеност и обим загађења када је неопходна помоћ државе, односно органа јавне власти.

⁷ *Trail Smetler (USA v. Canada)* Special Arbitral Tribunal 2 U.N. Representative International Arbitral Awards 1905 (1941), vol.III, 1938. доступно 08. августа 2019, на : legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf У спору се радило о загађењу сумпор-диоксидом из канадске топионице смештене у заједничкој долини Британске Колумбије и америчке савезне државе Woshington. Последица тог загађивања било је оштећење шума и летине на америчкој страни границе. Ова пресуда је поставила основе одговорности држава за загађење животне средине. У различитом контексту и Међународни суд је у пресуди из 1949. о Крфском пролазу (*Britania v. Albania*) упозорио на "...обавезу свих држава да свесно не допусте коришћење своје територије за радње супротне правима других држава

Арбитражни суд је установио:” Према начелима међународног права и према праву Сједињених Држава нити једна држава нема право да користи или допусти коришћење свога подручја на начин да се испуштањем дима наноси штета имовини или лицима на подручју друге државе, када се ради о озбиљним последицама а штета је настала на темељу јасних и уверљивих доказа.” Треба истаћи да је још 1968. Савет Европе посебном Резолуцијом предвидео да обавеза накнаде загађивања од стране извора загађења не искључује помоћ органа јавне власти.⁸

На међународном нивоу посебно је интензиван кодификацијски рад у материји режима одговорности и накнаде штете у вези са превозом опасних и штетних ствари морем. Између осталих, Међународна поморска организација (ИМО) је усвојила Конвенција о одговорности и накнади штете у вези са превозом опасних и штетних материја морем (1996/2010.),⁹ којом су државе уговорнице изразиле бригу за проблем загађења мора и морске околине. Упоредо са тим, донете су бројне конвенције у циљу превентивног деловања и успостављања међународног механизма накнаде штете, као што је Међународна конвенција о грађанскоправној одговорности за штете проузроковане загађивањем мора нафтом у Бриселу 1969. и Међународна конвенција о оснивању међународног фонда за накнаду штете због загађивања нафтом у Бриселу 1971. (Tomljenović, 1998: 399).¹⁰ Обалне државе су усвојиле бројне законске акте у циљу превентивног деловања и санкционисања штетних последица загађења мора и морске околине.

Међународно право директно гарантује накнаду штете оштећеном у случајевима за која постоје унификована међународна правила. У свим другим, мериторном одлучивању о накнади штете са међународним обележјем претходи решавање проблема сукоба закона у оквиру целокупне проблематике вануговорне одговорности за штету.

⁸ Савет Европе, *Декларација о контроли загађивања ваздуха*, Резолуција (68) 4, Стразбур, (Strasbourg), 1968.

⁹ Закључена је под окриљем ИМО-а (*International Maritime Organization*) на Дипломатској конференцији у Лондону 3. 05. 1996. доступно 3.08.2019, на: <http://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/Home.aspx> (8. 08. 2019.)

¹⁰ Међународна конвенција о интервенцији на отвореном мору у случају незгоде која узрокује или би могла узроковати загађење мора нафтом (*International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (CLC 1969) Bruxelles 29.11.1969.*; Протокол из 1992 о измени Конвенције о оснивању међународног фонда за накнаду штете због загађења уљем (*Protocol of 1992 to Amend the International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, 1971, London, 1992*).

3. Индиректан (колизионни) метод регулисања заштите животне средине

Прописи о одговорности за учињену штету заузимају у структури националних права средишње место, при чему различите радње узрокују различит правни режим одговорности за штету. О прекограничном карактеру еколошке штете може се говорити увек када чињенични или правни елементи штетног догађаја прелазе оквире једне државе (Ballarino 1990: 308-309). И поред интензивирања процеса међународне унификације потреба за колизионим решењима још увек постоји. Проблем сукоба закона у овој материји је додатно актуелизован постојећим разликама националних деликтних права, а коначно решење спорова поводом одговорности за штету нанету животној средини увелико је одређено избором државе у којој се поступак за обештећење покреће. Државе које регулишу поједине сегменте заштите животне средине тим прописима придају карактер „правила непосредне примене” и примењују независно од колизионоправне методе.

Разлике у законодавном приступу заштите животне средине утицала је између осталог да закључак Колоквијума који је организовала Хашка конференција за међународно приватно право у Оснабрику (Osnabrück) 1994. буде да постоји погодна основа за доношење једне опште конвенције о меродавном праву за еколошку штету.¹¹

3.1. Комуитарни колизионни оквир грађанскоправне одговорности за еколошку штету

Међународноприватноправна регулатива грађанскоправне одговорности за еколошку штету блиска је предметима и споровима који се воде поводом тужбе за накнаду штете. Након што је суд, који ће у конкретном случају одлучивати о меритуму спора са елементом иностраности, установио да је према процесним одредбама домаћег права надлежан нужно се суочава са проблемом сукоба закона. Решавање проблема одређивања меродавног права добија на актуелношћу уколико се на спорно питање не могу применити међународна једнообразна правила. Покушаји унификације општег колизионог права у материји вануговорне одговорности за штету имали су као резултат само успешне унификације специфичних облика деликтне одговорности (за штету проузроковану друмским саобраћајним

¹¹ „*Environnement-Dommage-Droit international privé* (Colloque d'Osnabrück 7-8 avril 1994.)” RCADI, 1994, 4, 853-855.

средствима и одговорност произвођача за своје производе).¹² Упоредо са тим, Европска Унија је као један од циљева сопствене политике поставила заштиту, очување и побољшање квалитета животне средине, одговорно и рационално коришћење природних ресурса и заштиту здравља људи. Она почива на: начелу предострожности које подразумева да се одсуство неоторивих научних доказа не може користити као изговор за одлагање предузимања мера заштите животне средине, што чини део ширег начела превенције; начелу превенције које се односи на предузимање мера да се еколошка штета предвиди и спречи а тамо где се догодила да се њене последице ублаже и спрече њено ширење; начелу да штета на животној средини треба да буде отклоњена на извору загађења што је у вези са политиком управљања отпадом, односно решавањем проблема отпада на месту настанка и спречавањем његовог ширења; начелу „загађивач плаћа” које је општи принцип у материји одговорности за штету и подразумева да трошкове последица штете, односно загађивања животне средине сноси онај који је ту штету проузроковао. У задњој измени Оснивачких уговора, Лисабонским уговором раздвојене су надлежности у области заштите животне средине између држава чланица ЕУ и саме ЕУ, а учињене су и измене у начину одлучивања Савета Европе.

Комунитарно право почива на тековинама европско-континенталног права (*aquis communautaire*), и представља скуп права и обавеза држава чланица. Разлике националних одредаба о избору меродавног права превазиђене су уједначеним колизионим режимом вануговорне одговорности успостављеним Уредбом (ЕЗ) бр. 864/2007 Европског парламента и Савета Европе о праву меродавног за вануговорне обавезе (Уредба ЕУ Рим II).¹³ У односу на поступак примењује се Уредба (ЕУ) бр. 44/2001 о надлежности, признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким предметима (Уредба ЕУ Брисел I), измењена Уредбом бр. 1215/2012 о надлежности, признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима (Уредба ЕУ Брисел I, преиначена).¹⁴

Проблем сукоба закона у овој материји дуго је био занемариван, тако да су колизиона решења упућивала на примену стандардних правила о вануговорној одговорности за штету. У већини аутономних колизионих

¹² Хашка конвенција о закону који се примењује на друмске саобраћајне незгоде из 1971. и Хашка конвенција о закону који се примењује у случајевима одговорности произвођача за своје производе из 1973. донете од стране Хашке конференције за међународно приватно право. Подаци о конвенцијама, преузето 20. јула 2019, са www.hcch.net/e/conventions/index.html

¹³ OJ 2007 L 199/40.

¹⁴ OJ L 012 od 16. 1.2001.

права она су водила ка примени закона места где се десила штетна радња (*lex loci delicti*) и, у неким случајевима, примени *lex fori*. Због недостатака у примени крутих колизионих правила већина европских земља је ограничила поље примене правила *lex loci delicti* општим и посебним изузецима. У складу са тим, национална колизиона права су прихватила упућивање на алтернативну тачку везивања, па је примена једне од њих зависила од испуњења додатних околности или пак од једностраног избора оштећеног. Овакво колизионо упућивање довело је до потенцијалне меродавности права државе у којој је извршена штетна радња или права државе у којој су наступиле штетне последице по животну средину, у зависности од тога које је од могућих меродавних права повољније за оштећеног. Право избора оштећеног између два меродавна права у решавању предмета поступка применом норми које су за њега повољније, испуњава сврху деликтног права- заштиту оштећеног (Droz, 1991: 287). По принципу *iura novit curia* суд по службеној дужности може да утврди „повољност” права за оштећеног, који има могућност да улаже правне лекове за погрешну примену права.

Проблем сукоба закона је додатно актуелизован различитим националним решењима права у односу на битна питања за која не постоје општеприхваћена правила, као што је врста штете која се надокнађује, њен обим и износ, терет доказивања и др. Када се томе додају различита доктринарни ставови о општим колизионим решењима и мали број судских одлука, доношење Уредбе Рим II има посебан значај. Реч је о првом колизионом комунитарном правном документу секундарног законодавства ЕУ који уређује више посебних режима за различите категорије вануговорне одговорности за штету, међу којима је и вануговорна одговорност за штету нанету животной средини.

3.1.1. Уредба ЕУ Рим II-европски аутономни колициони систем норми у погледу вануговорне одговорности за штету

Унификацијом колизионих правила у материји вануговорне одговорности, европски законодавац је у великој мери заштитио оправдана очекивања странака и, барем донекле, отклонио проблем правне несигурности и непредвидивости решења. Потреба за специфичним колизионим правилима утицала је на то да препозна нужност превазилажења различитих колизионих режима одговорности за прекограничну штету коју узрокују извори загађења животне средине. Треба напоменути да је дугогодишњи рад на унификацији додатно отежавало неслагање око једног броја одредби, међу којима је тумачење појма „штета у животной средини” (Posh, 2004: 133, Kramer, 2008: 416). До усвајања Уредбе, на

питање вануговорне одговорности за штету нанету животној средини примењивала су се стандардна правила, што говори о томе да у актима међународног приватног права овој проблематици није придаван посебан значај. Поље примене Уредбе Рим II обухвата вануговорне обавезе у грађанским и трговачким стварима, у случајевима унутар и изван ЕУ који укључују сукоб закона на подручју свих држава чланица, изузев Данске.¹⁵

Документ прихвата колизионоправни карактер аутономије воље у материји вануговорне одговорности за штету и омогућава странкама вануговорног односа, под јасно прописаним условима, да изаберу меродавно право (De Boer, 2007: 22-29). У складу са околностима случаја, избор меродавног права може бити изричит или прећутан, а суд мора уважити споразум странака о избору меродавног права уколико је закључен након наступања догађаја из кога је настала штета. Када то налажу јавни интереси, што је случај са штетом нанетом животној средини, слобода избора меродавног права је искључена.¹⁶ У сфери супсидијарног везивања Уредба нуди одговарајућу меру „флексибилности“ колизионог решења, и упућује на примену права државе у којој је штета настала (*lex loci damni*), без обзира на државу у којој се десио догађај који је проузроковао штету и без обзира на државу/ државе у којима су настале индиректне последице тог догађаја.¹⁷ Ипак, када оштећени и одговорно лице имају своје уобичајено боравиште¹⁸ у истој држави у време настанка штете, примењује се право те државе (*lex firmae habitationis communis*).¹⁹ Уредба предвиђа примену опште клаузуле изузетка када је из свих околности случаја јасно да је штетна радња

¹⁵ Видети чл. 1 Уредбе; Сходно чл.1. и 2. Протокола о положају Данске, додатом Уговору о ЕУ и Уговору о оснивању ЕЗ, на темељу Уговора из Амстердама, Данска *a priori* не учествује у сарадњи на основу Главе IV Уговора „Визе, азил, усељење, и друге облике политике слободног кретања лица“ што укључује и усвајање ове Уредбе. Члан 3. Протокола о положају Уједињеног Краљевства и Ирске, додатог Уговору о ЕУ и Уговору о усвајању ЕЗ омогућава тим државама „*opt-out*“ што оне нису искористиле код Уредбе Рим II.

¹⁶ Јавни интерес налаже искључење аутономије воље и код повреде права тржишне утакмице, повреде права интелектуалне својине, с обзиром на њихову територијалност.

¹⁷ Видети, чл. 4 .ст. 2.Уредбе.

¹⁸ Појам „уобичајено боравиште“ се сходно Уредби, аутономно тумачи... види чл.23.

¹⁹ Прекретницу у методолошком приступу решавања сукоба закона представља одлука Апелационог суда државе New York у познатом случају *Babcock v. Jackson*, 191,N.E. 2d 579(No. 1963.). Одлуком је формулисано ново решење за избор меродавног права које би требало да замени *lex loci delicti commissi*, на темељу релевантних фактора везе меродавног права са спорним догађајем и странкама с једне, те интереса за регулисање спорног питања с друге стране. Околности штетног догађаја, у комбинацији са сврхом правила која су била у сукобу, упућивала су у конкретном случају да је право државе New Yorkа у најзначајнијој вези са спорним питањем.

очигледно у ближој вези са државом, различитом од државе чије је право као меродавно предвиђено општим правилима, у ком случају се има применити право те државе.²⁰

Посебна колизиона решења у погледу одговорности за штету нанету животној средини имају приоритет у примени у односу на општа колизина правила. Вануговорна одговорност за штету нанету животној средини, или штете претрпљене од стране лица или имовинске штете, подлеже праву државе у којој је штета настала (*lex loci damni*), без обзира на државу у којој се десила штетна радња и државу/државе које су претрпеле индиректну штету. Право државе у којој је штета настала може бити изузето из примене уколико лице које захтева накнаду штете изабере као основ своје тужбе право државе у којој се десио догађај који је проузроковао штету.²¹ Оштећеном је омогућен једностранни избор између два колизиона решења, уколико се странке нису споразумеле о меродавном праву у складу са чл. 14. Уредбе. Фаворизовање оштећеног у постављању колизионих правила у овој материји од стране европског законодавца почива на одредби члана 174. Уговора о ЕЗ, којом је предвиђен високи ниво заштите на темељу начела опрезности и начела предузимања превентивних мера, начела првенства корективних мера на извору загађивања, као и начелу „загађивач плаћа/надокнађује.”²² Лице које тражи накнаду штете може одабрати меродавно право до момента предвиђеног правом државе чланице пред чијим се судом води поступак *-lex fori* (Dickinson, 2003: 197-236). Законодавац није решио дилему која се тиче могућности „цепања” деликтног статута, односно *вољне мултипликације* меродавних права, имајући у виду да избор различитог права за различите делове штете може имати непредвидиве последице по одговорно лице.

Појам „штета у животној средини” треба тумачити тако да она обухвата штетне промене природног ресурса, односно воде, земље или ваздуха, као и умањење улоге коју тај природни извор има у корист других природних извора или јавности, или смањење биолошке разноликости.²³ У случају несигурности надлежни орган се може позвати на постојеће прописе примарног и секундарног законодавства Заједнице. Због тесне повезаности вануговорне одговорности за штету нанету животној средини и јавноправних одредаба у односу на деловање лица одговорног за штету, Европска Комисија је прихватила да у околностима када је место извршења

²⁰ Видети, чл. 4.ст.3. Уредбе.

²¹ Видети, чл.7. Уредбе Рим II.

²² Рецитал 25. Уредбе Рим II.

²³ Рецитал бр. 24. Уредбе.

штетне радње у држави која допушта одређену активност а место настанка штете у држави која такво поступање забрањује, треба узети у обзир чињеницу да је лице чија је радња довела до штете поступало у складу са прописима државе у којој је предузета. Овде није реч о примени права, већ о „узимању у обзир“ одређене чињенице, што је још један аргумент у прилог фаворизовања оштећеног (*in favorem laesi*).²⁴ У складу са чл. 31. и 32. Уредбе, а у вези са чланом 297. Уговора о функционисању Европске Уније, национални суд земаља чланица је обавезан да примењује Уредбу само на штетне догађаје који су наступили након 11. јануара 2009.²⁵ тако

²⁴Теоретичари као пример узимају случај *G. J Bear B.V protiv Mines de Potasse d'Alcase* (спор се водио због загађења воде Рајне услед солних отпадака који су из предузећа туженог испуштени у Рајну), који је добро познат по тумачењу појма „место настанка штете“ у чл.5. ст.3. Бриселске конвенције о судској надлежности, признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима у одлуци Европског суда правде С-21/76 од 30. новембра 1976. У изреци одлуке стоји „Ако место где је наступио догађај који је могао да проузрокује обавезу из вануговорне одговорности за штету није уједно и место где је настала штета, „појам место где се догодио штетни догађај“ из члана 5. ст.3. Конвенције од 27 септембра 1968. о судској надлежности и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима треба схватити тако да се он односи како на место где је настала штета, тако и на место догађаја који је проузроковао штету. Стога, у зависности од избора тужиоца, тужени може бити тужен било пред судом места где је настала штета, било пред судом места догађаја који је проузроковао штету. Холандски суд је у спору поводом накнаде штете проузроковане загађењем одредио меродавно право применом аутономије воље странака. Холандски тужиоци су се определили за примену холандског права а француски тужени, у свом одговору на тужбу, сагласили са таквим избором. Ротердамски суд је прихватио такав, ретроактивни избор, меродавног права, а Хашки Апелациони суд, пошто нико није приговорио тако изабраном меродавном праву, потврдио првостепену одлуку- *Court de Apel the Hague*, 10.9.1980. Врховни суд је само констатовао меродавност холандског права. О тужбеном захтеву одлучено је применом холандског права што је образложено принципом страначке аутономије воље. Овај принцип решавања сукоба закона деликтних односа прихвата и холандска правна доктрина.

²⁵Лисабонским споразумом, новим реформским уговором, постојећи Уговор о Европској заједници преименован је у „Уговор о функционисању Европске Уније (Treaty on the Functioning of the EU), док је Уговор о ЕУ задржао свој назив. Питање временског поља примене Уредбе постављено је у оквиру спора између господина *Hamwoa* са пребивалиштем у Великој Британији, који је током свог боравка у Француској постао жртва саобраћајне незгоде, и осигуравајућег друштва *GMF Assurances SA* са седиштем у Француској. Дана 8. јанура он је поднео тужбу пред *High Court of Justice*, између осталих, и против *GMF*, ради накнаде штете због физичких повреда и накнаде штете. За утврђивање временске примене Уредбе нису релевантни ни датум покретања поступка, ни датум одређивања меродавног права од стране националног суда. Из члана 31. Уредбе произилази да једини датум који треба узети у обзир јесте дан настанка штетног догађаја. Национални суд је обавезан да примењује Уредбу само на штетне догађаје који су наступили након 11. јануара 2009. Ово тумачење је једино које

да тренутак покретања поступка ради накнаде штете, или тренутак одређивања меродавног права од стране националног суда не утиче на утврђивање временске примене (Jessell Holst, Sikirić, Bouček, Babić, 2014: 705).

Штете које настају као последица незгоде брода или редовног коришћења мора уобичајено важе за прекограничне штете великих размера. У ситуацијама када брод проузрокује штету животној средини, и када је реч о међународној штети нужно се намеће питање избора меродавног права. Један од ретких спорова о накнади штете због загађивања мора и морске обале нафтом поводом кога се суд изјаснио о проблему сукоба закона вођен је поводом незгоде танкера *Amoco Cadiz* у вези са којим је Савезни суд округа Илиноис препознао многе занимљиве правне проблеме и поставио значајне принципе у материји надокнаде еколошке штете.²⁶ Решавајући проблем сукоба закона суд је пошао од чињенице да је штета наступила у Француској тако да је утврдио начелну меродавност француског права. Међутим, суд је ипак применио принцип америчког међународног приватног права о факултативности колизионих правила полазећи од тога да је страно право по својој природи чињеница те странке које се на њега позивају морају доказати да је оно другачије од америчког. У противном, суд полази од претпоставке да је страно право идентично домаћем и исто примењује. Тужиоци се нису позвали на примену француског права, нити су пружили доказе да је оно другачије од америчког, односно покренули су поступак да би заобишли примену француског права и као исход су имали примену америчког права.²⁷ С друге стране, пракса показује да се јудикатура решавајући спорове поводом вануговорне одговорности за штету насталу загађењем мора с бродова по правилу не упушта у расправу о меродавном праву, без обзира на страно обележје тако да судови о накнади штете често одлучују на посредном примени домаћег права (*lex fori*). У том смислу занимљива је одлука француског Апелационог суда из Бастије у спору *Soc. Montedison vs. Département de la Haute Corse, Prud'Homme des Pecheurs de Bastia* познатијег под називом црвене мрље - *bouées rouges*.

према уводним изјавама 6,13, 14, и 16 Уредбе јамчи потпуно остваривање циљева, тј. предвидивост исхода спорова, сигурност у односу на меродавно право и јединствену примену Уредбе у свим државама чланицама. Пресуда у спору *Deo Antoine Homewoo v. GMF Assurances SA*, C-412/10 од 17. новембра 2011.

²⁶United States District Court, Northern District of Illinois Eastern Division, Apr.18,1984, у правној ствари *Oil spill by the „Amoco Cadiz” off the Coast of France* on March 16, 1978, Lloyd's Law Reports (1984) vol. 2. 304-339.

²⁷Избор америчког суда с циљем заобилажења домаћег права у случају *Amoco Cadiza* поновљен је и у случају *Union Corporation Gas Plant Disaster at Bhopal, India*,1984 (SDNY), 1986, International Law Materials, 4, 1986, 771-802.

Суд је о основаности захтева одлучивао применом француског права при чему није дато образложење о конкретном колизионом упућивању на француско право.²⁸

4. Колизиона решења за штету нанету животној средини у међународном приватном праву земаља Западног Балкана

Хармонизација и усклађивање са европским стандардима основ је реформе међународног приватног права земаља Балкана које нису чланице Европске уније (Србија, Црна Гора, Македонија, Босна и Херцеговина, Албанија).²⁹ Нове националне кодификације имају за циљ успостављање система норми у складу са европским законодавством и праксом.

Развој деликтног права уопште намеће обавезу успостављања режима одговорности за специфичне облике вануговорне одговорности. Поједина национална права упућују само на опште колизионо решење, уз могућност избора повољнијег права од стране оштећеног. Савремена решења утемељена на стандардима у овој грани права уводе новине у колизионој регулативи одговорности за штету и у нормирању међународне надлежности судова и других органа. Међународноприватноправна регулатива полази од за директне последице штетног догађаја, стицања без основа, пословодства без налога или предуговорне одговорности. Сукоб закона у материји вануговорних обавеза земаља Западног Балкана обухвата општа и посебна колизиона решења за посебне облике вануговорне одговорности. Националне кодификације међународног приватног права прихватају избор меродавног права након наступања штетног догађаја, осим уколико стране обављају привредну делатност тако да избор могу учинити и пре његовог наступања. Примена изабраног меродавног права није могућа уколико су у тренутку наступања штетног

²⁸ Видети белешке о одлуци у RCADI-Recueil Cours Academie Droit International, 1978, 192.

²⁹ Нацрт Закона о међународном приватном праву Републике Србије, доступно на: www.mpravde.gov.rs (15. 07 2014.); Закон о међународном приватном праву, *Службени лист Републике Црне Горе* бр. 1/2014 доступно (15.08.2019) на: <http://www.pravda.gov.me/en/library/zakoni>; Закон о међународном приватном праву, *Службени лист Републике Албаније* бр.82/2011 доступно 18.08.2019. на <http://www.qbz.gov.al>; Закон о међународном приватном праву, *Службени весник на Република Македонија* бр.87/2007 и 156/2010 доступно 12.08.2019. на: http://www.elgaronline.com.view/nlm.../b-9781782547235_CT_46.html; Закон о међународном приватном праву- Закон о сукобу закона са прописима других земаља, (*Службени лист СФРЈ* бр.43/1982), *Службени лист Босне и Херцеговине* бр. 2/92-5, 13/94-189 доступно 21. 08 2019. на: http://www.arhiva.mpravde.gov.rs/images/law%20on%20resolving%20conflict%20of%20law_180411.pdf.

догађаја све одлучујуће околности случаја везане за право које није изабрано, тако да колизионо правило упућује на принцип најближе везе. У поређењу са колизионоправном аутономијом странака код уговора, право странака на избор меродавног права начелно је сужено. Меродавно право за вануговорну одговорност за штету одређује се према праву државе у којој је наступила штета, без обзира на то у којој је држави настао штетни догађај или у којој су држави наступиле посредне последице тога догађаја. Уколико странке, односно одговорно лице и оштећени имају уобичајено боравиште у истој држави у моменту настанка штете, одговорност за штету подлеже праву те државе. Корективна функција принципа најтешње повезаности долази до изражаја када из свих околности случаја јасно произилази да је штетни догађај у очигледно ближој вези са другом државом. Ближа веза се може заснивати на већ постојећем правном односу између странака, као што је уговор из кога је настала штетна радња, правни однос између оставиоца и наследника, власника некретнине и трећег лица или др.

Кодификације међународног приватног права садрже и посебна колизиона правила за следеће облике одговорности: одговорност произвођача за недостатке производа, нелојална конкуренција, повреду тржишне конкуренције, повреду права интелектуалне својине, друмске саобраћајне незгоде, за прекид или успоравање процеса рада, за штету која је настала на броду или у ваздухоплову, повреду права личности путем медија, као и за штету нанету животној средини под којом се подразумева штета нанета нанета животној средини и штета коју услед тога претрпе лица и имовина (Живковић, Станивуковић, 2004: 138). Вануговорна обавеза настала из штете нанете животној средини подлеже праву државе у којој је наступила штета (*lex loci damni*), упоредо са чим лице које тражи накнаду штете може захтевати примену права државе у којој је наступио штетни догађај (*lex loci delicti*). При одређивању меродавног права не примењују се општа колизиона правила нити општа клаузула одступања у случају када правни однос има слабу везу са државом чије је право меродавно, а знатно ближу са неком другом државом. (Воуџек, 2008: 296)

Једно од заједничких правила у погледу одговорности за еколошку штету и остале вануговорне обавезе односи се на прописе о безбедности и начину поступања, који су на снази у месту и у тренутку извршења штетне радње као чињеница приликом оцене радњи одговорног лица.

5. Закључна разматрања

Проблематика издвајање и систематизација правила којима се штити право на чисту животну средину предмет је интересовања читаве друштвене заједнице. Полазећи од тога да свако има право да живи у чистој животној средини, брз и динамичан развој друштва суочио је човечанство са њеном деструкцијом. Иако новијег датума, међудржавна сарадња у сфери заштите животне средине високо је позиционирана међу активностима од суштинске важности за опстанак и функционисање друштвене заједнице. Паралелно са разумевањем узрока и последица на животну средину неопходна је израда законодавства и нове праксе у настојању да се правни оквир прилагоди узрокованим променама у атмосфери, води и земљишту. У томе се посебно издвојила веза еколошког права и људских права, како на универзалном тако и на регионалном нивоу.

Државе ЕУ су у великој мери допринеле еволуцији регионалне перспективе заштите животне средине. Право заштите животне средине се дуго развијало у оквиру секундарног европског законодавства, међународних споразума и судских одлука, док данас чини једно од темељних подручја права ЕУ у складу са чл.6. Уговора о ЕЗ (Уговор из Нице) и чл.11 Уговора о функционисању Европске уније.³⁰ Настојања европског законодавца иду у правцу увођења заједничког европског модела колективне правне заштите животне средине. Фаворизовањем оштећеног („жртве“) у колизионом праву, тако да може изабрати право које му осигурава максималну накнаду, постиже се пожељан исход *фаворизовање природе*.

Литература

Ballarino Tito, (1990) *Questions du DIP et damages catastrophies*, RCADI I Tome 220, 1990.

Bouček Vilim (2008), *Uredba Rim II-komunitarizacija Evropskog međunarodnog deliktnog prava*, Zbornik PF u Splitu br.2, vol.45.

Dickinson Andrew (2003), *European Private International Law: Embracing New Horizons or Morning the Past?* Journal Private International Law No 2, vol 1, 2003.

³⁰ Уговор из Нице о изменама Уговора о Европској Унији, Уговора о оснивању Европских заједница као и неких с њима повезаних правних аката од 21.фебр.2001(ABI EG Nr. C 80). 2007 је ступио на снагу нови реформски Уговор из Лисабона- *The Lisbon Treaty* кога чине Уговор о функционисању Европске уније, уместо постојећег Уговора о Европској заједници, Уговор о Европској Унији и протоколи уз уговоре.

Dickinson Andrew (2009) *The Rome Regulation : A Commentary*, New York: Oxford University Press, 2009.

Droz A.L. Georges (1991.) *Regards sur la droit international privé comparé*, RCADI 1991.

De Boer M. Thomas (2007.) *Party Autonomy and Limitations in the Rome II Regulation*, Yearbook of Private International Law 9, 2007.

Živković Mirko, Stanivuković Maja (2004) *Međunarodno privatno pravo-opšti deo*, Beograd 2004.

Kramer E Xandra, (2008.) *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law tradition continued Introductory observation scope, system and general rules*. Nederlands International Privatrecht 4, 2008.

Larson T. Eric (2005.) *Why Environmental Liability Regimes in the US, the European Community and Japan Have Grown Synonymous the Polluter pay Principle*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 38/2005.

Lipstein Kurt (1993.), *One Hundred Years of Hague Conference of PIL*, The International and Comparative law Quarterly No 3 vol. 42, Cambridge University, 1993.

Posh Wilibald (2004.), *The Draft Regulation Rome II in 2004: Its past and Future perspectives*, Yearbook of Private Law, vol. 6, 2004.

Sands Phillipe & Peel Jacqueline & Aguilar Fabra Adriana & machenzie Ruth, (2012.) *Principles of International Environmental Law*, 3. Izd. Cambridge University, 2012.

Tomljenović Vesna, (1998.) *Pomorsko međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet- Rijeka, 1998.

Christa Jessel Holst, Sikirić Hrvoje, Bouček Vilim, Babić Davor (2014.), *Međunarodno privatno pravo-zbirka odluka suda Evropske Unije*, Narodne novine, Zagreb 2014.

Regulation (EC) No.864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), Official Journal of the EU- OJ 2007 L 199/40.

International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (CLC 1969-Bruxelles); Protocol of 1992 to Amend the International Convention on the Establishem of an International Fund for Compesation for Oil Pollution Damage 1971. London 1992. [http:// www.imoorg/en/About/Conventions/Pages/Home.aspx](http://www.imoorg/en/About/Conventions/Pages/Home.aspx) pristup 24.07.2019.

Rio Declaration on Environmental Development, UN Conference on Environmental Development, UN Doc. A/CONF. 15/5, Rev.1 (1992).

Additional Protokol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic Social and Cultural Rights www.oas.org/juridice/english/treaties/a-52.html pristup 24.07.2019.

Нацрт Закона о међународном приватном праву Републике Србије, www.mpravde.rs, приступ 10.05. 2019.

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља „ Сл. Лист СФРЈ” бр.43/82, 72/82 „Сл. Лист СРЈ” бр.46/96 И „Сл. Гласник РС” бр. 46/06.

Court Practice of the Court of Justice of the EU, curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=applicable%2Blaw%2Bto%2Btraffic%2Baccident&docid pristup 24.07 2019.

Закон о међународном приватном праву „Сл. Лист Црне Горе” бр.1/2014.

Закон о међународном приватном праву „Сл. Весник на Република Македонија” бр. 87/2007, 156/2010.

Закон о међународном приватном праву „Сл. Лист Републике Албаније” бр.82/2011.

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља „ Сл. Лист БиХ” бр.2/92-5, 13/94-189.

Marija Krvavac, PhD,

Full-time professor, Faculty of Law University of Prishtina, temporarily settled in Kosovska Mitrovica

PRIVATE INTERNATIONAL ASPECTS OF ENVIRONMENTAL PROTECTION

Summary

The author attempts to examine the rules of conflict of laws, contained primarily in the EU as well as specific application and problems in court practice. The main objective of the research is related to the protection of the environment by improving the effectiveness of the implementation strategy of the EU in terms of soil protection, air quality, sea water purity etc. bearing in mind that a common strategic framework defines key activities and establishes general principles. Cross-border networks and transnational cooperation program should focus on supporting environmentally friendly connections. The legislative framework of environmental protection can achieve its purpose and objective only as part of a coordinated joint effort of numerous institutions including the courts and other competent bodies.

EU Regulation Rome II is the first unified conflict of law instrument which provides several special regimes of non-contractual liability of which one is non-contractual liability for environmental damage.

Keywords: *environmental protection, non-contractual liability, rules of conflict of laws, damage.*

Davorin Pichler*, PhD

Assistant Professor,
Faculty of Law, J. J. Strossmayer University
of Osijek, Republic of Croatia,

Tomislav Nedić**, mag.iur.

Assistant (Ph.D. candidate),
Centre for Integrative Bioethics of J.J. Strossmayer University of Osijek,
Academy of Arts and Culture of J.J. Strossmayer University of Osijek
Republic of Croatia

UDK: 347.516

THE MOST IMPORTANT CIVIL LAW ASPECTS OF RELATIONS BETWEEN HUMANS AND ANIMALS IN CROATIAN LAW

Abstract: Today we can talk about animal law as a special branch of law. This paper emphasizes the aspects of the part of the legal order that governing private-law relations between humans and animals in Croatian law. The most controversial aspects of the civil law regulation of human and animal relations relates to the questions of the status of an animal in the law and the compensation for material and non-material damage in cases involving the killing of animals or injuring an animal integrity. This paper provides an analysis of animal status in continental European legal systems from the comparative law perspective. The authors also refer to recent judgments of Croatian courts, which contain disputable conclusions about the violation of personality rights. An analytical and critical elaboration on the theoretical and pragmatic conception of civil law regulation of certain aspects of human and animal relations will be followed by some guidelines and possible solutions *de lege ferenda* for resolving these controversial issues.

Keywords: thing, animal, affection price, personality rights, non-material damage.

1. Introduction

In general, we can say that law regulates relationships between humans and animals in three basic areas: animal exploitation by humans, protection of

* e-mail: dpichler@pravos.hr

** e-mail: nedict@gmail.com

human beings from animals, and protection of animals from human beings (Visković, 1993: 457-465). In this respect, the paper will highlight certain aspects of the relationship between man and animal, that is, the part of the legal order governing private-law relations between humans and animals in Croatian law. Considering the scope of social relations covered by this regulation, we can now talk about animal law as a special branch of law. Animal law, in an objective sense, is defined as a set of legal rules governing the treatment of animals by humans and ensuring animal welfare (Stojanović, 2017: 7). The most controversial aspects of the civil law regulation of human and animal relations are related to the question of the status of an animal in the law and the compensation of material and non-material damage in cases involving the killing of animals or injuring an animal integrity. These issues will be addressed and analysed in this paper. In this respect, the authors refers to certain legal solutions *de lege lata* from the main legal sources that regulate these issues in the legal order of the Republic of Croatia, above all the Ownership and other Real Rights Act (ORRA)¹, the Obligation Relations Act (ORA),² and the Animal Protection Act (APA)³. Also, comparative arrangements of legal status of the animal in continental European legal systems will be analyzed. An analytical and critical elaboration of the theoretical and pragmatic conception of civil law regulation of certain aspects of human and animal relations will try to result in guidelines and possible solutions *de lege ferenda*.

2. Status of the animal in civil law

The Ownership and other Real Rights Act (ORRA) defines the term of "things". In this regard, the ORRA states that "things are corporeal parts of nature, different from people and used by people". It is assumed that "anything that is extended equal legal status by law is also regarded as a thing" (Article 2 para. 2 ORRA). The ORRA does not explicitly refer to animals, nor are explicitly mentioned in the comparative legislation. The prevailing perception in domestic and international legal theory and practice is that animals are considered as legal objects or "things"⁴. However, legal systems guarantee animals the protection of animal

¹Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Ownership and Other Real Rights Act), *Narodne novine* Republike Hrvatske, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 146/08, 38/09, 143/12, 152/14, 81/15, 94/17, hereinafter referred to as the ORRA.

²Zakon o obveznim odnosima (Obligation Relations Act), *Narodne novine* Republike Hrvatske, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, hereinafter referred to as the ORA.

³Zakon o zaštiti životinja (Animal Protection Act), *Narodne Novine* Republike Hrvatske, br. 102/17, hereinafter referred to as the APA.

⁴In recent times, some legal systems have abandoned the traditional perception that animals are equally capable of being legal objects like any other things (moving things - *res*

lives, health and well-being, as protected legal rights. In the Republic of Croatia, such protection is governed by the Animal Protection Act APA and the Criminal Code (CC),⁵ which envisage general provisions of the criminal offense of torture or killing of animals (Nedić, 2018: 72).

The German Civil Code (BGB)⁶ went a step further, stating in Section §90a that animals are not things, that animal protection is provided by special laws, and that animals are governed by provisions that apply to things, unless specified otherwise. In terms of ownership, the BGB further states that the owner of a thing may, if it does not conflict with the law or the rights of third parties, do what he or she wants with the thing and exclude others from any influence on that thing. When exercising his/her authority, the animal owner must comply with special animal protection regulations (§ 908 BGB). The situation is similar in the Austrian General Civil Code (ABGB),⁷ stating in § 285 that “everything that is distinguished from a person, and serves the use of persons” is in legal terms considered as a thing. According to §285a, animals are not considered things; they are protected by special laws, and the rules that are valid for things are just as applicable to animals as long as there are no different (derogating) rules (§285a ABGB).

Croatian court practice takes the animal as a thing, more precisely a dangerous thing, under certain conditions. Wild animals⁸ are considered to be dangerous things, while domestic animals⁹ are dangerous only if they exhibit some dangerous properties (Bukovac Puvača, 2009: 232). It is thus taken that “the dog without the supervision and control of the owner that moves on a public road is a dangerous thing, and the defendant, as a dog owner, is liable for damage under the objective criterion because according to the provisions of Article 1045 para. 3 ORA concerning damage from things which entails an increased risk of

moventes, which once used to include slaves). (Gavella *et. al.*, 2007: 70).

⁵ Kazneni zakon Republike Hrvatske (Criminal Code of the Republic of Croatia), *Narodne novine* Republike Hrvatske, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, hereinafter referred to as the CC.

⁶ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Reichsgesetzblatt 1896, hereinafter referred to as the BGB.

⁷ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), *JGS*, No. 946/1811, hereinafter referred to as the ABGB.

⁸ Art. 4 para. 1 point 4 of the Animal Protection Act (APA) determines wild animals as all animals other than domestic animals, pets, official animals and working animals.

⁹ Art. 4 para. 1 point 6 APA determines domestic animals as animals that have been tamed and bred by man and used for production of food, animal feed and by-products of animal origin not intended for human consumption and other economic purposes.

damage to the environment, liability for damage exists regardless of the use of that thing"¹⁰,¹¹.

3. Compensation for damage caused by the death of an animal or injury to animal integrity

Determining the concept and status of an animal opens up questions about liability for damage and reimbursement of damages. In that sense, we can provide guidelines for regulating two issues pertaining to liability for damage caused by the death of an animal or injury to animal integrity. These are issues of compensation for affective value and compensation for non-material damage.

3.1. Compensation for affective value of an animal

Affection value is a special subjective value of things that can not be estimated by objective criteria. When a court assesses an affective value, the only value that is taken into account is the value that particular thing has for a given person, regardless of its market value and regardless of its connection with other persons (Klarić, Vedriš, 2006: 89). In this respect, it should be noted that Article 1089 of the ORA states that the court may determine the amount of reimbursement according to the value that the thing has for the plaintiff when the thing is destroyed or damaged by a criminal offense committed intentionally (Art. 1089 para. 4 ORA).

Thus, the Supreme Court of the Republic of Croatia states that "the application of this criterion determines and aims to determine the loss that the plaintiff is suffering due to the special circumstances for him and his property, and because of which the damage of a dog's loss for him is not a loss as for any other person". The Supreme Court of the Republic of Croatia also noted that "this loss is considered to have a subjective value to him (the owner), which is to be taken into account when determining the compensation for damage ... According to the position of the legal theory, the subjective value of the damaged thing implies either that it constitutes an economic entity with other things that belonging to the plaintiff or the plaintiff or that plaintiff is emotionally attached to the

¹⁰ Odluka Općinskog suda Republike Hrvatske u Varaždinu (Decision of the County Court in Varaždin) Gž 2035/2017-2.

¹¹ However, the Supreme Court of the Republic of Croatia points out that the fact that an animal (specifically a dog) is a dangerous thing is not absolute and depends on factual findings relating to the characteristics of a dog (his breed and its characteristics); thus, liability is determined with the regard to the dog supervision by the owner, but also with regard to behavior of the injured. Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske (Decision of Supreme Court of the Republic of Croatia) Rev 1569/2011.

thing”¹². The compensation is determined according to the value (price) that the thing has for the owner at the time of making the first-instance court decision (Crnić, 2006: 820).

3.2. Compensation for non-material damage in case of the animal was killed

Article 1101 of the ORA determines who is entitled to a fair monetary compensation in the case of death or particularly serious disability of a person. These are close family members (spouses, children and parents) and the wider family members (brothers, sisters, grandparents, grandchildren, and extramarital partners) if there was a more permanent community of life between them and the deceased (Article 1101 ORA). The ORA does not mention animals, so the question arises whether the animal owner has the right to compensation for non-material damage in case of the animal was killed, especially if the owner was emotionally tied to the animal.

The County Court in Varaždin took an interesting stand on the issue of violation of personality rights. In the case where the defendant killed a cat owned by a juvenile plaintiff, who was present during the act, the court dismissed the juvenile plaintiff ‘s claim in the part concerning the non-material damage compensation for the loss of the pet with which he was extremely emotionally involved and for the shock and the stress of observing the scene. The Court took the position, commonly purported in Croatian legal theory and practice, that the animal is a thing and that “the law does not prescribe the possibility of compensation for non-material damage due to damage caused to someone’s thing, which is the subject matter of the plaintiff’s claim in this proceeding, but that such right is prescribed only in the case of death of persons, not the animals, even if they were pets”¹³. In this particular case, the court correctly applied the provisions of substantive law to the established facts. However, in this case, there is a prominent lack of *de lege lata* legislation that animals are exclusively considered to be things, for the loss of which there is no right to compensation for non-material damage.

It can also be emphasized that the formulation of the Court in the present case is doubtful in regards to the violation of personality rights. The Court stated in the cited ruling that “in order for the plaintiff to be entitled to a fair monetary compensation for the non-material damage due to the violation of the personality right, which the plaintiff is seeking in this proceeding, the harmful action must be directed towards him, that is, only the person to whom the harmful action is

¹² Decision of Supreme Court of the Republic of Croatia Rev 759/1992.

¹³ Decision of County Court in Varaždin Gž-1113/12-2.

directed has the right to compensation for non-material damage for violation of the personality right"¹⁴. Such an attitude of judicial practice may be criticized in view of the logical inconsistency it entails. Namely, the consequence of wording that "only the person to whom the harmful action is directed has the right to compensation for non-material damage for violation of the personality right" is that no person (close and wider family members) from the cited Article 1101 ORA would be entitled to compensation for non-material damage on the grounds of death or serious disability of a family member because it is not the person to whom the harmful action is directed. The *ratio legis* of the cited ORA provision on the protection of the personality rights is that the close and wider family members are entitled to protect their personality right (right to mental health), which was infringed by the violation of the personality rights of a relative (Klarić, Vedriš, 2006: 105). In fact, it is the *de lege lata* regulation, under which animals are exclusively considered to be things (for whose loss there is no right to compensation for non-material damage), that constitutes an incentive for the legislator to regulate personality rights *de lege ferenda* by enabling persons to recover non-material damages for violation of the right to mental health for death or injury to animals owned by them¹⁵.

In this respect, it is necessary to recall the articles of the German and Austrian civil codes. If an animal is not a thing, then it is not uncommon for a human being to have emotions toward an animal. Therefore, the focus should be on emotions as a part of human personality, because it is highly unlikely to expect that the legislator would envisage an animal as part of a close family. Thus, the Croatian legislator should explicitly regulate the issue of the legal status of animals in line with the civil law of Germany and Austria.

These are certainly controversial issues that will necessarily be the subject of consideration of the civil law doctrine and jurisprudence. If a person is strongly related to his/her domestic animal or pet, does the act of causing death injury to the animal (of another) constitute a violation of one's personality rights? In

¹⁴ Decision of County Court in Varaždin Gž-1113/12-2.

¹⁵ In Article 19 ORA, the Croatian legislator lists the personality rights of natural and legal persons (life, physical and mental health, reputation, honor, dignity, name, privacy of personal and family life, liberty, etc.). Quite properly, the legislator has left the list of personality rights open and inconclusive. In the theory of personality rights, it is emphasized that personality rights are "in the process of creation". The scope of personality rights on the list largely depends on the development of culture and the legal consciousness of society. A new personality right can be added to this list when its content and boundaries are determined by court practice. (Klarić, Vedriš, 2006: 106).

that case, emotions to the other human being exist as part of human personality and such an act surely violates the right to mental health¹⁶.

Also, it is not difficult to imagine a situation where a person kills an animal owned by another person animal (e.g. a purebred dog). In such a situation, the plaintiff could easily claim compensation in the form of a natural restitution,¹⁷ where the defendant would have to redress the plaintiff by providing the “thing” of the same or similar characteristic, or simply another dog of the same breed and quality. If the animal’s status is reduced to just being an object (thing), then such a claim is legally founded. Yet, the question is whether the animal is only a generic (replaceable) thing,¹⁸ or a unique (irreplaceable) *species*¹⁹. In the latter case, can the claim for natural restitution be cumulated with the claim for compensation of the affection value? According to the Article 1089 para. 4 ORA, cumulation of natural restitution and payment of the affection price is not excluded²⁰. Certainly, the court decision in such and similar cases should depend on establishing the substantive facts and examining the merits of each case. Although it would be difficult to establish the merit of a claim for payment of the

¹⁶The right to mental integrity is one of the rights that fall into the scope of personality rights. Although the ORA does not mention the right to mental integrity, the ORA recognizes and protects that personal right under a slightly different name. The question is whether the right to mental integrity and the right to mental health are synonymous or different terms. In this context, the concept of health is not to be understood as the absence of disease, but in a broader sense. The right to mental health will not be violated only in cases where the injured party is mentally ill or mentally impaired, but also in situations where there has been any negative change in his mental sphere due to harmful action. (Nikšić, 2006: 209-210).

¹⁷Here it should be noted that the obligation of restitution is one of the principles in the Croatian law of obligation, which implies that the damage is primarily repaired in the form of a natural restitution. (Klarić, Vedriš, 2006: 628).

¹⁸Replaceable things are those that are determined by type, gender, number, size, etc. They are also referred as *generic* things, emphasizing that in legal transactions it is pointless to make a distinction between certain things within the species. Irreplaceable things are those that appears in the legal transactions as a strictly specific and unique; they are also called a *species*. In case the issue is raised whether something may be objectively determined as a replacable or irreplaceable thing, the legal transaction criterion is the natural quality of the thing, but the will of the person involved is also taken into consideration (Klarić, Vedriš, 2006: 78).

¹⁹In order for a thing to be individually determined (the *species*), it must be individualized in the sense that it differs from other things; whereas the way of individualization is, in principle, irrelevant, it is important that individualization is accomplished to a sufficient extent. This does not mean that the object of real rights could not be a thing which falls into category of generic things, but it means that this thing has to be individualized so much that it differs from other things of the same genus. (Gavella *et al.*, 2007: 69).

²⁰The forms of compensation for damage envisaged in Article 1089 ORA are not mutually exclusive but can be cumulated. (Crnić, 2006: 798).

affection price for the loss of the generic thing, this could not be excluded in the case where the plaintiff (who is involved in breeding dogs) requires a dog of the same breed and quality²¹ (e.g. international champion with excellent breeding ratings) but also seek non-pecuniary damages (affection price) for losing the pet which he was emotionally attached to.

4. Conclusion

Considering the scope of regulation of human and animal relations, today we can talk about the animal law as a special branch of law. The prevailing perception in domestic and international legal theory and practice is that animals are considered as legal objects or things. However, legal systems guarantee animals the protection of their lives, health and well-being as protected legal rights. Determining the concept and status of an animal opens up certain controversial questions regarding the compensation of material and non-material damage in cases involving the killing of animals or injuring an animal integrity, as well as the reimbursement of affection price. Thus, the Supreme Court of the Republic of Croatia states that the loss of the dog has subjective value for the dog owner, which has to be taken into account in determining the compensation for damage. The compensation is determined according to the value (prices) that the thing has for the owner at the time of making the first-instance decision. Art. 1101 ORA determines who is entitled to a fair monetary compensation in the event of death or serious disability of a person. It is about the members of the closer and wider family if there is a more permanent community of life between them and the deceased or the injured person. The ORA does not mention animals, so the question is whether the animal owner has the right to compensation for non-material damage when the animal was killed, especially if he was emotionally attached to the animal. The common stance in Croatian legal theory and practice is that the animal is a thing and that the law does not prescribe the possibility of compensation for non-material damage for damage caused to a property, even if it were pets. This indicates of a lack of *de lege lata* regulation which animals are exclusively considered to be things and for whose loss there is no right to compensation for non-material damage. In this regard, the legislator should be encouraged to regulate the personality rights *de lege ferenda* by enabling natural persons to claim non-material damages for violation of the right to mental health due to the death or injury of the animals in their possession. Also, the Croatian legislator should explicitly regulate the legal status of the animal in line with the civil law of Germany and Austria. It can be asked whether the animal is a generic thing or a *species*. Depending on this status, the question is raised

²¹This form of generic restitution implies giving other replaceable things of the same kind and quality (Klarić, Vedriš, 2006: 628).

about the possibility of cumulation of the claims for natural restitution and the payment of the affection price in the case the animal is slaughtered. According to Article 1089 para 4 ORA, cumulation of natural restitution and payment of the affection price is not excluded. The court decision in such cases should depend on establishing the factual ground and examining the merits each specific case.

References

Nikšić, S. (2006). Povreda prava na duševni integritet, u: *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, Zagreb: Narodne novine. 207-236.

Bukovac Puvača, M. (2009). „Sive zone“ izvanugovorne odgovornosti – područja moguće primjene pravila o odgovornosti na temelju krivnje i objektivne odgovornosti za štetu. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. No. 1, 221-243.

Crnić, I. (2006). *Zakon o obveznim odnosima, Napomene, komentari, sudska praksa i prilozi*. Zagreb: Organizator.

Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z. (2007). *Stvarno pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Klarić, P., Vedriš, M. (2006). *Građansko pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Mišić-Radanović, N., Mršić, G., Popović, M. (2015). Naknada štete za povrijeđenu ili usmrćenu životinju – prikaz slučaja, *Veterinarska stanica*. No. 5, 395-402

Nedić, T. (2018). Pravni sustav zaštite životinja, zdravlja i dobrobiti životinja – bioetički pristup u pravnom okviru, *Socijalna ekologija: časopis za ekološku misao i socijologijska istraživanja okoline*. No. 1, 71-94.

Stojanović, N. (2017). *Pravo životinja*. Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

Visković, N. (1993). Angloamerički Animal Law, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. No. 2, 457-465.

Vrban, D. (2003). *Država i pravo*. Zagreb: Golden Marketing.

Legal documents

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch-ABGB (Austrian General Civil Code), *JGS*, No. 946 (1811).

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (German Civil Code), Reichsgesetzblatt 1896

Kazneni zakon Republike Hrvatske (Criminal Code of Republic of Croatia), *Narodne novine* Republike Hrvatske br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017.

Zakon o obveznim odnosima (Obligation Relations Act), *Narodne novine* Republike Hrvatske br. 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018.

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Ownership and Other Real Rights Act), *Narodne novine* Republike Hrvatske br. 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 73/2000, 129/2000, 114/2001, 79/2006, 146/2008, 38/2009, 143/2012, 152/2014, 81/2015, 94/2017.

Zakon o zaštiti životinja (Animal Protection Act), *Narodne novine* Republike Hrvatske br. 102/2017.

Case law

Odluka Općinskog suda Republike Hrvatske u Varaždinu (Decision of the County Court in Varaždin) Gž 2035/2017-2, (2017).

Odluka Općinskog suda Republike Hrvatske u Varaždinu (Decision of the County Court in Varaždin) Gž-1113/12-2, (2012).

Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske (Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia) Rev 1569/2011-2, (2015).

Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske (Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia) Rev 759/1992, (1992).

Doc. dr. sc. Davorin Pichler,
Pravni fakultet u Osijeku,
Sveučilište J. J. Strossmayera u
Osijeku, Republika Hrvatska,

Tomislav Nedić, mag.iur.
Asistent (doktorand),
Centar za integrativnu bioetiku Sveučilišta
J.J. Strossmayera u Osijeku
Akademija za umjetnost i kulturu
Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku
Osijek, Republika Hrvatska

NAJVAŽNIJI GRAĐANSKOPRAVNI ASPEKTI ODNOSA ČOVJEKA I ŽIVOTINJE U HRVATSKOM PRAVU

Rezime

Danas možemo govoriti o pravu životinja kao o posebnoj grani prava. U radu se naglašavaju aspekti onog dijela pravnog poretka koji uređuje privatnopravne odnose između ljudi u relaciji s životinjama. Najsporniji aspekti građanskopravnog uređenja odnosa čovjeka i životinje odnose se na pitanja statusa životinje u pravu i naknade materijalne i nematerijalne štete, odnosno povrede prava osobnosti. Analizirati će se komparativna uređenja statusa životinje u kontinentalnoeuropskim pravnim sustavima. Navode se i recentne sudske odluke koje sadrže zaključke koji su dvojbeni u odnosu na povredu prava osobnosti. Analitička i kritička obrada teorijske i pragmatične koncepcije građanskopravnog uređenja određenih aspekata u odnosima čovjeka i životinje pokušati će rezultirati smjernicama i eventualnim rješenjima *de lege ferenda*.

Ključne riječi: stvar, životinja, afekcijska cijena, prava osobnosti, neimovinska šteta.

**МЕЂУНАРОДНО ПРАВО И НОВИ СВЕТСКИ
ПОРЕДАК**



**INTERNATIONAL LAW AND NEW WORLD
ORDER**

Prof. Jerzy Jaskiernia, LL.D.*

Full Professor,

Dean of the Department of Law and Social Sciences,

Jan Kochanowski University in Kielce, Poland

Kamil Spryszak, LL.D.**

Assistant Professor,

Department of the Law and Social Sciences,

Jan Kochanowski University in Kielce, Poland.

UDK: 327(4)

MULTIDISCIPLINARY APPROACH TO THE ANALYSIS OF SECURITY IN EUROPE

Abstract: *The authors offer a multidisciplinary approach to the analysis of security in Europe. After the Cold War, gradual yet profound changes ensued in the international security environment, and thus in the way it is perceived. With the end of East-West confrontation that defined the previous order, the hitherto most serious dangers associated with the threat of traditionally understood armed aggression were replaced in the hierarchy of threats to the stability of international system (especially of Western states) by other phenomena, either new or previously “underestimated” as sources of danger. European security is a multidimensional issue. While military aspects play the crucial role, new challenges to European security have been identified. One of those is connected with the internal situation of the states. In the 21st century, challenges to both the security and human rights have been multiple so far. The Council of Europe has developed the conception of building the so-called “democratic security”. It exposes the need for creating, through “democratic engineering”, mutual understanding between citizens and governments based on democracy, the rule of law, and protection of human rights. In their analysis, the authors elaborate on several security dimensions: military security, economic security, democratic security, information security, cyber security, energy security, environmental security, and food safety.*

* Full Professor of law, Dean of the Department of Law and Social Sciences at the Jan Kochanowski University in Kielce, Poland; Chair of Constitutional, European and International Public Law, Member of the Political Science Committee of the Polish Academy of Sciences; Vice President of the Board of the Polish Constitutional Law Association; ORCID ID: 0000-0001-9401-5999.

** Doctor of law, Assistant professor, Department of Law and Social Sciences at the Jan Kochanowski University in Kielce, Poland; ORCID ID: 0000-0002-3318-3742.

Keywords: *Europe, international security, threats, multidisciplinary approach, Council of Europe, military security, economic security, democratic security, information security, cyber security, energy security, environmental security, food safety.*

1. Introduction

After the Cold War, gradual yet profound changes ensued in the international security environment, and thus in the way it is perceived. With the end of East-West confrontation that defined the previous order, the hitherto most serious dangers associated with the threat of traditionally understood armed aggression were replaced in the hierarchy of threats to the stability of international system (especially of Western states) by other phenomena, either new or previously "underestimated" as sources of danger. These threats included terrorism, particularly transnational. Even though it was not a phenomenon created in post-Cold War reality, it was only then that it actually began to be perceived as a significant challenge to the security of countries and the international system (Madej, 2011: 339). It has opened the way to new conception of European security (Deighton, 2000: 53).

European security is a multidimensional issue. Military aspects play the crucial role but, after an end of Cold War, new challenges to European security were identified. One of those is connected with the internal situation of the states. The Council of Europe (CoE) stresses a necessity to build democratic cohesion in Member States. It also developed a conception of building the so-called "democratic security", which implies the need for creating, through "democratic engineering", a mutual understanding between citizens and governments based on democracy, the rule of law, and protection of human rights. It is also called "human security" (Homan, 2008:80). Permanent European security would not be established without such a stabilization and peaceful conflict resolution.

Traditional notions of security are premised on the primacy of state security. In relation to energy security, traditional policy thinking has focused on ensuring supply without much emphasis on socio-economic and environmental impacts. Non-traditional security (NTS) scholars argue that threats to human security have become increasingly prominent since the end of the Cold War, and that it is thus critical to adopt a holistic and multidisciplinary approach to addressing the rising energy needs (Rethinking Energy, 2012).

Safety Science was established at Delft University of Technology (DUT) in 1978, based on an interdisciplinarity, problem-oriented and systemic approach. As such, it is no different from other scientific objects of research regarding the health, environment and security of integral human beings. Its development

as a general scientific activity faced fundamental differences between the application domains and orientation of social and technical disciplines at a methodological level. Shifting from a discipline-oriented to the problem-oriented approach in a systemic context did not fully succeed in creating the hoped-for synthesis between technical, social and design domains. Problem solving, based on engineering design principles, remained underexposed due to underlying specific but implicitly paradigmatic differences. A move to safety as a scientific activity in general requires a paradigm shift (Stoop, *et al.* 2017: 113).

The purpose of this paper is to show the complexity of the contemporary security. In such circumstances, the multidisciplinary approach is necessary to expose different determinants of security upon the new challenges.

2. Military Security Approach

Military security was considered during the Cold War as a most important determinant of security, including an European security (Dean, 1987:22). However, since the end of the Cold War, determinants of European security have changed and it is necessary to include also another determinants (Security, Strategy, 2015).

The differentiation between internal and external security, and between police and military, has been a core principle of the modern nation state. However, a distinctive feature of the security landscape of the post-Cold War era is that the dividing line between internal and external security has become increasingly blurred, as a consequence, *inter alia*, of the emergence of a growing number of transnational risks and challenges. The main argument advanced in that context is that the post-Cold War period has witnessed not only the emergence of challenges which defy the distinction between internal and external security, but also the ascendance of agencies which are located between internal and external security forces (Lutterbeck, 2004: 65). Not only military but also political dimension start to be an important element of states' security (Madej, 2010: 68).

Behind this development, military security, determined by the balance of power and effective deterrence, still remains a crucial factor of security. It includes technical military equipment, operation skills and preparedness of armed forces (Libel, 2016:26). During the evolution, the military alliances as a whole (e.g. NATO) and armed forces of particular states (Sarotte, 2001:81) are to accommodate to the post-Cold War situation. The practice of defense security cooperation must be directed by carefully considered military strategy, and effectively linked with other military activities and policies in support of that strategy (Ross, 2016:102).

The NATO faces a wide range of multidirectional and multitargeted military and non-military security risks, terrorist actions being surprising, extremely violent and often unpredictable: assassinations, abductions, firings, attacks with conventional ammunition or improvised explosive devices, suicide bombings, hijackings, cyber attacks, attack and occupation by force of strategic objectives, sabotages, etc. The use of asymmetric combat methods is not limited to official war zones, in recent years military or public persons of NATO states becoming frequently targets. Regardless of the reasons for which these actions take place, hybrid threats must find an echo not only in a defense strategy but also in prevention and countermeasures. The NATO must adapt continuously to respond promptly to the new challenges of terrorism expansion, which does not recognize or consider state boundaries, national laws or public interest (Zeheru, 2015: 39).

In the peace time, military and security forces play an important role in the peace-building missions and observations (Clarke, 2005:43). In contemporary missions, soldiers often face unconventional opponents rather than enemy armies (Friesendorf, 2018:26). The end of the Cold War, globalization, and the new global security paradigm following the 9/11 attacks have seen a rapid increase in arms production and producers across different geographic regions, as well as the growth of private security enterprises in areas that were previously primarily state-controlled. The key dimensions of international markets in military and security assistance include conventional weapons and ammunition, related services such as training and maintenance and the provision of personnel and other services via private military and security companies. These are particularly relevant to fragile and conflict-affected contexts, given the demand that emanates from these contexts for the equipment and services international markets in military and security assistance offer. Some entry points have shown the need for the international community to mitigate the potential risks posed by international markets in mil/sec assistance to conflict and fragility, beginning with options for developing and consolidating the existing regulatory frameworks, linking controls on markets for equipment and services and then broadening out to link with other issue areas such as governance, peacebuilding and statebuilding (Isbister, Donnelly, 2012: 12).

Since the end of the Cold War, there has been a developing trend of thinking in terms of 'civil-military relations' towards 'security sector governance'. It brings about transformation of the principle of civilian control by taking into account its new relevance in international affairs (Lambert, 2011:157).

Global military security, just as globalization itself, is in an ample process of searching for some viable and sustainable solutions so as: to involve all worlds' states and their resources as much possible; to assure the achievement of all

countries' interests, as parts of global interests; to guarantee everybody's security as components of global security. Essentially, the future security strategies will bear the mark of globalization process and will be characterized by an extreme dynamism, punctual convergence regarding the objectives and resources, and will be defining for the long term evolution of security environment and war's physiognomy (Eparu, 2012:87).

"The Supply Side of Security" conceptualizes military alliances as contracts for exchanging goods and services. At the international level, the market for these contracts is shaped by how many countries can supply security. It identifies the supply of policy concessions and military commitments as the main factors that explain the bargaining power of a state in a potential or existing alliance (Kim, 2017:34).

Recent decades have seen an increasing reliance on private military contractors (PMCs) to provide logistical services, training, maintenance, and combat troops (Eckert, 2016:49). Governments, especially in the West, are undertaking an unprecedented wave of demilitarisation and military budget cuts. Simultaneously, these same governments are increasingly opening their armies up to foreign nationals and outsourcing military operations to private companies (Varin, 2015:32). Since the late 1980s, governments have increasingly relied on the services of private military and security companies (PMSCs) in attaining their defense and foreign-policy objectives. States with advanced armed forces (notably, the US and UK, but also many others) have seen the outsourcing of various support functions, such as logistics or communications, as a way of cutting costs. Conversely, states with weak militaries (for example, Croatia at the time of the break-up of Yugoslavia and Angola during the civil war) have used PMSCs to boost their actual war-fighting capabilities. More recently, international organizations and non-governmental organizations have also turned to PMSCs, largely to ensure the safety of their humanitarian operations in conflict zones (Liivoja, 2012: 1026). These states have also adopted 'integrated approaches' to their policy interventions, contributing to the emergence of an "aid and security market" (Tzifakis, Huliaras, 2015:73).

Private military and security companies (PMCs/PSCs) operate in situations of armed conflict, involving a change in the nature of their activities, which are now increasingly close to the heart of military operations and which often put them in close proximity to persons protected by international humanitarian law (Tonkin, 2011: 32). Despite its controversial nature, the private military and security industry (PMSI) has achieved sufficient legitimacy since the end of the Cold War to account at times for the majority of military personnel deployed in Afghanistan (2001) (Baum, Mcgahan, 2013:35) and Iraq (2003) (Fitzsimmons,

2016:32) and their engagement in Africa (Baker, Gumedze, 2007:5). Private military and security companies (PMSCs) have been gaining increasing media and scholarly attention (Fahn, Hadjer, 2015:224).

The work of private military and security contractors is extremely controversial from the point of view of international law and of practice. Sometimes, there are doubts as to whether some of their activities should be considered legal activities or illegal mercenarism. Like any other entities using force, they can violate human rights as well as international humanitarian law. They provide their services to, amongst others, states and intergovernmental organizations, including the UN. This requires a precise definition of the rules under which such contractors operate, both with regard to the law of treaties and the domestic law of the entities using their services. A question also arises as to whether there is any legal limit to their services being used by intergovernmental organizations, i.e. entities deriving their competences from the will of their member states (Karska, Karski, 2014:402).

It is often asserted that there is a vacuum in the law when it comes to their operations (Ghazi Anaby, 2016: 23). In situations of armed conflict, however, there is a body of law that regulates both the activities of the staff of PMCs/PSCs and the responsibilities of the states that hire them. Moreover, other states also have a role to play in promoting respect for international humanitarian law by such companies (Gillard, 2006:569).

With governments increasingly contracting private military and security companies (PMSCs) to perform military and police-related tasks, international relations scholars have made attempts to better understand PMSCs and to investigate the reasons for the boom of private security. Rather than focusing on the services these companies offer, which has been a common approach, they offer an identity-based explanation for their surge. PMSCs eclectically assume identities related to the military, business managers and humanitarians, independent of the services they perform, their market segment or their location on the battlefield. Although companies are heterogeneous, they also appear increasingly homogeneous because they incorporate a similar set of identities. On the one hand, this enables PMSCs to adapt to any context, client or employee; on the other hand, it has constitutive qualities, contributing to an important source of power for the respective companies. These multiple identities contribute to establishing a norm of what a superior security provider should look like (Joachim, Schneiker, 2014:5).

Private security and military companies have become a ubiquitous part of modern armed conflict and post-conflict reconstruction. Their diverse clients include governments in the developed and developing world alike, non-state

belligerents, international corporations, non-governmental organizations, the United Nations, and private individuals. Private military and security companies increasingly perform services for the UN. Their participation influences the planning and implementation of UN peacekeeping. By performing tasks such as protective security, security training, peacekeeper training, counselling and intelligence, private companies influence both the epistemological and operational dynamics of peacekeeping. It not only diffuses authority over peacekeeping into the commercial market but also frequently entails a very low degree of transparency (Østensen, 2013: 46).

The implications of this proliferation of private security and military companies for international humanitarian law and human rights are only beginning to be appreciated as potential violations and misconduct by their employees have come to light in Iraq and Afghanistan. They are risks posed by private military and security company activity with respect to violations of international humanitarian law and human rights, together with the incentives that these companies have to comply with those norms. A multidisciplinary approach is necessary (including law, international relations theory, criminology, economics, corporate strategy and political economy, as well as psychology and sociology) to analyze the competing “risk-factors” and “compliance levers” that interact at each level of private military and security company activity to enhance or reduce the likelihood of a violation occurring (Perrin, 2006:613-636).

After 15 years of war in Afghanistan and Iraq, many now see ‘small-footprint’ security force assistance (SFA), which has been training, advising and equipping allied militaries, as an alternative to large US ground-force commitments. The studies find important limitations on SFA’s military utility, stemming from agency problems arising from systematic interest misalignment between the US and its typical partners. SFA’s achievable upper bound is modest and attainable only if US policy is intrusive and conditional, which it rarely is. For SFA, small footprints will usually mean small payoffs (Biddle, Macdonald, Baker, 2018:139).

3. Economic Security Approach

In modern conditions, we witness the growing problems of security in the world. This applies to all countries without exception, including those in Europe. This situation leads to the need to take active measures in the field of national security. One of its most important components is the military security. It is based on the development of economic opportunities. Therefore, it requires the development and improvement of the economic mechanism ensuring the military security (Plotnikov, Tselykovskik, Kurbanov, 2015:133).

Nowadays, more than ever, economic relations between states are the ones that define the general character of the relations between them and establish economic security as a concept which cannot be neglected anymore. Globalization, the process that shapes the international environment, undermines the old definition of economic security and forces its redefinition (Andruseac, 2015: 232-240).

Initially an attribute of the state carrying a single meaning, namely the lack of military conflict, the notion of "security" has evolved in time from its traditional significance, where the emphasis was on the military dimension, to the conflict arising among countries and threats against state borders, up to the modern sense, where several other dimensions (economic, social, political, environmental, etc.) are taken into consideration. The problem concerning security is not to be mistaken with the state's normal functioning along these dimensions, but it exclusively refers to those threats which, within the limits of the abovementioned dimensions, jeopardize the existence of the state itself. The connections between economy and security, in the context of a multicultural international background, generate important aspects. The complexity of economic security comes from the implications of a multitude of processes and economic, social and financial phenomena, and as a result of globalization, seen both as a process as well as a phenomenon which interacts systematically and continuously with national economy. Its dynamics owes to the frantic rhythm of economic processes and phenomena which appear at national and global levels alike (Rotaru, 2009:56).

The multifaceted and interdependent nature of changes in modern socio-economic system causes a need for the formation and implementation of the institutional approach in complex security economic problems solution. In modern conditions, the process of economy reforming actively manifests itself in the need to ensure the vital interests of the society, the balanced condition of economy, and dynamic socio-economic development. The urgency of the economic security problem and, accordingly, its institutional ensuring set of measures depend on the level of national economy development (Grigoreva, Garifova, 2015: 271).

The economic security could be considered particularly at the global level under globalization and crises happening. Having knowledge about global crises and history of their appearance makes it becomes possible to develop universal mechanism of estimation and control of economic security, and consider this term not at the domestic level but only at the global one (Kharlamova, 2013: 8).

Some analytics define economic security as a country's ability to redistribute incomes through a strong governance structure by practicing the rule of law,

eliminating corruption and a government that acts as a facilitator by formulating effective fiscal and monetary policy and regulation (Mamoon, 2010: 591).

Globalization has undermined the traditional definition of economic security that centered on economic vulnerability to other states. At the same time, globalization has produced a redefinition of economic security in light of the risks posed by cross-border networks of non-state actors and by the economic volatility of the new global environment. However, the relationship between economic globalization and undesirable economic and political outcomes must be specified precisely and assessed carefully. Judgements about economic security must weigh the effects of increased volatility introduced by globalization against the benefits of improved economic performance in the longer run. Institutions can offset economic insecurity through the provision of insurance, shoring up policy credibility, and guiding adaptation to the new environment. National institutions will remain central to the provision of economic security under globalization conditions. Regional and global institutions can complement one another (and national institutions) in their alleviation of the new economic insecurity. Although some regional institutions drifted in the wake of the Asian financial crisis, new regional alternatives have emerged that promise to stake out new modalities of economic security (Kahler, 2004:499).

Migration has always accompanied the evolution of humanity. Nowadays, considering the global dynamics, it has acquired new meanings, new dimensions and, obviously, its importance should be reassessed. In these circumstances, understanding migration requires deepening the research of its implications to the destination societies and an integrated, multidisciplinary approach. A long period migration was investigated from a historical, sociological or humanitarian perspective. However, the global economic integration, the dynamics of international interests and the flexibility of the new economic mechanisms have brought to attention the relation between migration and economy. Therefore, combining economic, social and strategic approaches, the theoretical and scientific view on migration establishes new areas of study, new socio-economic theories (Carmanasan, 2012:136-146).

In the context of the growing significance of economics in national security, a high level of importance should be ascribed to economic security policy (ESP), which is an important factor of impact on the state and its functions. The effectiveness and efficiency in which national security is shaped depends on how policies are conducted in economic security (Jażwiński, 2014:389).

The interstate military conflict and security alliances, as two central features of interstate security relations, often change both government policies toward international business and investor expectations of political risk. From the

perspectives of both states and investors, military conflict should reduce bilateral investment whereas security alliances increase it (Li, Vashilko, 2010: 765).

4. Democratic Security Approach

Today, the European continent is facing a democratic crisis and fresh impetus is required to enhance democratic security. As the most comprehensive pan-European organisation, the Council of Europe is uniquely placed to play a substantial role in this regard, thanks both to its specific mandate and its vast expertise in the field.

The Council of Europe (CoE) stresses a necessity to build democratic cohesion in member states (Pinto I, 1996:41-42). In the 21st century, challenges concerning both the security and human rights have been multiple so far (Steuer, 2016:271). The CoE developed a conception of building the so-called "democratic security" (Furrer, Gützkow, 1996:27-28). The Council of Europe first put the pursuit of democratic security front and centre in its Vienna Declaration, the concluding document of the Summit of heads of state and government in 1993. The concept of democratic security was issued in the wake of the Cold War (Pinto II, 1996:12), as a means to secure peace and prosperity in European countries newly freed from communist oppression (Tarschys, 1997:5). The "abberations" such as "territorial ambitions, the resurgence of aggressive nationalism, the perpetuation of spheres of influence, intolerance or totalitarian ideologies", would not be allowed to destroy the immense hope that Europe represented in 1993 (Tarschys, 1994:6). Instead, a shared commitment to human rights, democracy and the rule of law would pave the way to convergence, the creation of a shared legal space, and the 47 CoE member states that we have today, all of which have ratified the European Convention on Human Rights (ECHR) – ETS nr 005 (Greer, Gerards, Slowe, 2018:43). The Council of Europe has supported the member states, especially in Central and Eastern Europe (Jaskiernia, 2015:19), in the process of building democratic institutions (Assistance to Development, 1994).

The idea of a democratic security also emerged in the OSCE documents (Glover, 1997:556). Especially the Charter of European Security, adopted at the Istanbul Summit (1999), exposed idea of "complex security", including such aspects as: human, economic, political and military security, treated as "indispensable unity" (Ghebali, 2000:25).

Creating the conception of the strategy of the Treaty during the North Atlantic Council meeting in Washington, D.C. (April, 1999), the NATO also stated that actually there is a small probability of conventional arms conflict in Europe, but a lack of stability arises from ethnic and religious tensions, human rights

abuses, etc. (Woodliffe, 1998:177; Webber, 2011: 141; Duffield, 1994:765; Epstein, 2005:101).

In such a situation, an improvement of instruments of “democratic engineering” and “democratic security”, offered by the international organizations, e.g. CoE (Pratchett, Lowndes, 2004:67), OSCE (Tesar, 1997:94), EU (Deighton, 2000:52), which may ease ethnic, national and religious tensions, might be an important element in the process of building the lasting European Security (Jaskiernia, 2018:222). But, democratic security was – and remains – not just a lofty sentiment: it is a structured approach. It was built on five key pillars: an efficient and independent judiciary; freedom of expression; freedom of assembly and association; the efficient functioning of democratic institutions, including fighting corruption; and the construction of an inclusive society and democratic citizenship (Jaskiernia, 2014:17). It is no secret that these pillars are now under attack, both in Europe and beyond. Pockets of extreme nationalism and populism (on the one hand) and corruption and mismanagement (on the other) are real, live challenges. But our values endure and our standards and instruments are the means by which we can both quantify the challenges and tackle them. This is the starting point for sharing democratic security more widely. The Council of Europe approach can be captured in three broad streams of work. First, we have worked with individual countries to create a common legal space. Second, we have provided help where it was sought to shape democratic institutions, including a well-functioning judiciary. And third, we have fostered regional dialogue as a way to deepen our common understanding of cross-border human rights issues and the best ways in which to address them (Battabi-Dragoni, 2018; Jaskiernia, 2019:154).

The Democratic Peace Theory notes the reduced incidence of war between democracies. The emerging field of Democratic Security Studies is motivated by this finding, yet the field’s future growth is contingent on a further finding that democracy reduces the incidence of war between democracies and non-democracies. If mechanisms within democracy cause democracies to less often go to war with each other, do these same mechanisms cause democracies to less often go to war with non-democracies? If so, the reduced incidence is likely caused by a mechanism internal to democracy (Molina, 2013:34).

In partnership with the Strasbourg-based National School of Administration (ENA), the Council of Europe organized a series of debates providing an intellectual framework to examine the challenges facing democratic security. Eminent personalities from politics, civil society and the academic world shared their views, and their contributions (Segardin, Venediktov, Kepel, Taubira, Yade, Lyon, Sznajder, Insel, Müller, Ischinger, Feldman, Wardle, Neumann, 2013:2).

5. Information security approach

Since the terrorist attacks on 9/11, business and industry have paid close attention to security within their own organizations. In fact, at no other time in modern history has business and industry been more concerned with security issues. A new concern for security measures to combat potential terrorism, sabotage, theft and disruption, which could bring any business to its knees, has swept the societies (Senneweld, 2013:29).

To work best, information security must be holistic and fit into a company seamlessly. The practice should take account of personnel security, user access control, network security and regulatory aspects. Holistic security should integrate technology, people and processes. Information security architecture is a concept that specialists have come up with to achieve this. It is a management process intertwined into the day-to-day business operations of a company. The big problem is that no standardized architecture exists. Different researchers and groups have tried their hand at defining a framework. Some focus on technical issues, while others focus on security policy. Some are merely methodologies that do not mention technological issues or the importance of a security culture. Information security architecture should make suggestions on how different controls can be synchronized. Implementing information security is a complex, time-consuming and costly process. Codes of practice for information security management indicate that information security is a multidisciplinary concept. All aspects regarding information security must be addressed in a well-structured and holistic manner, failure of which may result in information infrastructures that are far less secure, with far more frequent and damaging security breaches. Information security experts have responded to this demand for a holistic approach towards the implementation of information security by introducing the concept of information security architecture. The problem, however, is that no standardized, comprehensive information security architecture currently exists (Eloff, Eloff, 2005:10-16).

6. Cybersecurity approach

Over the last two decades, the Internet and more broadly cyberspace have had a tremendous impact on all parts of society. Governments across the world have started to develop cyber-security strategies and to consider cyberspace as an increasingly important international issue (Cyber Security, 2015).

The scale and dynamics of factors such as terrorism, including cyber-terrorism, cause the necessity to change the optics and to adopt actions to adequately address security issues in the given situation (Willa, 2010:227). Cyberterrorism has become one of the most significant threats to the national security (Bógdoł-

Brzezińska, Gawrycki, 2003:34) and international security of the modern state (Hoc, 2010:187). Some analysts say that “the first digital world war” has occurred (Bowden, 2011:16). Others suggest that mouse clicking may be seen as involvement in armed conflict (Lewandowski, 2013:198).

Cyberattacks are occurring with increased frequency. Not only does the Internet make it easier for terrorists to communicate, organize terrorist cells, share information, plan attacks, and recruit others, but it is also increasingly being used to commit cyberterrorist acts (Gerrcke, 2009). It is increasingly clear that the international community may ignore cyberreterrorism at its own peril. The primary security threat posed by the Internet is caused by an inherent weakness in the TCP/IP Protocol, which is the technology underlying the structure of the Internet and other similar networks. The underlying structure enables cyberterrorists to hack into one system and use that as a springboard for jumping onto any other network that is also based on the TCP/IP Protocol. Other threats to national and international security include direct attacks on the Internet as a free source of hacking tools. These threats will not be eradicated easily. In the absence of feasible prevention, deterrence of cyberterrorism may be the best alternative. Without a concerted effort at deterrence at least, cyberterrorism will continue to threaten national and international security. The most feasible way to accomplish deterrence is to prosecute cyberterrorists under the international law principle of universal jurisdiction (Gable, 2010:59). Cyberattacks are stealing priceless intellectual property and crucial military secrets from companies and governments around the globe (Segal, 2012:14).

The analysis of cyber-warfare calls for a multidisciplinary approach. It is necessary to analyze this phenomenon not only from a computer science perspective but also from the military, sociological, and scientific perspectives (Sharikian, Sharikian, Reuf, 2013:19). The recent proliferation of studies on terrorism has brought together scholars from different fields and different approaches to cover this phenomenon. As a result, economists, social and political scientists have developed theories, evidence and even particular jargon of their own. Bringing the authors of different expertise and backgrounds around the same table has showed how their individual perspectives can contribute to a broader understanding of the issue at stake (Understanding Terrorism, 2014).

Those risks dealing with cyberterrorists attacks should influence the way the Internet is governed (Knake, 2010:14). There is as important in the universal and regional scales and in particular countries as the institutional structure to combat international cyberterrorism. Threats to cybersecurity and cyberattacks respect no boundaries. For that reason, in the last couple of years, the European Union Agency for Cybersecurity (ENISA) has helped to bridge the

gap between the Computer Emergency Response Teams (CERTs) and the law enforcement communities. While the securing of digital evidence is ultimately a task and a responsibility of law enforcement, CERT staff can nevertheless contribute to that work by helping to preserve it, for example, during the detection of a cybercrime (Oleksiewicz, 2014:355)

A multi-disciplinary approach helps us learn how cyber-warfare has been performed in the past, why various actors rely on this new means of warfare, and what steps can be taken to prevent it.

7. Energy security approach

The impact of energy on global security and economy is clear and profound, and this is why energy security has become a source of concern to most countries in recent years. However, energy security means different things to different countries, depending on their geographic location, their endowment of resources, their strategic and economic conditions (Luft, Korin, 2009:46).

Energy is in the centre of the economic development of each country, setting into motion and fuelling factories, government buildings and offices, schools and hospitals, heating homes and keeping perishable foods cold. Its importance explains its complexity. Energy is a source of wealth and competition, a base for the political controversies and technological investments, and the core of the epochal challenges of our global environment. Energy is essential for a sustainable development. Security of supply is a priority for many countries. In this context, there are more ways through which it can be achieved: effective management of the demand, diversification of energy sources and the locations of supply, or even using military presence. Energy security can best be defined as the overlap between economic security, national security and the environmental security. This paper will present the economic component of the energy security concept, its purpose being to analyse the concept of energy security in the world (Popescu, 2014:293).

8. Environmental Security Approach

Environmental security has its important implications to the security as a whole (Lear, Brigs, Denning, 2013:11). The evolution of the traditional concept of "national security" as military security, which additionally embraced "environmental security" and then necessarily "social (societal) security", eventually resulted in the term "comprehensive human security (Westing, 2013:34)".

Advances in science and technology, the rise of globalization, the emergence of new diseases, and the changing nature of conflict have increased the risks posed by naturally occurring and man-made biological threats. A growing acceptance of a broader definition of security since the end of the Cold War has facilitated the rise of biosecurity issues on the international security agenda. Developing strategies to counter biological threats is complicated by the lack of agreement on the definition of biosecurity, the diverse range of biological threats, and competing perspectives on the most pressing biological threats. A comprehensive definition of biosecurity that encompasses naturally occurring, accidental, and deliberate disease outbreaks can help further research, analysis, and policymaking. Operationalizing this broad conception of biosecurity requires a taxonomy of biological threats based on a levels-of-analysis approach that identifies which types of actors are potential sources of biological threats and the groups most at risk from these threats. A biosecurity taxonomy can provide a common framework for the multidisciplinary research and analysis necessary to assess and manage these risks. It also has implications for how to prevent and respond to biological threats, as well as for the future of biosecurity research (Koblenz, 2010:129).

9. Food Safety Approach

Against the background of a rapidly changing world, development brings us not only certain benefits but also, in accordance with the dialectic of the development, a variety of new threats. Humanity has come to such a stage that continuing to ignore the new and old threats becomes impossible and the problem of supplying the safe development of the modern world dominates, including food security problem. It is difficult to solve other pressing economic and social problems without resolving the problem of food security. It should be considered at different levels: global, national, regional, household level and certain personality level (Batallova, 2015:237).

The problem of food safety approach to security is analyzed generally and as case studies of particular countries (Schwoob, 2018:38). To understand the significance of the food safety approach to security, it is necessary to understand how global systems have impacted food security and how scientific processes may enhance food productivity. Challenges such as food safety, global environmental changes and malnutrition need a multidisciplinary approach to tackle the issues associated with them. Multidisciplinary research in diverse areas related to crop production, public health, biological, physical and mathematical sciences, predictive modeling, statistical approaches (etc.) is the need of the hour. The coming together of all stakeholders involved in science, technology and

social sciences is required to implement progressive approaches to maximize production for feeding the ever-increasing population; it involves studies related to storage, manufacture, retail, food supply and value chain, reducing waste by preventing post harvest losses, recycling, making food safe by eliminating food-related illnesses due to biological and chemical hazards, adopting the best quality preservation measures, micronutrient addition to food for enhancing nutrition, etc. All of the above issues need to be addressed for sustaining global food security (Karunasagar, Karunasagar, 2016:31-33).

The world is facing serious global food security challenges, such as the need for sufficient food for a growing population and an exponential growth in nutrient deficiency disorders. Agricultural biotechnology, such as genetically modified (GM) crops, offers itself as a promising solution to address one or more of these issues. Golden Rice (GR) is an example of a GM crop which contains high amount of β -carotene, a compound which is an antioxidant and a precursor of vitamin A. In spite of GR's promised potential benefits in combating vitamin A deficiency (VAD) disorders, it is still not cultivated (Bongoni, Basu, 2016: 717).

10. Final remarks

There is no doubt that security in Europe should be analyzed upon the multidisciplinary approach. Especially after the Cold War, military security aspects did not play as important role as during the Cold War period, when confrontation between two superpowers created main threats for peace. Several new challenges to European security that emerged after Cold War must be addressed by the states and international organizations. The Council of Europe's democratic security conception was a reaction to the developments in Central and Eastern Europe after 1989, when several conflicts involving national, ethnic and religion minorities have deteriorated a peaceful development of Europe. But even after solving those conflicts, several new challenges to European security have been brought about by populist and authoritarian tendencies in some European states, following the economic and financial crisis of the first decade of the XXI century. One of the most important challenges deals with the migration issue. Europe must prevent the terrorist attacks threats. So, further development of security in Europe must address military security problems, as well as economic security, democratic security, information security, cyber-security, energy security, environmental security, and food safety.

Literature

Anderson P. (2014). *Electronic Evidence, a Basic Guide for First Responders: Good Practice material for CERT First Responders*, Heraklion: European Union Network and Information Security Agency, ENISA.

Andruseac G. (2015). *Economic security – new approaches in the context of globalization*, CES Working Papers, Issue 2.

Assistance do the Development and Consolidation of Democratic Security: Co-Operation and Assistance with Countries of Central and Eastern Europe: Programme (1994), Strasbourg: Council of Europe.

Baker D.P., Gumede S. (2007). Private military/security companies and human security in Africa, *African Security Review*. 16(4). 1-7.

Batallova A. (2015). Food Security as a Component of Economic Security System of Russia, *Procedia Economics and Finance*. Vol. 27. 235-239.

Battani-Dragoni B. (2018). *Concept of Democratic Security: Council of Europe Contribution*, Dubrovnik, Croatia, 6 November 2018, <https://www.coe.int/en/web/deputy-secretary-general/-/concept-of-democratic-security-council-of-europe-contribution>, access: 16.03.2019.

Baum J.A.C., McGahan A.M. (2013). The reorganization of legitimate violence: The contested terrain of the private military and security industry during the post-cold war era. *Research in Organizational Behavior*. Vol. 33. 3-37.

Biddle S., Macdonald J., Baker R. (2018). Small footprint, small payoff: The military effectiveness of security force assistance. *Journal of Strategic Studies*. 41(1-2). 89-142.

Bongoni R., S. Basu S. (2016). A multidisciplinary research agenda for the acceptance of Golden Rice, *Nutrition & Food Science*. 46(5). 717-728.

Bowden M. (2011). *Worm: the First Digital World War*, New York: Atlantic Monthly Press.

Bógdał-Brzezińska A., Gawrycki M.F. (2003). *Cyberterrorizm i problemy bezpieczeństwa informacyjnego we współczesnym świecie (Cyberterrorism and Problems of Information Security in the Contemporary World)*, Warszawa: ASPRA-JR.

Carmanasan V.A. (2012). Migration and security - economic and societal dimensions *Analele Universității din Oradea. Relații Internationale și Studii Europene (RISE)*, IV. 136-146.

Clarke J.L. (2005). *What roles and missions for Europe's military and security forces in the 21st century?*. Garmisch-Partenkirchen: George C. Marshall European Center for Security Studies.

Cyber Security: Analytics, Technology and Automation (2015). Eds. M. Lehto, P. Neitaanmäki, Cham: Springer International Publishing.

Dean J. (1987). Military security in Europe. *Foreign Affairs*. 66(1). 22-40.

Deighton A. (2000). The Military Security Pool: Towards a New Security Regime for Europe?, *The International Spectator*. 35(4). 41-54.

Duffield J.S. (1994). NATO's Functions after Cold War. *Political Science Quarterly*, 109(5). 763-787.

Eckert A. (2016). *Outsourcing war: the just war tradition in the age of military privatization*, Ithaca-London: Cornell University Press.

Eloff J.H.P., Eloff M.M. (2005). Information security architecture. *Computer Fraud & Security*, Vol. 11. 2-20.

Eparu D.M. (2012). Future strategies to insure global military security. physiognomy, typology and characteristics of warfare. *Strategic Impact*. 42(1). 87-99.

Epstein R. (2005). NATO Enlargement and the Spread of Democracy: Evidence and Expectations, *Security Studies*. 14(1). 63-105.

Furrer H.-P., Gützkow J. (1996). The Concept of Democratic Security and It's Implementation by the Council of Europe. *Romanian Journal of International Affairs*. vol. II: 13-23.

Gable K.A. (2010). Cyber-apocalypse Now: Securing the Internet Against Cyberterrorism and Using universal Jurisdiction as a Deterrant. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 43(2). 57-118.

Gerrcke M. (2009). Cyberterrorism: How Terrorists Use the Internet.. M. Pieth, D. Theleskaf, R. Ivory (eds.) *Countering Terrorists Financing: the Practitioner's Point of View* (pp. 123-131). Bern: P. Lang.

Ghazi Anaby M. (2016). *The Legal Regime Applicable to Private Military and Security Company Personnel in Armed Conflicts*, Springer International Publishing. Cham 2016.

Ghebali V.-Y. (2000), The OSCE' Istanbul Charter for European Security, *NATO Review*. 48(2). 23-26.

Gillard E.C. (2006). Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law, *International Review of the Red Cross*. 88(863). 525-572.

Greer S., Gerards J.H., Slowe R. (2018). *Human rights in the Council of Europe and the European Union: achievements, trends and challenges*, Cambridge: Cambridge University Press.

Fahn M., Hadjer T. (2015). Optimal contracting with private military and security companies, *European Journal of Political Economy*. 37(C). 220-240.

Fitzsimmons S. (2016). *Private security companies during the Iraq War: military performance and the use of deadly force*, Abington-New York: Routledge.

Friesendorf C. (2018), *How Western soldiers fight: organizational routines in multinational missions*, Cambridge: Cambridge University Press.

Grigoreva E., Garifova L. (2015). The Economic Security of the State: The Institutional Aspect. *Procedia Economics and Finance*. 24(7). 266-273.

Hoc S. (2010). Cyberterrorism - Threat to the Security of the State and its Citizens, *Białostockie Studia Prawnicze*. No. 8. 185-198.

Homan K. (2008). The military and human security. *Security and Human Rights*. 19(1). 73-81.

Isbister R., Donnelly T. (2012). *International Markets for Security and Military Assistance*, Paris: OECD Publishing.

Jaskiernia J. (2019). Authoritarian Tendencies in the Polish Political System. J.J. Wiatr (ed.), *New Authoritarianism. Challenges to Democracy in the 21st century* (pp. 152-168). Opladen-Berlin-Toronto: Barbara Budrich Publishers.

Jaskiernia J. (2015). Influence of the European Democratic Standards on the Constitutional Development in Poland after 1989, *Armenian Journal of Political Science*, No. 11. 9-38.

Jaskiernia J. (2018) The Grievances of Ethnic and Radical Minorities in EU in the Context of the Activities of Populist and Extreme Rights Movements. O. N. Slobotchikov, I. I. Degtiareva (eds), *Phenomenon of Growing Popularity of Radical Political Movements in Europe: Causes and Prospects*, Part 1 (pp. 222-246). Moscow: Institute of World Civilizations.

Jaskiernia J. (2014). Влияние Совета Европы на системные изменения в государствах бывшего Советского Союза. *Problemy konstytucjonalizmu i jego sudebnoy zaszczity w gosudarstwach wostocznof Jewropy*, *Studia Politologiczne*. Vol. 32. 11-33.

Jaźwiński I. (2014). Economic security policy as a foundation of state functioning, *Przegląd Strategiczny*. Issue 7. 387-399.

Joachim J., Schneiker A. (2014). All for one and one in all: private military security companies as soldiers, business managers and humanitarians. *Cambridge Review of International Affairs*. 23 April. 246-267.

Kahler M. (2004). Economic security in an era of globalization: definition and provision, *The Pacific Review*. 17(4): 485-502.

Karska E., Karski K. (2014). Introduction: The Use of Private Military and Security Companies by the United Nations. *International Community Law Review*. 16(4). 4-9.

Karunasagar I., Karunasagar I. (2016). Challenges of Food Security – Need for Interdisciplinary Collaboration. *Procedia Food Science*, Vol. 6. 31-33.

Kharlamova G. (2013). The economic security versus crises. *Studia Securitatis*. Issue 3. 74-81.

Kim T. (2017). *The supply side of security a market theory of military alliances*, Sanford: Sanford University Press.

Knake R.K. (2010). *Internet Governance in an Age of Cyber Security*, New York: Council of Foreign Relations, International Institutions and Global Governance Program.

Koblenz G.D. (2010). Biosecurity Reconsidered: Calibrating Biological Threats and Responses. *International Security*. 34(4). 96-132.

Lambert A. (2011). From Civil-Military Relations Towards Security Sector Governance. *European Political Science*. 10(2). 157-181.

Lewandowski T. (2013). Can mouse clicking be seen as involvement in armed conflict? Some notes on the direct participation in hostilities in cyberspace. *Przegląd Prawniczy UAM*. No. 2. 195-204.

Li Q., Vashilko T. (2010). Dyadic military conflict, security alliances, and bilateral FDI flows. *Journal of International Business Studies*. 41(5). 587-611.

Libel T. (2016). *European military culture and security governance: soldiers, scholars and national defence universities*, London-New York: Routledge.

Liivoja R. (2012). Regulating the Private Military and Security Industry: A Quest to Maintain State Control and Preserve Public Values. *Leiden Journal of International Law*. 25(4). 119-128.

Lovewine G.L. (2014). *Outsourcing the Global War on Terrorism Private Military Companies and American Intervention in Iraq and Afghanistan*, New York: Palgrave Macmillan.

Luft G., Korin A. (2009). *Energy security challenges for the 21st century: a reference handbook*, Oxford, Santa Barbara: Praeger Security International.

Lutterbeck D. (2004). Between police and military: the new security agenda and the rise of gendarmeries. *Cooperation and Conflict*. 39(1). 45-68.

Madej M. (2011). Poland in the Fight Against International Terrorism. S. Bieleń (ed.), *Poland's Foreign Policy in the 21st Century* (pp. 339-346), Warsaw: Difin.

Madej M. (2010). *The Political and Military Dimension of Polish Security Policy*, Yearbook of Polish Foreign Policy, No. 1. 41-49.

Mamoon D. (2012). Economic security, well functioning courts and a good government. *International Journal of Social Economics*. 39(8). 587-611.

Molina G. (2013), *The Illusion of Safety: Lawfare and the Democratic Security*, Durham: Duke University

O'Lear S. (2013). Briggs C.M., Denning G.M. Environmental Security, Military Planning, and Civilian Research: The Case of Water. *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*. 55(5). 4-12.

Oleksiewicz I. (2014). *Institutional Aspects of Anti-Cyberterrorism Policy in Poland*, Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania i Administracji w Warszawie. 29(4). 355-362.

Perrin B. (2006). Promoting compliance of private security and military companies with international humanitarian law International. *Review of the Red Cross*. 88(863). 613-636.

Pinto D. (1996 II). *From Assistance do Democracy to Democratic Security: Co-Operation and Assistance Programmes for Central and Eastern Europe*, Strasbourg: Council of Europe.

Pinto S. (1996 I). The Three Pillars of the Democratic Society. *The Challenges of a Greater Europe. The Council of Europe and Democratic Security* (pp. 39-48), Strasbourg: Council of Europe.

Plotnikov V.A., A. Tselykovskik A., Kurbanov A. (2015). Economic mechanism of ensuring military security at the micro-economic level: the experience of the Russian Federation. *Studia Securitatis*. IX(2). 132-139.

Popescu M.-F. (2014). Energy security – a part of the economic security. *Management Intercultural*. Issue 31. 289-296.

Pratchett L., Lowndes V. (2004). *Developing Democracy in Europe: An Analytical Summary of the Council of Europe*, Strasbourg: Council of Europe Publishing,.

Private Military and Security Companies Chances, Problems, Pitfalls and Prospects (2007). Eds. T. Jäger, G. Kümmel (eds.), Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Public International Law and Human Rights Violations by Private Military and Security Companies (2016). T. Torroja (ed.), Cham: Springer International Publishing.

Reforming Civil-Military Relations in New Democracies Democratic Control and Military Effectiveness in Comparative Perspectives (2017). A. Croissant, D. Kuehn (eds.). Cham: Springer International Publishing.

Rethinking Energy Security in Asia: A Non-Traditional View of Human Security (2012). M. Calabero-Anthony, Y. Chang, N.A. Putra (eds.), Berlin-Heidelberg: Springer.

Ross R. (2016). Leveraging Security Cooperation as Military Strategy. *The Washington Quarterly*. 39(3). 91-103.

Rotaru M.P. (2009). *Economic security, organic dimension of national security*, MPRA Paper, Munich: University of Munich Library.

Sarotte M.E. (2001). *German military reform and European security*, Oxford: Oxford University Press, for the International Institute for Strategic Studies.

Schwoob M.-H. (2018). *Food Security and the Modernisation Pathway in China Towards Sustainable Agriculture*, Cham: Springer International Publishing.

Security, strategy and military change in the 21st century : cross-regional perspectives (2015). J.I. Bekkevold, I. Bowers, M. Raska (eds.). London-New York: Routledge.

Segal A. (2012), Chinese Computer Games: Keeping Safe in Cyperspace. *Foreign Affairs*. No. 2, 14-20.

Sennewald C.A. (2004). *Security consulting*, Butterworth-Heinemann: Waltham.

Serageldin I., Venediktov A., Kepel G., Taubira C., Yade R., Lyon D., Sznajder N., Insel A., Müller J.W., Ischinger W., Feldman M., Wardle C., Neumann P. (2018). *Safe and free - Democratic security and human rights - Democratic security debates at the Council of Europe 2015-2017*, Strasbourg: Council of Europe.

Shakarian P., Shakarian J., Reuf A. (2013). *Introduction to Cyber-Warfare: a Multidisciplinary Approach*, Waltham: Syngress.

Steuer M. (2016). The Council of Europe and Democratic Security: Reconciling the Irreconcilable. *Politicon: IAPSS Political Science Journal*, Vol. 29. 267-279

Østensen Å.G. (2013). In the Business of Peace: The Political Influence of Private Military and Security Companies on UN Peacekeeping. *International Peacekeeping*. 20(1). 33-47.

Tarschys D. (1994). The Council of Europe: Towards a Vast Area of Democratic Security. *NATO Review*. 42(6). 7-12.

Tarschys D. (1997). The Council of Europe: Strengthening European Security by Civilian Means. *NATO Review*. 45(1). 4-9.

Tesar K. (1997). Can the OSCE Provide for Collective Security in Europe?, *Revue of Central European International Affairs*, 4(8). 79-94.

Tonkin H. (2011). *State control over private military and security companies in armed conflict*, Cambridge: Cambridge University Press.

Tzifakis N., Huliaras A.. (2015). The perils of outsourcing post-conflict reconstruction: donor countries, international NGOs and private military and security companies. *Conflict, Security & Development*. 15(1). 51-73.

Understanding Terrorism: a Socio-Economic Perspective (2014). Eds. R. Caruso, A. Locatelli. Bingley: Emerald.

Varin C. (2015). *Mercenaries, hybrid armies and national security: private soldiers and the state in the 21st century*, Abington: Routledge.

Webber M.. (2011). *NATO: Within and Between European International Society*, *Journal of European Integration*, 49(2). 139-158.

Westing A.W. (2013). *From Environmental to Comprehensive Security*, Heidelberg: Springer International Publishing.

Willa R. (2010). *The Present Condition and the Prospects for the Future of Mutual Relations between the European Union and NATO*, *Reality of Politics. Estimates – Comments – Forecasts*. 1(1). 65-74.

Woodlife J. (1998). The Evolution of New NATO for a New Europe. *International and Comparative Law Quarterly*. 47(1). 174-194.

Zeheru T. (2015). NATO Challenges in the Context of Hybrid Threats Evolution. *Strategic Impact*. 55(2). 37-43.

Prof. dr Jerzy Jaskiernia,

Redovni profesor,

Dekan, Departman pravnih nauka,

administracije i menadžmenta,

Univerzitet Jan Kochanowski, Kielce, Republika Poljska

Doc. dr Kamil Spryszak,

Docent, Departman pravnih nauka,

administracije i menadžmenta,

Univerzitet Jan Kochanowski, Kielce, Republika Poljska

MULTIDISCIPLINARNI PRISTUP ANALIZI BEZBEDNOSTI U EVROPI

Sažetak

U ovom radu, autori daju prikaz multidisciplinarnog pristupa analizi bezbednosti u Evropi. Nakon hladnog rata, usledile su postepene ali duboke promene u međunarodnom bezbednosnom okruženju, koje su se neminovno odrazile i na način na koji se to okruženje percipira. Po okončanju sukoba između Istoka i Zapada koji su odredili prethodni poredak, dotadašnje najozbiljnije opasnosti povezane sa pretnjom tradicionalno shvaćene oružane agresije zamenjene su u hijerarhiji pretnji po stabilnost međunarodnog sistema (posebno zapadnih država) drugim pojavama, koje su bile u potpunosti nove ili su u prethodnom periodu bile podcenjene kao izvor opasnosti. Evropska bezbednost je višedimenzionalan problem. Dok vojni aspekti igraju presudnu ulogu, identifikovani su novi izazovi po bezbednost u Evropi. Jedan od tih izazova je povezan je sa unutrašnjim stanjem država. U 21. veku, Evropa se suočila sa višestrukim izazovima u pogledu očuvanja bezbednosti i ljudskih prava. Savet Evrope je razvio koncept izgradnje takozvane „demokratske bezbednosti“, koja predstavlja potrebu za uspostavljanjem međusobnog razumevanja građana i vlada na osnovu demokratije, vladavine zakona i zaštite ljudskih prava, kroz upotrebu „demokratskog inženjeringa“. U svojoj analizi autori razrađuju nekoliko dimenzija bezbednosti u Evropi: vojnu bezbednost, ekonomsku bezbednost, demokratsku bezbednost, informacionu bezbednost, bezbednost u ciber-prostoru, energetska bezbednost, bezbednost životne sredine, i bezbednost hrane.

Ključne reči: *Evropa, međunarodna bezbednost, pretnje, multidisciplinarni pristup, Savet Evrope, vojna bezbednost, ekonomska bezbednost, demokratska bezbednost, informaciona bezbednost, bezbednost u ciber-prostoru, energetska bezbednost, bezbednost životne sredine, bezbednost hrane.*

Doc. Mirjana Ristovska, LL.D.*
Assistant Professor,
Faculty of Law – Kichevo, University
“St. Kliment Ohridski” – Bitola,
Republic of North Macedonia

UDK: 341.9(4-627EU:497.7)

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN COURT JUDGMENT IN THE LAW OF THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA AND IN THE EUROPEAN UNION LAW

Abstract: *The subject of this paper is the presentation of the system, the procedure and the conditions for recognition and enforcement of foreign court judgement in the law of the Republic of North Macedonia and in the European Union Law, through a normative analysis of the Macedonian Act on Private International Law, the Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), as well as the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. The study of this subject matter will be primarily conducted by applying the normative analysis method, as well as the methods of comparison, analogy, induction and deduction, and the case law method. The aim of this paper is to provide a comparative overview of the systems for recognition and enforcement of foreign court judgment envisaged in Macedonian law and EU law, as well as to give an answer to the question to what extent the Macedonian system is harmonized with the EU's system in this very important judiciary segment. In conclusion, the author provides some recommendations and guidelines for amending the Macedonian legislation in the segment of the recognition and enforcement of foreign court judgment for the purpose of its harmonization with the European Union Law.*

Keyword: *recognition, enforcement, foreign judgements, PIL, Macedonian law, EU law.*

* e-mail: mirjana.ristovska@uklo.edu.mk

1. Introduction

Recognition of a foreign court judgement is a procedure whereby a decision made in State A (the State of origin of the judgement) is given legal effect in State B (the State of recognition), that is, a foreign court judgement becomes part of the legal system of State B. There are several theories in the legal doctrine which the recognition of a foreign court judgement is based on, and different principles have been developed for affirming the foreign court judgement recognition. Thus, according to Sikirić, there are three legal theories for the recognition of a foreign court judgement: the theory of the legal effect of a foreign court judgement (*Wirkungserstreckung*), the theory of equalization of the legal effect of a foreign court judgement (*Wirkungsgleichtheorie*), and the theory of accumulation effect of a foreign court judgement (*Kumulierungstheorie*) (Sikirić, 2012: 294).¹

According to Vuković, the procedure for recognizing a foreign court judgement was affirmed on different principles, at different times. At first, the classical opinion appeared, according to which the state was obliged to recognize the legal effect of the foreign court judgement; further, the principle of doctrine of comity was developed, under which the procedure for recognizing a foreign court judgement was seen as being in the interest of the States; then, there were the principle of process economics, the principle of promoting international legal circulation, and so on (Vuković, 1987:144). Today, the procedure for recognizing a foreign court decision is widely accepted and applied in all democratically developed countries. As Bulić points out, "*the recognition of foreign court judgement is in the spirit of globalization processes and the states growing interdependence*" (Bulić, 2015: 183). In this respect, the discussion of Stanivuković and Živković is also of interest, according to which, if the legal effect of a foreign court judgement rendered in the domestic State is not recognized in another State, then the parties would have an obligation to institute a new procedure for the same matter, which would ultimately increase their costs and generate legal uncertainty, and could potentially jeopardize or violate the right to sue, as a human right (Bulić, 2015: 183).

The concept of recognition of a foreign court decision *extra territorium* has been known since the time of the Italian School of Statutes. The first international treaty to regulate the recognition of a foreign court judgement was the Bilateral Agreement concluded between France and Switzerland in 1658, while the Montevideo Convention adopted in Latin America in 1889 was the first Multilateral Treaty that regulated this matter. Today, all modern states have implemented this legal institute in their legal systems.² The recognition of a foreign court judgement is governed by international (bilateral and multilateral

² Afghanistan and Saudi Arabia are among the countries that do not recognize foreign court judgements.

agreements) and national acts. The most famous convention is the 1971 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (hereinafter: the Hague Convention).³

Within the European Union, the recognition of a foreign court judgement was first subject to the Brussels Convention (1968)⁴, which was replaced by Brussels I Regulation (2000)⁵ (as part of the EU's secondary communitarian law), and later amended by Brussels I Regulation (recast) (2012).⁶

In the Republic of North Macedonia law, the concept of recognition of a foreign court judgement is regulated by the Private International Law Act (PIL Act).⁷ Therefore, we could conclude that today, in the modern processes of integration and globalization, when the flow of people, goods, services and capital is at its zenith, the regulation of procedure for recognizing a foreign court judgement is an inevitable consequence of all these developments but, at the same time, a condition *sine qua non* for faster and more effective international development of legal circulation. In our view, in this respect, the most important principle upon which the recognition of a foreign court judgement is based and develops is the mutual trust and understanding between modern states.

2. Subject of the Foreign Court Judgment Recognition Procedure

The basic question that arises in a foreign court judgement recognition procedure is what types of decisions can be practically the subject of this procedure. The answer to this question is contained in both national and international sources.

Thus, under Article 99 of the PIL Act of the Republic of North Macedonia (RNM), the subject of the recognition procedure can only be a *foreign court decision*. In this regard, the dilemma what the terms "foreign" and "court" mean is imposed. In Private International Law theory, the term "**foreign**" can be defined by using

³ The Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial matters of 1 February, 1971, available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=78>

⁴ Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, 1968., *Official Journal of the European Communities* L 299/32, 1972

⁵ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *Official Journal of the European Communities* L 12/1, 16.1.2001

⁶ Regulation (EU) no 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), *Official Journal of the European Union*, L 351/1, 20.12.2012

⁷ Закон за меѓународно приватно право на Република С. Македонија (Private International Law Act), Службен Весник на РСМ, no.87/2007, 156/2010

two aspects: personal and territorial. The RNM legislation adopts a territorial approach, i.e. *"a foreign court decision shall be considered to be a **court decision of a foreign state.**"* (Art. 99 para.1 PIL Act). In the same provision, the legislator also determines that settlement reached in front of court of a foreign state shall be considered as a foreign court decision (Art. 99 para.2 PIL Act) as well as *"the decision of another body which in the state where it is adopted is equivalent to a court decision, or a court settlement, if it regulates the relations provided for in Article 1 of this Act"* (Art. 99 para.3 PIL Act).

The Macedonian legislator sets another requirement in relation to the question raised above on the subject of the recognition procedure. Namely, Article 99 para.3 of the PIL Act explicitly stipulates that the subject of recognition may be a foreign court decision that regulates personal status, family, work, property and other substantive-law relations. Thus, in principle, the subject of recognition of a foreign court decision may be a decision in civil and commercial matters made by a competent court or other authority. The subject of the recognition of a foreign court decision may only be meritorious and enforceable decisions, irrespective of their title and the authority which made them (administrative authority, religious authority, notary public).

In Brussels I Regulation (recast), the European legislator also regulates the term *"court decision."* Thus, Article 2 of this Regulation states: *"(a) 'judgment' means any judgment given by a court or tribunal of a Member State, whatever the judgment may be called, including a decree, order, decision or writ of execution, as well as a decision on the determination of costs or expenses by an officer of the court. For the purposes of Chapter III, 'judgment' includes provisional, including protective, measures ordered by a court or tribunal which by virtue of this Regulation has jurisdiction as to the substance of the matter. It does not include a provisional, including protective, measure which is ordered by such a court or tribunal without the defendant being summoned to appear, unless the judgment containing the measure is served on the defendant prior to enforcement."*

In this respect, the provision of Article 2 point (a) should be interpreted in accordance with the provision of Article 1 governing the subject of Brussels I Regulation. Namely, Article 1 paragraph 1 explicitly states that the Regulation will apply to civil and commercial matters, regardless of the type of court, and the provision of Article 3 explicitly states what is meant by the term "court".

Accordingly, we can summarize that the Macedonian legislator has implemented the rules of Brussels I Regulation (which are identical to those adopted later in Brussels I Regulation (recast)) with regard to the definition of foreign court judgement in the context of the recognition procedure. According to both acts,

the subject of the recognition procedure can be a foreign court judgement in civil or commercial matters.

The territorial criterion applies to the term “foreign” in both legislations. For the definition of the term “court”, both legislations determine that it is a decision, whatever its name is, made by a competent court or other body which is equivalent to a court decision in the State of recognition. Lastly, under the two legal acts, the subject of recognition can only be a judgement made in civil or commercial matters. According to Vuković, the following decisions are eligible for recognition: 1) court decisions in civil proceedings; 2) criminal court decisions on civil claims; 3) court decisions in non-contentious proceedings; 4) the court decisions on costs and the interim measures decisions (Vuković, 1987:149).

The Hague Convention (1971) provides in Article 2 that: *“this Convention shall apply to all decisions given by the courts of a Contracting State, irrespective of the name given by that State to the proceedings which gave rise to the decision or of the name given to the decision itself such as judgment, order or writ of execution.”* Accordingly, in view of defining the term foreign court judgement, both Macedonian law and EU law are in line with this Convention. In this context, it is important to note that the field of application of the Hague Convention, as set out in Article 1, also applies to civil and commercial matters.

3. Legal Conditions for the Recognition of a Foreign Court Judgment

In the procedure for recognition of a foreign court judgement, the court or other competent authority shall examine whether certain pre-established legal conditions or legal grounds have been fulfilled.⁸ The aim of these legal conditions is to protect the interests of the State of recognition and the interest of the parties. On the other hand, by establishing the legal grounds for recognition, the legislator limits the scope of control which a foreign court judgement is subject to (Gavroska, Deskoski, 2011: 465). Conditions can be set in a positive or negative sense. According to Vuković, the negatively imposed conditions facilitate the recognition of a foreign court judgement and, therefore, this principle should be applied by the legislator (Vuković, 1987:149). An important distinction in this respect is that, in the case of negatively charged conditions, the burden of proof lies on the party against whom the recognition is sought, and if positively

⁸ Significant conditions encountered in national and international law for the recognition of a foreign court judgement are: jurisdiction of the court (authority) making the decision, certain procedural irregularities, the right of defense of the parties, fraud, enforcement of a certain right, finality of foreign decision, enforceability of foreign judgement, public order, litigation, absence of other decision, reciprocity and etc.

placed, then the burden of proof lies on the party seeking the recognition. In this regard, there are also conditions on which the court considers *ex officio* whether they are fulfilled. Conditions can be set alternatively or cumulatively.

Most of the conditions for the recognition of a foreign court judgement in the Macedonian PIL Act are formulated negatively, i.e. they are set in the form of obstacles to the recognition of a foreign court judgment (Gavroska, Deskoski, 2011: 465). Namely, according to the PIL Act provisions, the following conditions are set out: 1) certificate of effectiveness; 2) certificate of enforcement; 3) violation of the right to defense; 4) exclusive jurisdiction of the RNM court; 5) absence of a valid decision in the same matter between the same parties; and 6) absence of violation of public order.

Article 45 of Brussels I Regulation (recast) provides as follows:

"1. On the application of any interested party, the recognition of a judgment shall be refused:

(a) if such recognition is manifestly contrary to public policy (*ordre public*) in the Member State addressed;

(b) where the judgment was given in default of appearance, if the defendant was not served with the document which instituted the proceedings or with an equivalent document in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant failed to commence proceedings to challenge the judgment when it was possible for him to do so;

(c) if the judgment is irreconcilable with a judgment given between the same parties in the Member State addressed;

(d) if the judgment is irreconcilable with an earlier judgment given in another Member State or in a third State involving the same cause of action and between the same parties, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the Member State addressed; or

(e) if the judgment conflicts with:

(i) Sections 3, 4 or 5 of Chapter II where the policyholder, the insured, a beneficiary of the insurance contract, the injured party, the consumer or the employee was the defendant; or

(ii) Section 6 of Chapter II."

From the above provisions we can conclude that there are differences among the conditions for recognition of foreign court judgement. The conditions specified in both legal acts are: non-violation of the *ordre public* in the state of recognition, and non-violation of the party's right to defense. In this respect we can conclude

that the Regulation contains an innovative provision, namely that a foreign court judgement will not be recognized in the State of recognition if it is contrary to the provisions governing insurance contracts, consumer contracts and employment contracts where the policyholder, the insured, a beneficiary of the insurance contract, the injured party, the consumer or the employee was the defendant.

Also, according to the Regulation, the recognition of a judgment shall be refused only on the application of any interested party. On the other hand, according to the PIL Act, the court *ex officio* observes the following conditions: a) exclusive jurisdiction of the court; b) a valid decision in the same matter between the same parties, and c) violation of public order.

The Hague Convention also applies the negative approach in determining the conditions for recognition of a foreign court judgement. Namely, Article 5 of this multilateral international act states that a foreign court judgement will not be recognized:

“(1) if recognition or enforcement of the decision is manifestly incompatible with the public policy of the State addressed or if the decision resulted from proceedings incompatible with the requirements of due process of law or if, in the circumstances, either party had no adequate opportunity fairly to present his case;

(2) if the decision was obtained by fraud in the procedural sense;

(3) if proceedings between the same parties, based on the same facts and having the same purpose,-

a) are pending before a court of the State addressed and those proceedings were the first to be instituted, or

b) have resulted in a decision by a court of the State addressed, or

c) have resulted in a decision by a court of another State which would be entitled to recognition and enforcement under the law of the State addressed”.

From the abovementioned provision we can conclude that Macedonian law and EU law are in line with the Hague Convention regarding the non-existence of violation of public order and non-violation of the right to defense, as the most important conditions for recognition of a foreign court judgement. The Hague Convention also defines fraud in a procedural sense as one of the conditions for the recognition of a foreign court judgement, a condition not contained in the Macedonian PIL Act and Brussels I Regulation (recast).

4. The Procedure for Recognition of Foreign Court Judgement

The PIL Act regulates two types of procedures for recognizing a foreign court judgement. The first type is the procedure the main subject of which is the recognition of a foreign court judgement, and the second type is a subsidiary procedure, i.e. when the recognition of a foreign court judgement is a determination of an incidental question. Pursuant to the provisions of the PIL Act, the Macedonian legal system provides for a deliberation procedure (in which the court is limited to examining the conditions for recognition of a foreign court judgement) and adopts a system of restricted control of foreign court judgement, which does not allow to examine the merit of a decision and to be changed (Gavroska, Deskoski, 2011: 473). According to Macedonian law, the recognition of a foreign court judgment is equivalent to the recognition of a foreign arbitral decision (Article 116 PIL Act).

In the Macedonian legal system, the procedure for recognizing a foreign court judgment is practically a special type of non-contentious proceeding. Namely, according to the provision of Article 115 of the PIL Act, the Non-contentious Procedure Act has a subsidiary application in relation to the PIL Act in the part of the procedure for recognition of a foreign court judgement. Accordingly, the procedure for recognition of a foreign court decision is initiated by a request. An individual judge of the basic court decides on the recognition of a foreign court judgement. If the court finds that there are no obstacles to recognition, it will render a decision recognizing the foreign court judgement. The court will deliver the decision to the opposing party and will instruct that an appeal against the decision may be filed within 15 days of receipt. An appeal may be filled with the competent Court of Appeal.

Article 112 para. 3 of the PIL Act regulates a situation where the recognition of a foreign court decision is dealt with as a matter of incidental question. Namely, according to this provision, the legislator determines the jurisdiction of the court that decides on the recognition of a foreign court judgement, as well as on the matter of incidental question. The decision of the court in this case has legal effect only for that procedure.

In the 2012 Brussels I Regulation (recast), the procedure for the recognition of a foreign court judgement is laid down in Chapter III, Section 1. Thus, Article 36 (1) of the Regulation stipulates that: *"A judgment given in a Member State shall be recognised in the other Member States without any special procedure being required."*

This paragraph practically provides for the automatic recognition of a judgement taken in one Member State in all other Member States. It is practically a procedure without specific procedural rules. In this regard, the Preamble (point 26)

explicitly states that: *“Mutual trust in the administration of justice in the Union justifies the principle that judgments given in a Member State should be recognised in all Member States without the need for any special procedure. In addition, the aim of making cross-border litigation less time-consuming and costly justifies the abolition of the declaration of enforceability prior to enforcement in the Member State addressed. As a result, a judgment given by the courts of a Member State should be treated as if it had been given in the Member State addressed.”*

According to Sikirić, this provision means that court recognizes the judgement *ispo iure, de plano, de plein droit* (Sikirić, 2012: 304). Unless it is formally required for its execution, there is no special recognition procedure required. According to Sikirić, this principle is the cornerstone of the European judiciary and has been established since the Brussels Convention. Furthermore, Article 36 (2) of the Brussels I Regulation (recast) provides: *“Any interested party may, in accordance with the procedure provided for in Subsection 2 of Section 3, apply for a decision that there are no grounds for refusal of recognition as referred to in Article 45.”*

The second paragraph gives each interested party the opportunity to apply for recognition of a foreign court judgement, stating that the conditions laid down in Article 45 have been fulfilled and that there is no basis for refusal. What is characteristic for this paragraph is that it is a second type of EU recognition procedure, which can be initiated by any person with a legal interest (interested party), a concept taken from Brussels I Regulation.

Article 36 (3) of the Brussels I Regulations (recast) provides the so-called third procedure for recognition of a foreign decision, as follows: *“If the outcome of proceedings in a court of a Member State depends on the determination of an incidental question of refusal of recognition, that court shall have jurisdiction over that question.”*

The Regulation also provides for the possibility to suspend the procedure for recognition of a foreign court judgement in two cases: *“(a) the judgment is challenged in the Member State of origin; or (b) an application has been submitted for a decision that there are no grounds for refusal of recognition as referred to in Article 45 or for a decision that the recognition is to be refused on the basis of one of those grounds”* (Article 38).

According to Hovaguimian, Brussels I bis follows the trend of other EU Regulations that abolished intermediary procedures as per the commitments of the 1999 Tampere European Council meeting (Presidency Conclusions, No 200/1/99, 15 and 16 October 1999, paras 33–34). Furthermore, in his view, the changes of the recognition procedure in Brussels I (recast) are also prompted for political reasons. Namely, the Commission’s explanatory memorandum stated that “[t]oday, judicial cooperation and the level of trust among Member States

has reached a degree of maturity which permits the move towards a simpler, less costly, and more automatic system of circulation of judgments, removing the existing formalities among Member States" (Hovaguimian, 2015: 244). The Recast further provides that "[m]utual trust in the administration of justice in the Union justifies the principle that judgments given in a Member State should be recognised in all Member States without the need for any special procedure" (Preamble, point 26).

In this regard, Isidro concludes that "the final text of the Brussels I bis Regulation enshrines a system of direct implementation of the decisions in all Member States, upon submission of two documents to the competent authority of the executing State: a copy of the decision in the Member State of origin satisfying the conditions necessary to establish its authenticity, and a certificate issued by the court of origin" (Isidoro, 2014: 3-4).

The 1971 Hague Convention provides in Article 13 that: "*the party seeking recognition or applying for enforcement shall furnish (1) a complete and authenticated copy of the decision; (2) if the decision was rendered by default, the originals or certified true copies of the documents required to establish that the summons was duly served on the defaulting party; (3) all documents required to establish that the decision fulfills the conditions of subparagraph (2) of the first paragraph of Article 4, and, where appropriate, of the second paragraph of Article 4; (4) unless the authority addressed otherwise requires, translations of the documents referred to above, certified as correct either by a diplomatic or consular agent or by a sworn translator or by any other person so authorised in either State.*"

According to the Hague Convention, the procedure for the recognition or enforcement of foreign judgments is governed by the law of the State addressed so far, as this Convention does not provide otherwise.

5. Conclusion

From the normative analysis of the above-mentioned acts, we can conclude that the Macedonian PIL Act is partly harmonized with the Brussels I Regulation (recast). What needs to be emphasized is the fact that once the Republic of North Macedonia becomes a full member of the EU, the provisions relating to the recognition of a foreign court judgement will be practically replaced by the provisions of the Regulation. In this regard, we would suggest amending the PIL Act in terms of the condition for the recognition of a foreign court judgement. Namely, the recognition of the judgement should be rejected if it is contrary to the provisions of insurance contracts, consumer contracts and employment contracts, in order to protect the so-called "weaker party" in these contracts.

Within the European Union, the changes made to the Brussels I Regulation are aimed at increasing mutual trust between Member States, above all in the judiciary, which is practically perceived as one of the key factors for EU integration. However, although the revised Regulation abolished the enforcement of decisions in civil and commercial matters, it still retained the conditions for refusal of recognition. In this respect, we can conclude that the procedure for recognition of a foreign court judgement in the EU is still work in progress. The principle of mutual trust is not yet at the desired level, as the courts of the Member States will continue to exercise control over the decisions whose recognition is sought. In this regard, the European Parliament stated: "The State of origin has the right to safeguard its fundamental values; the same possibility must exist for the State of recognition as well." (Medić, 2017:292)

References

- Bulić, Ferid (2015), Priznanje i izvršenje sudskih odluka u Srbiji, *Pravne Teme*, Godina 3, broj 5; Pravni fakultet u Novom Pazaru, retrieved on 10.10.2019 from https://www.academia.edu/31146020/Pravne_teme_no_5
- Gavroska, Poliksena; Deskoski, Toni (2011). Меѓународно приватно право (Private International Law), Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје.
- Hovaguimian, Philippe (2015). The enforcement of foreign judgments under Brussels I bis: false alarms and real concerns, *Journal of Private International Law*, 11:2, 212-251, Routledge: Taylor & Francis Group, DOI: 10.1080/17441048.2015.1068001; available at https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2019/04/Hovaguimian_JPIL.pdf
- Isidro, Marta Requejo (2014). Recognition and Enforcement in the new Brussels I Regulation (Regulation 1215/2012, Brussels I recast): The Abolition of Exequatur, retrieved on 10.10.2019 from, http://www.ejtn.eu/PageFiles/6333/Requejo_Doc.pdf
- Medić Ines (2017). Priznanje i ovrha na području EU – uzajamno povjerenje i zaštita temeljnih ljudskih prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 54, 1/2017, (283-300) Split.
- Sikirić, Hrvoje (2012). Priznanje sudskih odluka prema Uredbi vijeća (EZ) br. 44/2001 od 22. prosinca 2000. o sudskoj nadležnosti i priznanju i ovrši odluka u građanskim i trgovačkim predmetima, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 62, br. 1-2, 2012 (289-330) Zagreb.
- Vuković, Đuro (1987). Меѓународно граѓанско процесно право, Informator, Zagreb, 1987.

Legal documents

Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters 1968, *Official Journal of the European Communities* L 299/32, 1972; p. 32–42., available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=78>

Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *Official Journal of the European Communities* L 12/1, 16.1.2001;

The Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial matters of 1 February, 1991, the Hague; <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=78>

Regulation (EU) no 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), *Official Journal of the European Union*, L 351/1, 20.12.2012;

Закон за меѓународно приватно право на Република С. Македонија (Private International Law Act), Службен Весник на РСМ, бр.87/2007, 156/2010

Доц. др Мирјана Ристовска,
Доцент, Правни факултет – Кичево,
Универзитет Св. Климент Охридски –
Битола, Република Северна Македонија

ПРИЗНАВАЊЕ И ИЗВРШЕЊЕ СТРАНИХ СУДСКИХ ОДЛУКА У ЗАКОНУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ И ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт

Предмет: Предмет овог рада је презентација система, процедуре и услова за признавање и извршење страних судских одлука у праву Републике Македоније и праву Европске уније, кроз нормативну анализу македонског Закона о Меѓународном приватном праву и Уредбе (ЕУ) бр. 1215/2012 Европског парламента и Савета од 12. децембра 2012. о надлежности и признавању и извршењу страних судских одлука у грађанским и трговинским стварима. **Метод:** Истраживање првенствено обухвата примену методе нормативне анализе, као и методе поређења, аналогије, индукције и дедукције, и истраживања судске праксе.

Циљ: Циљ овог рада је компаративни преглед система за признавање и извршење страних судских одлука у македонском праву и праву ЕУ, као и одговор на питање у којој мери је македонски систем усклађен са системом ЕУ у овом веома важном сегменту правосуђа.

Закључак: У раду судате препоруке и смернице за измену и допуну македонског законодавства у сегменту признавања и извршења страних судских одлука, ради усклађивања са правом Европске уније.

Кључне речи: признавање и извршење страних судских одлука, македонско право, право ЕУ, хармонизација.

Mgr. Jana Mlýnková,*

PhD student,

Faculty of Law, Masaryk University, Brno,

Czech Republic

Mgr. Bc. Svatava Veverková,**

PhD student,

Faculty of Law, Masaryk University, Brno,

Czech Republic

UDK: 366.5(4-672EU:437.3)

DIRECTIVE 2011/83/EU AND ITS TRANSPOSITION INTO THE CZECH PRIVATE LAW

Abstract: *The consumer protection policy of the European Union sets the baseline for developing national regulation. It follows the objective of promoting consumer interests and ensuring a high level of consumer protection. The Consumer Rights Directive 2011/83/EU regulates key issues in the area of distance contracts, i.e. contracts negotiated outside of the business area. However, several shortcomings were identified in the transposition of Directive 2011/83/EU into Czech private law. For this reason, the Civil Code should be amended. This paper examines the baseline of consumer protection under the Directive, highlights the transposition shortcomings and brings to light the practical impact of these shortcomings. It will also answer the question whether the amendment complies with the requirements of the Directive and whether the rules contained in the Directive are sufficient.*

Keywords: *Consumer protection policy, Directive 2011/83/EU, transposition, Czech Civil Code, amendment, entrepreneur.*

1. Introduction

The European Union, as part of its consumer protection policy, sets the basic line of national regulation. It follows the objective of promoting consumer interests and ensuring a high level of consumer protection. The Consumer Rights Directive

* e-mail: 405616@mail.muni.cz

** e-mail: 372006@mail.muni.cz

2011/83/EU¹ regulates key issues in the area of distance contracts, i.e. contracts negotiated outside of the business area. However, several shortcomings have been identified in the transposition of Directive 2011/83/EU into the Czech private law. For this reason, the Civil Code² should be amended. This paper, titled Directive 2011/83/EU and its transposition into the Czech private law deals with the baseline of consumer protection under the Directive, highlights the transposition shortcomings and brings to light the practical impact of these shortcomings. It also answers the question whether the amendment complies with the requirements of the Directive and whether the rules contained in the Directive are sufficient.

2. Who is a consumer?

According to Section 419 of the Czech Civil Code (hereinafter: "CC"), "A consumer is any individual who, outside his trade, business or profession, enters into a contract or has other dealings with an entrepreneur." Every consumer has to fulfill four definition features, which are: 1) Personal status; 2) Entering the contract outside of their trade/business; 3) Entering the contract outside of their profession; 4) Entering the contract with an entrepreneur.

There are many definitions of a consumer but the aforesaid one is a general definition of the consumer in the Czech Civil Code. Any further definition of the consumer must be regarded as special and the conflict rule *lex specialis derogat legi generali* must be applied (e.g. in Consumer Protection Act, Energy Act, etc.).

Even the usage of ID number does not exclude the status of the consumer, if the contract is concluded for private purposes and the entrepreneur is aware of this information objectively in accordance with the principle of protection of trust in the obligations and fair dealing (the Czech Constitutional Court).

3. EU law

The Institute of Consumer Contracts was included in the Czech Civil Code with effect from 1 January 2001, in response to the requirements arising from the Directives of the European Communities. The motive for introducing the institute was to strengthen the consumer's legal status. In the EU law, we can distinguish

¹ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council; available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0083&from=CS>

² Act No. 89/2012 Coll. of 3 February 2012 (the Civil Code); available at <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf>

two types of legal acts: 1) directives (which must be transposed into the legal system via a law), and 2) regulations (which are directly applicable). Here, we can pose the following question: Why should the Czech Republic be interested in a European regulation?

Member States' application authorities have an obligation to interpret national law in the light of a binding EU standard that is not directly applicable. That is known as Euroconstruction Interpretation, established in Case 14/83 *Von Colson and Kamann/Land Nordrhein-Westfalen* [10/04/1984] ECR 1984.³ Therefore, direct application does not apply to individuals, given the fact that the consumer in relationship with the entrepreneur cannot appeal to the content of the directive and vice versa and that only in case of court hearing should the court decide in accordance with EU law.

4. Directive 2011/83/EU

This Directive lays down standard rules on common aspects of distance and off-premises contracts, and refrains from the concept of minimum harmonization contained in the original Directives, while allowing Member States to maintain or adopt national rules in relation to certain aspects.

Distance contracts are those concluded between the consumer and entrepreneur without their physical presence (via e-mail, phone, Skype, Internet), whereas off-premises contracts are those concluded between the consumer and entrepreneur with the simultaneous physical presence of the both parties (doorstep selling, sales presentation, street trading).

Directive 2011/83/EU is based on maximum harmonization, which means that EU measures fully cover the material scope of the subject matter. Member States' own rules can be neither more stringent, nor more moderate. Conversely, the method of minimum harmonization imposes an obligation on Member States

³Judgment of the EU Court of Justice, Case 14/83 *Von Colson and Kamann/ Land Nordrhein-Westfalen* [10/04/1984] ECR 1984: "However, the Member States' obligation arising from a directive to achieve the result envisaged by the directive and their duty under Article 5 of the Treaty to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure the fulfilment of that obligation, is binding on all the authorities of Member States including, for matters within their jurisdiction, the courts. It follows that, in applying the national law and in particular the provisions of a national law specifically introduced in order to implement Directive No 76/207, national courts are required to interpret their national law in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result referred to in the third paragraph of Article 189" (p. 1909); available at <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=92351&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10970311>

to comply only with the minimum requirements of the European Union, which means the States may adopt or maintain more stringent measures.

According to the principle of maximum harmonization, Directive 2011/83/EU was transposed into the Czech Civil Code in 2012 and has been effective since 2014.

5. The three most problematic provisions

We shall analyse the most problematic provisions of transposition Directive 2011/83/EU into the CC. The first problem appears in section 1833 CC/article 14 of Directive, the second problem in section 1829 CC/article 9 of Directive, and the last one is in section 1837 CC/article 16 of Directive. All these provisions have one thing in common: the right of withdrawal. It is a special right of the consumer, allowing them to withdraw from a contract, which leads to the annulment of the contract from the beginning (*ab initio*); the reason for this is to protect the consumer at distance selling and off-premises selling when they cannot examine the goods as if they were in an ordinary shop.

5.1. First problem: settlement of the purchase contract

We shall now analyse the differences between the settlement of the purchase contract in Directive and in the Czech CC. The text of the CC was supposed to be the same as in the Directive. However, the problem lies in compensation for deminishing the value of goods. Section 1833 CC says: "A consumer is liable to an entrepreneur only for the reduction in the value of goods caused by the handling of the goods in a manner other than that which is necessary with regard to its nature and properties. This does not apply if the entrepreneur did not provide the consumer with the information under Section 1820(1)(f)."

Article 14 of Directive 2011/83/EU says: "The consumer shall only be liable for any diminished value of the goods resulting from the handling of the goods other than what is necessary to establish the nature, characteristics and functioning of the goods. The consumer shall in any event not be liable for diminished value of the goods where the trader has failed to provide notice of the right of withdrawal in accordance with point (h) of Article 6(1)."

It is also necessary to take into consideration Recital 47 of Directive 2011/83/EU which states: "Some consumers exercise their right to withdraw from the contract when they have used the goods to a greater degree than is necessary to familiarize themselves with the nature, characteristics and functionality of the goods. In this case, the consumer would not lose the right to withdraw from the contract, but should be liable for any impairment of the goods. In order to

familiarize himself with the nature, functionality and features, he should dispose of it and check it just as in a store, for example he should just try clothes, not wear them. During the withdrawal period he should treat the goods properly and check them properly. The consumer's obligations to withdraw from the contract should not deter him from his right of withdrawal."

For example, if a consumer purchases a pan, according to the CC, they can use it for frying eggs, as that is in accordance with the nature and properties of goods as stated in the CC. The pan is meant for frying and, thus, the consumer can fry food in it. Consequently, the entrepreneur must return the whole amount of money to the consumer if the latter withdraws from the contract. However, according to the Directive, in case of any impairment to the goods, the consumer would be liable for reducing the value of the product because the consumer treated it in a different way than he/she would have treated it if they were in a shop.

5.2. Second problem: Extension of the withdrawal period

The withdrawal period is subject to section 1829 CC, which says: "(1) A consumer has the right to withdraw from a contract within fourteen days. The time limit under the first sentence starts on the date of conclusion of the contract, and in the case of: a) a contract of sale, from the date of the takeover of goods, b) a contract concerning several kinds of goods or the supply of several parts, from the date on which the last supply of goods is taken over, or c) a contract concerning a regular recurrent supply of goods, from the date on which the first supply of the goods is taken over. (2) If a consumer has not been advised of his right to withdraw from a contract in accordance with Section 1820(1)(f), the consumer may withdraw from the contract within one year and fourteen days from the beginning of the time limit for withdrawal under Subsection 1. However, if the consumer has been advised of his right of withdrawal within this time limit, the fourteen-day time limit for withdrawal commences on the date on which the consumer received the advice."

The extension of the withdrawal period is connected with the failure to fulfill the information duty made by an entrepreneur, which is pursuant to § 1820 par. f). According to this section, it is irrelevant whether the consumer knows about the possibility of withdrawing from the contract or not. It is also irrelevant that the consumer has obtained the necessary information from another source. In such cases, the withdrawal period is extended by one year, which means that the withdrawal period is 1 year and 14 days.

The time limit begins to run pursuant to § 1829 (1). If the consumer has been informed of the right to withdraw from the contract within this period, the 14-

day withdrawal period begins to run from the date the consumer received the instruction.

This problem ought to be resolved by new wording: "If the consumer has not been informed about the right to withdraw from the contract in accordance with § 1820, the consumer can withdraw from the contract in a one-year period. If the trader has informed the consumer of the right to withdraw from the contract within one year of the date referred to in paragraph 1, the withdrawal period shall end fourteen days after the consumer was informed."

5.3. Third problem

Section 1837 CC states: "A consumer may not withdraw from a contract for the supply of newspapers, periodicals or magazine." Contrary to that, article 16 of the Directive says: "Member States shall not provide for the right of withdrawal set out in Articles 9 to 15 in respect of distance and off-premises contracts as regards the following the supply of a newspaper, periodical or magazine with the exception of subscription contracts for the supply of such publications." In article 16 of Directive, it is written that the consumer can withdraw from a contract for the supply of newspaper, periodical and magazine.

6. Conclusion

In this article, we analysed the shortcomings of transposition Directive 2011/83/EU into the Czech private law. We have determined the three most serious problems regarding this transposition. All of them are connected to the right of withdrawal and appear in section 1833 CC/ article 14 of Directive, in section 1829 CC/article 9 of Directive and in section 1837 CC/article 16 of Directive.

On the basis of the proposed changes, the transposition of EU directives in the Czech Civil Code should ensure compliance with the requirements of EU law. The proposal is also submitted for the purpose of fulfilling the Government's commitment resulting from its Program Declaration of 27 June 2018, according to which the requirement for a textual confirmation of a consumer contract by phone should be introduced. The amendment is supposed to remedy the partial shortcomings in the incorporation of the three consumer contract directives (Directive 2011/83/EU on consumer rights, Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, Directive 1999/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and guarantees for those goods) and Directive 2011/7EU on combating late payment.

References

Act No. 89/2012 Coll. of 3 February 2012 (the Civil Code); available at <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf>

Bill 311/19 amending Act no. 89/2012 Coll., Civil Code, as amended (last modified 21.5.2019); available at <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORNB7NGQS1H>

Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council; Official Journal of the EU, 22.11.2011, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083>

Judgment of the EU Court of Justice, 10 April 1984, Case 14/83 Von Colson and Kamann / Land Nordrhein-Westfalen [10/04/1984] ECRR 1984, (p. 1909); available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0014>

Mgr. Jana Mlýnková,

*Student doktorskih studija (građansko pravo),
Pravni Fakultet, Masarik Univerzitet,
Brno, Češka Republika*

Mgr. Bc. Svatava Veverková,

*Student doktorskih studija (građansko pravo),
Pravni Fakultet, Masarik Univerzitet,
Brno, Češka Republika*

DIREKTIVA 2011/83/EU I NJENA TRANSPOZICIJA U ČEŠKO PRIVATNO PRAVO

Apstrakt

Politika zaštite potrošača u Evropskoj uniji predstavlja polaznu osnovu za razvoj nacionalnih propisa iz ove oblasti. Ona je usmerena ka promovisanju interesa potrošača i obezbeđenju visokog nivoa zaštite potrošača. Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača reguliše ključna pitanja u oblasti ugovora na daljinu, tj. ugovora zaključenih izvan faktičkog područja poslovanja. Budući da su uočeni izvesni nedostaci u transpoziciji Direktive 2011/83/EU u češko privatno pravo, trebalo bi izmeniti češki Građanski zakonik. Ovaj rad objašnjava polaznu osnovu politike zaštite potrošača koja je previđena ovom Direktivom, naglašava nedostatke u transpoziciji Direktive u češko privatno pravo, i razmatra praktični učinak ovih nedostataka. U radu se takođe odgovara na pitanje da li su ove izmene u skladu sa odredbama Direktive i da li su pravila sadržana u Direktivi dovoljna.

Ključne reči: zaštita potrošača, Direktiva 2011/83/EU, transpozicija, češko privatno pravo, Građanski zakonik, amandman, preduzetnik.

**ПРАВО И ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ -
Јавноправна област**

LAW AND SOCIAL CHANGE - Public Law

ПРАВНА ДРЖАВА, ПОДЕЛА ВЛАСТИ И НАРОДНИ СУВЕРЕНИТЕТ

Апстракт: У овом раду заступа се гледиште о постојању трију основних државних уређења: монархији, демократији и држави с народним суверенитетом. У држави с народним суверенитетом као носилац државне власти неминовно је бирачко тело (електорат). Други важан носилац државне власти у овом државном уређењу је народна скупштина (парламент). У раду се критикује догма репрезентације и, с тим у вези, идеологија репрезентативне демократије. На ову проблематику надовезује се и нов појам диктатуре. То је прерогативна диктатура, поред појма комесарске и уставотворне диктатуре. Прерогативна диктатура је посебан облик државног уређења, који може да настане и у монархији, и у демократији и држави са народним суверенитетом.

Кључне речи: правна држава, подела власти, монархија, демократија, држава са народним суверенитетом, диктатура.

Да у свакој држави постоји право, зна се најдоцније још од Montesquieu-а и његовог „Духа закона“ (Montesquieu, *Esprit des lois*, iv, 1, ch. 1). Али, правна држава јест једна сасвим особена држава. Један од родоначелника таквога појма правне државе, који је тај појам и најисправније схватио, био је водећи пруски правни филозоф прве половине 19. века, Friedrich Julius Stahl. По њему, држава (Stahl, 1878, 137) „треба путање и границе своје делатности као и сферу слободе својих грађана да тачно одреди и неповредиво обезбеди на начин права“. У једном другом спису, он каже (Stahl, 1847, 62): „С карактером правне државе само је уопште дата непрекршивост законскога поретка, али не и његова садржина.“ На овај начин, Stahl је хтео да хришћанским циљевима отвори пут у државни живот.

Немачка реч за правну државу, „Rechtsstaat“, ушла је у многе друге континентално-европске језике: на француском: „Etat de droit“; на италијанском: „stato di diritto“; на шпанском: „estado de derecho“; на руском:

„правовое государство“; итд. Устав Републике Србије од 8. новембра 2006. године, уместо ње, у чл. 3. употребљава израз, који је дослован превод енглеске синтагме „rule of law“, „владавина права“. Но, то је већ бесмислено, јер владати могу само **субјекти**, то јест људи, док је право **објект**, те зато може бити средство или граница власти, али само не може владати. Carl Schmitt, с тим у вези, исправно поучава (Schmitt, 1985, 414): „То „правило и владавина права“, то „rule of law“, јесте један затворен поредак и као такво значи владавину једног не-државног позивног сталежа; оно није ни нормативизам нити рецимо то, што је касније на континенту означено синтагмом „правна држава“.“

Међутим, премда је израз „правна држава“ пореклом немачки, сазнање њене суштине потиче од француских законописаца и законозналаца, „легиста“. Тако у француском Уставу од 3. септембра 1791. у поглављу II, одсек I, чл. 3, стоји: „Нема у Француској вишег ауторитета од ауторитета закона. Краљ влада само путем закона, и једино у име закона може захтевати послушност.“ Видећемо и да су подела власти и народни суверенитет исказани у уводном делу тог устава, Декларацији о правима човека и грађанина од 1789. године, која и данас представља основ француског уставног права.

Већ Montesquieu говори о „слободним“ и „умереним“ државама које стоје насупрот деспотијама. Премда се углавном бави деспотским монархијама, јер у његово доба „умерене“ монархије постојале су само у западној Европи, он наглашава да и други облици државнога уређења могу бити деспотије, те, следствено томе, вели (Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 8, ch. 6): „Како демократије пропадају када народ свргне сенат, магистрате и судије са њихових функција, монархије се искварују када се мало по мало одузимају прерогативи сталежа или повластице градова. У првом случају, иде се ка деспотизму свију, а у другом, ка деспотизму једног јединог.“ О демократијама он такође каже (*ibid.*, liv. 11, ch. 2, 3): „Најзад, како у демократијама изгледа да народ готово чини оно што му је воља, сврстала се слобода у те врсте држава, и помешала се власт народа са слободом народа. Истина је да у демократијама изгледа да народ ради што год хоће; али, политичка слобода уопште се не састоји у томе, да се ради шта се хоће... Слобода је право да се ради све што закони допуштају; те ако би грађанин могао да ради што они забрањују, не би било слободе, јер би и други имали исто такво овлашћење.“

Montesquieu истиче као брану од деспотизма чврсте основне законе, односно чврст устав „умерене“ државе (*ibid.*, liv. 5, ch. 11, 14). С тим, што он упозорава (*ibid.*, liv. 5, ch. 14): „Да би се образовала умерена владавина, треба

комбиновати власти, регулисати их, умерити их, ставити их у дејство; ставити, тако рећи, баласт на једну да би била у стању да се одупре другој; то је ремек-дело законодавства које случајност ретко кад оживотвори и које ретко кад падне на ум." Montesquieu је, у ствари, то „ремек-дело” предочио својим схватањем **политичке слободе** и **поделе власти** као њеног обезбеђења, чиме је стекао непролазну славу. Кључна тачка овога питања гласи (ibid., liv. 11, ch. 6): „Политичка слобода, коју има грађанин, је тај спокој духа који происходи из мишљења да свако поседује своју безбедност; те да би се имала та слобода, потребно је да влада буде таква, да се грађанин не може бојати другог грађанина.

„Када је у истој особи или у истом телу магистратуре законодавна власт сједињена са извршном влашћу, нема уопште слободе, јер се може страховати да ће исти монарх или исти сенат доносити тиранске законе да би их тирански извршавао.

„Такође, уопште нема слободе ако власт суђења није одвојена од законодавне и извршне власти. Ако је спојена са законодавном влашћу, власт над животом и слободом грађана била би арбитрарна; јер судија би био законодавац. Ако би била спојена са извршном влашћу, судија би имао силу угњетача.

„Све би пропало ако би један те исти човек, или исто тело поглавара, или племића, или народа, вршило све те три власти: ону доношења закона, ону извршавања јавних резолуција, и ону суђења кривица или спорова између појединаца.”

Правна држава може постојати у држави са „умереном” влашћу. Она пак **нужно** постоји у држави са поделом власти, као својом битном претпоставком. Исправно вели, на пример, Walter Jellinek (W. Jellinek, 1931, 88, подвучено у изворнику): „Ово води до закључка да је правна држава у пуном смислу речи једино могућа у **уставној држави**, само у једној држави у којој се законодавство и управа не уједињују у једној јединој особи.” Додуше, у правној држави постоји такође судска контрола управе (управни спор), а данас и контрола уставности закона од стране уставних или редовних судова. Али, то су **релативна** обележја правне државе, јер она може постојати и без управног и уставног судовања.

До теорије поделе власти Montesquieu је дошао размишљањем о уставном праву Енглеске. По њему, све државе имају један општи циљ: самоодржање, с тим што су њихови посебни циљеви крајње различити. Но, постоји једна држава чији устав има за непосредан циљ политичку слободу. Та држава је Енглеска (Montesquieu, Esprit des lois, liv. 11, ch. 5,6). У њој је зато и подела власти најдоследније и најпродобније развијена. Ваља,

међутим, приметити да његово излагање у „Духу закона” не одговара у свему стварном енглеском уставу. Само, било би одатле погрешно изводити закључак да Montesquieu није довољно добро познавао тај устав. Пре ће бити, да је он иза свога излагања о енглеском уставу хтео да прикрије своје сопствене оригиналне идеје, како би им дао већу убедљивост.

По „Духу закона”, законодавна власт се поверава како збору племића, тако и збору који чине изабрани представници народа, који зборови имају своје засебне скупштине и засебно већају, те да би закон настао, мора доћи до сагласности међу њима. Извршна власт, у коју спада одлучивање о рату и миру, одашиљање и примање амбасадора, установљење безбедности, предупређивање инвазија, поверава се монарху. Монарх мора имати право вета на закључке законодавне власти. У противном случају, законодавно тело било би снабдевано деспотском влашћу; јер, када би могло да себи да свако овлашћење које би могло да замисли, оно би уништило све друге власти. Судије не би биле сталне, већ би се од случаја до случаја бирале из народа, с тим што би морале бити из истог сталежа као оптуженик. Пресуде би морале бити само текст закона примењен на појединачан случај, судије „само уста која изговарају речи закона, бездушна бића која не могу да им ублаже ни снагу ни строгост”. „На овај начин”, вели Montesquieu (Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 11, ch. 6), „власт суђења, тако страшна међу људима, будући невезана ни за извештан сталеж, ни за извештан позив, постаје, тако рећи, невидљива и ништавна.” И додаје (*ibid.*): Од трију власти о којима смо говорили, власт суђења је у неку реку ништавна. Остају само две; ...”

У погледу судске власти, Montesquieu се удаљио од енглескога узора, повинујући се, углавном, старогрчком. Јер, у Енглеској судије поставља краљ. Судске пресуде нису тамо само текст закона примењен на појединачан случај, већ такође стварају право, у виду прецедената који садрже правила за решавање будућих случајева; неки прецеденти уређују чак и област уставнога права; (в.: Hood Phillips/Jackson/Leopold, 2001, 19 ид.).

Но, за питање народнога суверенитета од посебног значаја је његова тврдња да су само законодавна и извршна власт у правом смислу речи власти, док судска власт то није. У држави наине постоје **носиоци или субјекти државне власти**, чија је воља воља државе, и **функционери**, који само хоће и раде у име државе. Полазећи од разликовања утврђених у „Духу закона”, можемо рећи да су законодавно тело и монарх носиоци или субјекти државне власти, док су судије само државни функционери. Уместо о „функционерима”, Duguit овде говори о „јавним агентима”. Пошто су „јавни агенти” исто што и „посредни државни органи” у немачкој

теорији државе (Duguit, II, 1928, 555), „јавни агенти“ су појединци чија се правна ситуација не заснива непосредно на уставу, већ на налогу који је индивидуално управљен на њих (G. Jellinek, 1914, 557). Из овога значења, које и ми прихватамо, произилази да су „јавни агенти“ хијерархијски потчињени, зависно од правне ситуације у којој се налазе, како носиоцима (субјектима) државне власти тако и државним функционерима.

Duguit као и Carré de Malberg, за разлику од нас, уместо о носиоцима (субјектима) државне власти говоре о „органима државе“ (Duguit, II, 1928, 539 и дд.; Carré de Malberg, II, 1922, 285 и дд.). Међутим, „орган“ у правном смислу је једна творевина правне технике, створена да би једна друга творевина правне технике, „правно лице“, добила пословну способност. **Држава није правно лице.** Држава је територијално-правна институција или реалан правни поредак, унутар кога се образује власт која је у стању да тај поредак (институцију) одржава (правна власт). Како исправно примећује родоначелник немачке науке управнога права, Otto Mayer, држава има потребу једино у области приватнога права, као фискус, да се уподоби другим правним субјектима узимајући на себе лик правног лица; (в.: Mayer, I, 1924, 118 и дд., 144, 184 и дд.; Mayer, II, 1924, 327 и дд.). Уосталом, да би држава изворно била правно лице, потребно је да изнад ње постоји нека правна власт која би јој доделила то својство, али такве власти нема. Необично је што Duguit каже о правној личности државе скупа с њеним органима, да то само значи „стварати фикције, изражавати апстракције, измишљати метафизичке фантоме“ (Duguit, I, 1927, 651), а да при том сам гради теорију органâ државе.

Замисао поделе власти, како ју је изложио Montesquieu у „Духу закона“, по први пут је усвојена у једном позитивноправном уставном тексту у Уставу Сједињених Америчких Држава од 1787. године. Сагласно том уставу, законодавну власт врши Конгрес истоветном одлуком двају равноправних и независних домова, Сената као представништва саставних држава, које чине по два представника сваке од њих, и Представничког дома који чине посланици целе Уније. Извршна власт припада председнику Сједињених Држава, кога бирају изборници по саставним државама. Председник такође има право вета на изгласане законе, али тај вето је само суспензиван, јер га домови Конгреса могу оборити поновним изгласавањем двотрећинском већином у оба дома. Највеће одступање од „Духа закона“ спровео је Устав Сједињених Држава у погледу Врховнога суда. Врховни суд није ограничен на традиционалне судске функције, већ може и да обеснажи закон за који нађе да је противан Уставу Уније. Та власт није Уставом изрично предвиђена, али ју је установио сам Врховни суд широким тумачењем уставнога текста, које је по први пут изнео у

случају „Marbury v. Madison”, који је пресудио 24. фебруара 1803. године; (в.: Gunther/Dowling, 1970, 2 идд.). Приликом пресуђивања, Врховни суд се не држи само слова Устава, већ га еволутивно тумачи позивајући се на уставна начела. Одавде гледано, Врховни суд чак може да обеснажи и амандман на Устав Сједињених Држава (Lambert, 1921, 76 идд.). Моћ судова („судократија”) у Сједињеним Америчким Државама има темељ и у томе, што судови поступају са писаним законом са истом слободом као и са обичајним правом и тумаче га помоћу обичајних начела; на студијама права и у судској пракси право се тражи у збиркама судских прецедената у којима закон сасвим нестаје испод правосудног глосирања; (в.: Naugou, 1923, 312 ид.).

Према томе, у Сједињеним Државама Врховни суд је, поред Конгреса и председника Уније, носилац (субјект) државне власти. О бирачком телу као носиоцу државне власти, говорићемо ниже.

Но, „Дух закона” износи један значајан вид судске власти у корист законодавног тела. То је његово право да суди за политичке кривице (Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 11, ch. 6). Ако би неки грађанин повредио „права народа”, а постављене судије не би знале или хтеле да га казне, онда би га законодавни део народа оптуживао, а законодавни део племства осуђивао. То је стара установа енглеског права „оптужење” (impeachment), где се као тужилац јавља дом комуна, а као судија дом лордова. Од „оптужења” ваља разликовати „act (bill) of attainder”, који је у ствари осуда, обично на смрт, донесена у законској форми. Данас се сматра да је „act of attainder” изобичајен (Hood Phillips/Jackson/Leopold, 2001, 155). Но, ти институти били су значајне полуге за увођење парламентарне владавине. Јер, у Енглеској је краљ неодговоран. Али, његови министри јесу, па се Парламент служио „оптужењем” и осудом у законској форми да уклони непожељне слуге Круне. Крајњи исход био је увођење политичке одговорности пред Парламентом кабинета (министарског савета) у целини и сваког министра понаособ, до којег је дошло 1835. године (Hatschek, 1978, 656).

Устав Сједињених Држава изрично је забранио (члан 1, одсек 9) „bill of attainder” и закон са повратним дејством. Оптужење (impeachment) је, напротив, задржано. Председник, потпредседник и сви цивилни чиновници Сједињених Држава могу бити оптужени и осуђени за издају, давање или примање мита, или за друге тешке злочине и преступе. Поступак оптужења покреће Представнички дом, а осуду изриче Сенат гласом две трећине својих присутних чланова, с тим што та осуда може гласити само на уклањање са дужности и дисквалификацију за обављање и уживање

било какве почасне службе, службе од поверења или плаћене службе Сједињених Држава.

Француска Декларација од 1789. у члану 16. каже: „Свако друштво у којем није обезбеђена гаранција права нити утврђена подела власти, уопште нема устав.” Француски Устав од 1791. под насловом III, чл. 2, прописује: „... Француски Устав је репрезентативан: Репрезентанти су Законодавно тело и Краљ.” То је исто као да се каже да су носиоци (субјекти) државне власти Законодавно тело и Краљ. Што се судске власти тиче, њу је овај устав уредио углавном у складу са смерницама постављеним у „Духу закона” (наслов III, поглавље V Устава). Ни у ком случају, судску власт не може вршити ни Законодавно тело нити Краљ. Судије повремено бира народ. Судови се не могу мешати у вршење законодавне власти, нити обуставити извршење закона, нити задрати у управне функције, нити позивати на одговорност администраторе због вршења њихових функција. Одавде следи да судови нису носиоци државне власти, већ пуки функционери, који су не само везани законом, него и под забраном да расправљају неко питање из надлежности извршне власти. У Француској је политичка одговорност министарстава и министара пред домовима Парламента уведена законом од 25. фебруара 1875. о организацији јавних власти, чији чл. 6. гласи: „Министри су солидарно одговорни пред Домовима за општу политику Владе; и индивидуално за своје личне поступке. - Председник Републике одговоран је само у случају велеиздаје.”

Устави већине латиноамеричких република усвојили су систем поделе власти по угледу на систем Сједињених Држава, док је већина устава европских либералних држава прихватила енглеско-француски кабинетски систем. С тим, што су се у 20. веку појавили и мешовити системи поделе власти. Веома оригинални немачки устав Вајмарске републике од 11. августа 1919. године, установио је, слично америчком систему, јаког, од народа изабраног и од парламента независног, предсеника Рајха. Уједно је, међутим, у чл. 54. прописао да канцелар Рајха и министри Рајха потребују за вођење службе поверење савезног Парламента (Рајхстага). Увелико ће овај систем преузети француски Устав од 4. октобра 1958. године. Занимљиво је да ће такав, мешовити систем, прописати и низ бивших чланица Совјетског Савеза, после распада те комунистичке диктатуре, у првом реду Устав Руске Федерације од 12. децембра 1993. године. Но, уколико у парламентима тих држава нема опозиције, онда се ради о ауторитарним режимима, који се приближавају диктатури, у којој се председник републике јавља као наследник председника комунистичке партије.

Montesquieu каже (Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 11, ch. 6): „Ове три власти требало би да образују стање мировања или неактивност. Али, како су нужним кретањем ствари принуђене да иду, оне ће бити приморане да иду у слози.” Одавде Duguit изводи изузетно важан закључак о **динамичкој суштини поделе власти**. „Никада Montesquieu није”, вели он (Duguit, II, 1928, 665 ид., 684, 686), „излагао теорију поделе власти која подразумева апсолутно одвајање органа вршећих извршну функцију и вршећих законодавну функцију. Он сматра да треба да постоји непрестана акција двеју власти једних на друге, збиљска сарадња. Montesquieu излаже на веома јасан начин да у Енглеској извршна власт учествује у законодавству, да законодавна власт врши непрекидну контролу над егзекутивом те да напоскон енглеска влада почива на трајној и присној сарадњи власти... Лако је показати да оно што се данас назива поделом власти, јест правило на основу којег постоји више органа који репрезентују национални суверенитет, сарадња присна и трајна тих органа, узајамна акција једних на друге, те такође одвајање управног персонала од судског персонала, независност што је могуће већа успостављена у корист судског персонала... Такође верујем да, како би се избегла забуна, треба уместо подела власти говорити сарадња органа.”

Ауторитативни познавалац државнога уређења Сједињених Америчких Држава, James Bryce, мисли на сличан начин када каже (Bryce, I, 1920, 226): „Једина збиљска снага извршне власти, бедем иза којег се може одупрети агресији законодавне скупштине, јесте у обичним временима право вета. Другим речима, она преживљава као егзекутива не на основу неке од својих особених функција извршне власти, већ због удела који је примила у законодавној функцији; она одржава свој положај снагом ствари, не зато што је одвојена од законодавне власти, него зато што учествује у праву које у суштини припада законодавству.”

Сматрамо да ипак треба задржати израз „подела власти”. Прво, зато што законодавна и извршна власт могу сарађивати само ако су њихови носиоци независни једни од других. Друго, не постоји увек, како каже Duguit, „трајна и присна сарадња” између тих власти, него и оштра политичка борба у режиму страначке владавине. Познати теоретичар уставног права и потоњи председник Сједињених Држава, Woodrow Wilson, вели (Wilson, 1889, 267): „Постоји трајна могућност страначкога разногласја између Егзекутиве и Конгреса која толико много компликује наш систем страначке владавине.” А Rousseau епиграмски каже (Rousseau, 1964, liv. 3, ch. 10): „Како посебна воља без престанка ради против опште воље, тако Влада непрестано настоји против Суверенитета.”

Народни суверенитет, који представља нашу ревизију учења о државним уређењима, постоји када се носиоцима (субјектима) државне власти у систему поделе власти, дода трећи или четврти носилац државне власти: **свеграђанско бирачко тело**.

Оправдано се поставља питање зашто се раније није дошло до ове једноставне истине. Томе су два разлога. Први је разлог устрајавање теорије државе и уставног права на троделној подели власти: на законодавну, извршну и судску. У други је разлог теже проникнути. Он је последица **догме репрезентације**. Излаз се састоји у рушењу те догме. Додуше, поједини ауторитети увиђали су недостатке те догме, али одатле нису извукли све нужне консеквенце. Тврдокорност догме репрезентације проистиче из идеологије „**репрезентативне демократије**”, јер се са падом догме репрезентације урушава и идеологија „репрезентативне демократије”.

Један од корифеја догме репрезентације, Georg Jellinek, каже (G. Jellinek, 1914, 582 ид., подвучено у изворнику): „Тако образовано представништво од сада је постало **орган воље народа**. **Народ и народно представништво образују, према томе, у правном смислу јединство**... Народ и парламент с тога су правно јединство. Народ је у правном смислу организован од стране парламента.” А један од француских класика теорије државе, Carré de Malberg, mutatis mutandis понавља (Carré de Malberg, II, 1922, 418): „Бирачко тело и парламентарни домови образују заједно јединствен орган - и следствено томе комплексан - у смислу да Устав сматра вољу Парламента као пред собом сагласну вољу, претпостављеној или изјављеној (барем посредством избора), збора грађана.” Лако је увидети да је то органско јединство воља парламента и народа као бирачког тела пука правна фикција.

Још је Rousseau у далеком 18. веку приметио (Rousseau, 1964, liv. 3, ch. 15): „Суверенитет не може бити репрезентован, из истога разлога што не може бити отуђен; он се суштински састоји у општој вољи, а воља се уопште не репрезентује: Она је иста, или је друга; уопште нема средине. Посланици народа нису дакле нити могу бити његови репрезентанти, они су само његови комесари; они ништа не могу коначно закључити. Сваки закон који народ главом није ратификовао ништав је; то уопште није закон. Енглески народ мисли да је слободан; он се јако вара, он је то само док трају избори за чланове Парламента; чим ови буду изабрани, он је роб, он није ништа.”

Водећи немачки уставни правник из доба Царства, Paul Laband, устврђује (Laband, I, 1911, 297 ид., подвучено у изворнику): „Савезни немачки парламент (Рајхстаг) своја овлашћења не изводи из воље бирача, већ

непосредно из **Устава** и закона Царства; она му припадају у потпуном обиму, чак и ако се налази у отвореној противречности са владајућим расположењем у народу; Рајхстаг није репрезентант или делегатар ма којег бираштва, странака или групе становништва и његова овлашћења су савршено независна од воље оних који имају право гласа."

Занимљиво је да двојица водећих француских теоретичара права заступају оба схватања, премда се она међусобно искључују. Тако Nauriou, када говори о „уставним веровањима”, сврстава међу њих и „репрезентативни режим” (Nauriou, 1923, 197 илд.). Но, када у истој књизи разматра „уставне институције”, он их дели на извршну, законодавну (већајућу) и гласачку власт (ibid., 395 илд.). У првом тому свога „Трактата о уставном праву”, Duguit каже о теорији репрезентације (Duguit, I, 1927, 475): „Тај појам репрезентације увек ме је силно збуњивао. После дугих напора, најзад сам схватио да је потпуно излишан и да га треба у целини одстранити.” Али, у другом тому истога „Трактата”, он устврђује (Duguit, II, 1928, 559): „Репрезентанти или органи репрезентације јесу они који хоће уместо нације и чија је воља као да непосредно проистиче од нације... Као орган репрезентације, репрезентанти немају вољу различиту од воље нације; оно што они кажу, оно што заповедају, то је нација која то каже, која то заповеда.” Велики самопроглашени борац против правних фикција, овде сам себи, рекло би се, „скаче у уста”.

Међутим, **идеја** народног суверенитета као посебног облика државног уређења управо потиче из француске Декларације из 1789. године, чији чл. 3. гласи: „Принцип целокупнога суверенитета суштински почива у Нацији. Ниједан збор, ниједан појединац не може вршити власт која изрично не потиче од ње.” Да би се сагледала природа народнога суверенитета, неопходно је упоредити га са друга два облика државног уређења, монархијом и демократијом.

У **монархији**, суверенитет има **статичан карактер**. Суверенитет је трајно везан за главу владајуће породице, династију. У апсолутној монархији, монарх је једини носилац државне власти. У ограниченој монархији, чији је типичан облик уставна монархија, монарх је такође суверен, али као **примаран** носилац државне власти, док законодавну власт дели са народом и парламентом, који се с тога јављају као **секундарни** носиоци државне власти. У **демократији**, суверенитет такође има статичан карактер, јер је трајно везан за народ као трајну заједницу засновану на **виталној солидарности**, при чему устав те заједнице власт поверава већини која се у њој образује. И демократија може бити неограничена и ограничена. У овом другом случају, већина је **примаран** суверени носилац

државне власти, док су секундарни (несуверени) носиоци државне власти, на пример, саставне државе (федералне јединице) у савезној држави.

Овде изостављамо **аристократију** као облик државног уређења. Јер, она се -у чистом виду - ретко јавља; данас не постоји ни једна аристократија. Носилац државне власти у аристократији је **део народа**, који се обично истиче пореклом и земљопоседом. То су, по речима нашег народа, „коленовићи”, „кућићи”, „оцаковићи”. Још је Montesquieu уочио тенденцију аристократије да пређе у неки други облик државног уређења. (в.: Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 2, ch. 3). Он каже да је најбоља аристократија она у којој је део народа који не учествује у власти тако мали и тако сиромашан да владајући део нема никаки интерес да га угњетава. Тако је Антипатер установио у Атини да право гласа нема онај ко не поседује две хиљаде драхми, што је, по „Духу закона”, била најбоља могућа аристократија, јер се највише приближила демократији. Најгора пак аристократија је она у којој је део који дугује послушност у „грађанском ропству” оних који заповедају, као што је у Пољској, где су сељаци робови племства.

У држави са народним суверенитетом, која се заснива на подели власти, суверенитет има динамичан карактер. У њој, суверенитет циркулише од једног до другог носиоца државне власти у складу са уставом. Тако је народ суверен када бира посланике парламента. Парламент је суверен када доноси законе. Ова два носиоца државне власти **нужна** су да би постојао народни суверенитет. Но, када устав то предвиђа, државни поглавар је суверен када именује министре, распушта парламент и врши право апсолутног вета. Уставни суд је суверен када проглашава закон неуставним. Некако најближи овој концепцији био је Kant када каже (*Kants Werke*, VI, 1968, 316, подвучено у изворнику):

„О тим властима, посматраним у њиховом достојанству, гласиће: Воља **законодавца** (*legislatoris*) у погледу тога, што се тиче спољашњег мога и твога, је **беспрекорна** (*irreprehensibel*), способност извршења **врховног наредбодавца** (*summi rectoris*), је **неодољива** (*irresistibel*) и праворек највишег **судије** (*supremi iudicis*) **непроменљив** (*inappellabel*).”

Разматрање типова државног уређења омогућује да се исправно схвати и појам **диктатуре**. Најбољу правнотеоријску студију о диктатури на темељу западноевропских права и доктрина у историјској перспективи дао је Carl Schmitt (*Schmitt*, 2006, *passim*). Он разликује две врсте диктатуре: „комесарску” (повереничку) и „суверену” (исправније би било рећи: уставотворну); (в. и наш рад: Петровић, 2004, 49 илд.). Обе ове врсте диктатуре познавало је још римско право. У праву старије римске републике, комесарскога диктатора именовао је конзул на шест месеци,

када би ратно стање то захтевало. Диктатор беше, с тим у вези, врховни војни заповедник снабдевен краљевским империјумом (*magister populi*) и његово најјаче средство било је право да изрекне смртну казну, против чега није постојао никакав правни лек. Битно је то, да диктатор није могао да мења старе, ни да доноси нове законе. Он, једнако, није могао да учини ни да ишчезну Сенат и магистрати, јер би таква радња била злочин преврата против републиканскога уставног поретка (Mommsen, 1955, 549 илд.). Овај облик диктатуре нестало је још отприлике око 300. године пре Христа. Но, 82. године пре Христа један закон уводи уставотворну диктатуру, именовавши Корнелија Сулу за диктатора „*legibus scribendis et rei publicae constituendae*” на неодређено време. Ова диктатура не само што није била везана никаквим законима ни потчињена било каквој контроли, него је свога носиоца чинила и уставотворцем. Сматрајући да је свој мандат рестаурације државнога уређења испунио до краја, Сула је добровољно укинуо диктатуру и остатак живота провео као обичан грађанин.

Само, Schmitt грешни што диктатуру поима као средство за остварење циља, те самим тим као суштински привремен начин вршења државне власти. То га је, међутим, онемогућило да види и **трећи** облик диктатуре, трајну диктатуру као облик државног уређења, коју називамо „**прерогативном диктатуром**”. Ова диктатура **формално** има уставни акт, али је у **стварности** устав **суспендован** и уставне институције само су полуге неограничене власти. Прерогативна диктатура може постојати и у монархији, и у демократији и у држави са народним суверенитетом.

Уставноправни писци либералног опредељења прерогативну диктатуру дисквалификују као „тиранију” и „тоталитарну диктатуру”, што ће рећи као власт по себи **злу**; (в.: на пример: Hegmens, 1968, 79 илд., 116 илд.). Но, они тиме отварају **морално питање**, то јест, која је државна власт у моралном смислу **добра**. Међутим, они одговор на то питање не траже, у ствари и не могу да траже, јер либерализам право, наполе уставно право, одваја од морала, за њега савремена држава мора бити (и у моралном смислу) заснована на принципу „**неидентификације**” (Krüger, 1966, 178 илд.). Отуђеност од морала је најосетљивије питање **легитимитета** државе засноване на народном суверенитету.

Уопште, легитимитет устава и уставнога права почива на њиховом континуитету (Hegel, 1981, § 274, pag. 318; Nauriou, 1923, 262 илд.). Легитиман је онај устав који се заснива на претходном правоваљаном уставу, који се такође заснива на једном претходном правоваљаном уставу, и тако све до неписаног устава који је важио од памтивека. Постоји и ужи појам легитимитета; он обухвата разлику коју чини Max Weber између три типа

легитимне власти (Weber, I, 1964, 22 илд., 157 илд.). То је **традиционална власт**, која се легитимише веровањем подвлашћених у исправност, штавише светост једнога историјски баштињеног, „одвајкада” постојећег поретка власти и у ауторитет лица која су у једном таквом поретку позвана да владају. То је, даље, **харизматска власт**, која се легитимише веровањем подвлашћених да право имаоца власти да влада проистиче из његове „харизме”, то јест његових изузетних, чак натприродних способности. То је, најзада, **рационална** или **легална власт**, која се легитимише веровањем подвлашћених у легалитет прописаних правила и право заповедања оних који су њима позвани да врше власт.

Власт државе са народним суверенитетом је рационална или легална власт. И Rudolf Smend истиче (Smend, 1955, 211): „Утолико одлучније заснива се модерна држава на својој неразрешивој повезаности са законом као својој сопственој и њу уједно легитимишућој властима како да је такође парадоксно, да је она управо својом коначном еманципацијом од свег и сваког досадашњег легитимисања које је трансцендирао политичку сферу, тиме постала модерна правна држава.” Имајући ово у виду, Max Weber, убеђени либерал, у једном спису из 1918. устврђује да је држава социолошки гледано још само један велики погон, те да данас економски управни апарат, фабрика и држава нису више суштински различити (Weber, 1980, 320 илд.).

Прерогативна диктатура **није** легитимна. Али, то не значи да њене поједине историјске појаве нису засноване на моралу. Подсетимо се да Hegel, који није био либерал, држава смешта у сферу „благонаравља” (Hegel, 1981, §§ 257 илд.). Често је прерогативна диктатура била прихватана као спас од **анархије**.

У Енглеској је Cromwell у 17. веку преузео власт после вишегодишњих страначких међусобица. Један енглески аутор о томе каже (Kellet, 1937, 7): „Протекторат Oliver-а Cromwell-а...био је од народа подношен с негодовањем, јер му је народ давао преимућство пред потпуном анархијом.”

О „октобарској револуцији” 1917. у Русији, Waldemar Gurian сажима схватање многих посматрача речима (Gurian, 1931, 47): „Тако је анархија расла све више и више. Биле су довољне само мале организоване групе, па да се сруше Керенски и његова влада. Војска се све више и више распадала, већина становништва држала се сасвим пасивно и живела у ишчекивању...; большевички борци нису били особито значајни ни бројчано, а нити су војнички били толико ваљани да би их се могло озбиљније узети у обзир; али, они су били активни елементи у општој анархији.”

У погледу Немачке између 1930. и 1933. познати јеврејски публициста, Emil Ludwig бележи (Ludwig, 1935, 320): „Кроз улице Немачке хујала је анархија. Четири армије, у најмању руку наоружане ножевима, бодежима, боксерима, урлале су на трговима, струјале су кроз градове, лупале у добош кроз целу земљу. Нико није тачно знао за коју је од тих армија била гомила, која је оивичавала улице; она сама није знала.”

Најдуговечнија прерогативна диктатура, римски принципат, који је Август Октавијан установио 27. године пре Христа и који је трајао до Диоклецијанове уставне реформе (тетрархије) 293. године, ставио је већ на почетку своје законодавству за задатак да оздрави тешко оболели морал римских грађана (Voigt, II, 1963, 45 илд.; 158 илд.).

Вођа енглеске револуције, лорд протектор Cromwell, позивао се за своју мисију на Бога. „Ако је понекад говорио о сагласности народа за своју владавину,” вели С. Schmitt (Schmitt, 2006, 135), „он ипак у одлучујућем тренутку, као приликом распуштања дугог Парламента, никада није остављао сумњу да извор своје власти види у Богу и своју сувереност не чини зависном од народа у смислу радикалних демократа свога доба.”

Шпански дипломата и теоријски херолд конзервативне диктатуре, Donoso Cortés, делујући средином 19. века, жигосао је Енглеску као вечиту подстрекачицу револуција на континенту; ипак, Енглеска је једина брана од револуционарно-комунистичке поплаве, али другачије, као монархистичка и конзервативна, што ће рећи католичка Енглеска! (Schmitt, 1950, 60, 62).

Не може се рећи да ли западној Европи предстоји једна нова анархија и, потом, једна диктатура која ће у име морала да руши позитивно право. Ипак, изван знак у том смислу постоји. То је, како увиђа Georges Burdeau (Burdeau, X, 1977, 125 илд., 321 илд.) појава против-власти (contre-pouvoirs), које се спајају да униште „Власт” растачући је.

Аднотације

Montesquieu, *Esprit des lois: Esprit des lois par Montesquieu, avec les notes de l'auteur*, Paris, 1894.

Stahl, 1878: F.J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, II/2, 5. Aufl., Heidelberg 1878.

Stahl, 1847: F.J. Stahl, *Der hristliche Staat und sein Verhältnis zu Deismus und Judentum: eine durch die Verhandlungen des Vereinigten Landtags hervorgurufene Abhandlung*, Berlin 1847.

- Schmitt, 1985: C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3. Aufl., Berlin 1985.
- W. Jellinek, 1931: W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., Berlin 1931.
- Hood Phillips/Jackson/Leopold, 2001: O. Hood Phillips/P. Jackson/P. Leopold, *Constitutional and Administrative Law*, 8th. Ed., London 2001.
- Duguit, II, 1928: L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, II, 3-e éd., Paris 1928.
- G. Jellinek, 1914: G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., von W. Jellinek, Berlin 1914.
- Carré de Malberg, II, 1922: R. Carré de Malberg, *Contribution à la Theorie générale de l'Etat*, II, Paris 1922.
- Mayer, I, 1924: O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, 3. Aufl., München/Leipzig 1924.
- Mayer, II, 1924: O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, 3. Aufl., München/Leipzig 1924.
- Duguit, I, 1927: L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I, 3-e éd., Paris 1927.
- Gunther/Dowling, 1970: G. Gunther/N.T. Dowling, *Cases and Materials on Constitutional Law*, 8th Ed., Mineola, N.Y 1970.
- Lambert, 1921: E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris 1921.
- Hauriou, 1923: M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1923.
- Hatschek, 1978: J. Hatschek, *Englische Verfassungsgeschichte bis zum Regierungsantritt der Königin Viktoria*, 2. Aufl., herausg. v. W. Kienast/G. A. Ritter, Aalen 1978.
- Bryce, I., 1920: J. Bryce, *The American Commonwealth*, I, New Ed., New York 1920.
- Wilson, 1889: W. Wilson, *Congressional Government. A Study in American Politics*, 5th Ed., Boston/New York/Cambridge 1889.
- Rousseau, 1964: J.-J. Rousseau, *Du contract social*, in: *Oeuvres complètes*, III, 1964.
- Laband, I, 1911: P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I, 5. Aufl., Tübingen 1911.
- Kants Werke, VI, 1968: I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in: *Kants Werke*, VI, Berlin 1968.

Schmitt, 2006: C. Schmitt, Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, 7. Aufl., Berlin 2006.

Петровић, 2004: М. Петровић, Устав и легитимитет. Доношење и важење устава с тежиштем на питању легитимитета као једног од основних питања теорије устава и уставног права, Зборник радова Уставно питање у Србији, Ниш, 2004, 19-63.

Mommsen, 1955: Th. Mommsen, Römisches Strafrecht, Nachdruck der Ausg. von 1899, Berlin 1955.

Hermens, 1968: F. A. Hermens, Verfassungslehre, 2. Aufl., Köln/Opladen 1968.

Krüger, 1966: H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1966.

Hegel, 1981: G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Nach der Ausg. von E. Gans, herausg. von H. Klenner, Berlin 1981.

Weber, I, 1964: M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, I., herausg. von J. Winckelmann, Köln/Berlin 1964.

Smend, 1955: R. Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Berlin 1955.

Weber, 1980: M. Weber, Gesamelte politische Schriften, herausg. von J. Winckelmann, 4. Aufl., Tübingen 1980.

Kellet, 1937: E. E. Kellet, The Story of Dictatorship, New York 1937.

Gurian, 1931: W. Gurian, Der Bolschewismus, Freiburg 1931.

Ludwig, 1935: E. Ludwig, Hindenburg und die Sage von der Deutschen Republik, Amsterdam 1935.

Voigt, II, 1963: M. Voigt, Römische Rechtsgeschichte, II, Neudruck der Ausg. Stuttgart 1899, Aalen 1963.

Schmitt, 1950: G. Schmitt, Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation. Vier Aufsätze, Köln 1950.

Burdeau, X, 1977: G. Burdeau, Traité de science politique, X: La rébellion du social, 2-e éd., Paris 1977.

Prof. Milan Petrović, LL.D.,
Full Professor (retired),
Faculty of Law, University of Niš

THE LEGAL STATE, SEPARATION OF POWERS, AND NATIONAL SOVEREIGNTY

Summary

Ever since Montesquieu's treatise on „The Spirit of Laws„(Esprit des lois), we have been aware that every state has its own laws. But, the state of law is a concept of distinctive nature. The term derives from German science about the state (Rechtsstat). The expression „state of law” (law-governed state) was subsequently transplanted into other continental European languages (Etat de droit, Stato di diritto, Правовое государство). The forbearer of the understanding of the state of law in a formal sense is F. J. Stahl, the leading Prussian legal philosopher of the first half of the 19th century. According to him, the state „needs paths and boundaries of its activities as well as the sphere of citizens' freedom to accurately define and normatively ensure their inviolability”. In his opinion, state life should be governed by Christian values. This basically correct view is also encountered in Montesquieu's work, although he does not speak about the state of law but rather about „free” and „moderate” states, emphasizing that „it is true that in democracies the people seem to act as they please; but political liberty does not consist in an unlimited freedom... Liberty is a right of doing whatever the laws permit, and if a citizen could do what they forbid there would be no liberty, because all his fellow-citizens would have the same power. „ Thus, in order to preclude the situation where the same person or magistracy would enact and apply tyrannical laws, the legislative and executive powers must be separated. The same is true for the judiciary, in order to prevent their arbitrary and coercive power over citizens' life and freedom. This doctrine of the separation of powers among the three branches of government has become a dogma. Yet, some great authorities in the state and law science have shown that the separation of power is not possible at all. A careful reading of „ the Spirit of the Law” shows that Montesquieu himself recognized the primacy of the legislature. But, then, how can the power of the state be limited in terms of ensuring the state of law?

In the author's opinion, the answer lies in reconsidering the theory about the systems of government. This paper posits a view on three basic systems of government: monarchy, democracy, and constitutional state with national sovereignty, whereby the last one entails at least two direct bodies of authority. G. Jellinek says that direct state bodies are necessarily present in every state; their presence is a constituent part of state organization, and their absence would completely disorganize or basically re-shape the state. In a constitutional state with popular sovereignty, a direct body of authority is inevitably the electoral body (electorate) which includes all adult

citizens eligible to vote. The second direct state body of authority is necessarily the National Assembly (Parliament). Other direct state bodies of authority may include the Monarch (in constitutional monarchies) or the President of the Republic (in the republican form of government). Such a system of government is dynamic because it enables the circulation of the state power from one direct state body to others, primarily from the electorate to the parliament, and vice versa. Thus, the Constitution is a necessary instrument in a state with national sovereignty, as it explicitly provides for establishing the bodies of state organization and administration, and regulates the circulation of power between them. A constitutional document may (or may not) be enacted in both monarchies and democracies. The power of a monarchy may be absolute or limited (by the constitution or statutes); the governing power in democracies may also be (more or less) limited or unlimited. In view of the above, it follows that both a monarchy and a democracy may be (but do not necessarily have to be) governed by the state of law. States with national sovereignty are always based on the state of law principles because a dynamic balance between the direct bodies of authority embodies Montesquieu's conception of the separation of powers. Finally, the author's understanding of popular overeignty provides for resolving the problem of dictatorship. The commissary dictatorship, which may be traced back to the times of Ancient Rome, entails a suspension of laws. Dictatorship, as a political regime which has not been comprehensively defined in legal science, entails a suspension of national sovereignty. We denominate it „prerogative dictatorship“.

Keywords: *state of law, separation of powers, monarchy, democracy, constitutional state with national sovereignty, dictatorship.*

ЈАВНЕ АГЕНЦИЈЕ У УПРАВНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ СА КРАЋИМ ОСВРТОМ НА ЊИХОВ ПОЛОЖАЈ У УПРАВНОМ СИСТЕМУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт: *Јавне агенције више нису тако нова правна форма ни у управном систему Србије. Констатација је још тачнија за управни систем Европске уније. Аутор у раду анализира положај јавних агенција у Србији а на основу Закона о јавним агенцијама и одређених посебних закона којима су оне установљене. Указује се на ставове присутне у домаћој правној теорији од оспоравања њихове егзистенције (бар под тим називом) и указивања да би се оне могле окарактерисати као посебне организације (са формалноправног аспекта неке то и јесу), али и става да се не може ставити знак једнакости између њихове институционалне физиономије и оне коју имају посебне организације. У неким елементима јавне агенције у управном систему Србије имају сличности са органима државне управе. Као битним актерима у спровођењу права Европске уније посвећује се посебна пажња јавним агенцијама у њеном управном систему. Наглашено је да су јавне агенције у ЕУ преузеле део надлежности Европске Комисије, те су тиме растеретиле дела послова и истовремено јој омогућиле олакшано спровођење одређених јавних политика. Извршена је анализа положаја такозваних независних и извршних јавних агенција у управном систему Европске уније. Респектабилан је број независних јавних агенција, па ипак без обзира на то, оне су јединствене и испуњавају индивидуалну функцију која је уоквирена општим актом о њиховом оснивању. Указано је на став теорије да „оне доприносе већем степену децентрализације и дисперзије активности“ Европске уније. Уз ослонац на спроведена истраживања у теорији управног права указано је да постоје три врсте независних јавних агенција у управном систему Европске уније. Такође значајна је улога извршних агенција које су основане Уредбом Савета бр. 58/2003.*

* e-mail: mrapajic@jura.kg.ac.rs

На послетку у раду се расправља о значају делатности јавних агенција (и опстанку ове правне форме) у управним системима Србије и Европске уније.

Кључне речи: јавне агенције; јавне агенције у управном систему Србије; јавне агенције у управном систему Европске уније; независне и извршне јавне агенције у Европској унији; правна природа; делатност.

1. Уводна разматрања

Пред модерном јавном управом налазе се бројни и нови задаци који су последица јачања улоге државе у скоро свим сферама друштвеног живота: привредно-економској, правно-политичкој, војно-безбедносној, социјалној, културно-уметничкој, еколошкој. У науци управног права указано је на тенденције у развоју јавне управе. Реч је о 1) тенденцији раста; 2) тенденцији (даље) диференцијације; 3) тенденција мање ефективне употребе принуде у релацијама управе са корисницима; 4) тенденција успостављања професионализма или (персоналног) експертског устројства јавне управе. У вези са тенденцијом пораста указано је да она значи непрестано увећавање управе, „тако што се стално јављају нови органи и други субјекти који врше послове управе, као што управа обухвата све већи број људи. За ову тенденцију постоје објективни разлози, од којих је најважнији пораст задатака који се пред управу стављају.“ ... О тенденцији диференцијације наглашено је да се „из јединствене органске и функционалне целине, какву је управа представљала у почетном периоду развоја, временом издвајају поједини управни задаци и послови у појединим областима и њихови органски носиоци.“ За тему овог рада од исто цитираног аутора Драгана Милкова битна је следећа констатација поводом процеса диференцијације у јавној управи, где примећује: „Овај процес сигурно није завршен, јер ће у будућности доћи вероватно до издвајања нових државних субјеката за вршење одређених задатака и послова о којима се данас не води рачуна.“ (Милков, 2016: 28-29). Диференцијација односно појава нових управних организација не би била адекватна, ефикасна и успешна да је не прати динамична појава професионализације свих јавних управних структура, додуше у различитим обимима., Значајка професионализма појавила се тјekom развоја управе, а процес њезине стабилизације није ни данас довршен.“ ... „Обављање послова у управним организацијама поприма с временом све више обиљежје сталне скупине задаћа и трајног занимања. Прва је компонента тенденције према професионализацији поступно устаљивање положаја у управним организацијама, како скупине задатака

повезаних с тим положајем, тако и стабилности особна положаја њихових носилаца. Друга је компонента тенденције према професионализацији пријелаз од лаика на стручне службенике у управи. Та је компонента уско повезана с тенденцијом према сталној скупини задаћа и према сталности на радним мјестима. Јер да би се исплатила инвестиција потребна за стручно школовање кандидата, мора постојати барем одређена вјеројатност да ће он моћи школовањем стечено знање примјенити на послу који ће му у размерно дуљем раздобљу осигурати материјалну егзистенцију, и у функционалној је вези с оним посебним знањем што га је службеник својим школовањем стекао.“ (Pusić, 2002: 88-89). Сматрамо да је даље диференцирање јавних управа у свету и тежња ка уској професионализацији довела до појаве нових организационих форми у јавној управи, у многим земљама транзиције које су се удаљиле од традиционалног модела управе као државне-класне управе по којој је она „систем ауторитативних структура и процедура који служи државно-политичким циљевима. Управа се схвата као државна власт, односно као апарат политичке власти путем које држава непосредно извршава своје циљеве.“ (Димитријевић, 2016: 61). Транзиционе привреде и државе владавине права које су на „стакленим ногама“ (као на пример и на жалост, још увек у Републици Србији, која је чак и уставно дефинисана као држава владавине права и социјалне правде) усвајају „правни режим који важи за вршење државне власти (а) проширује се и на јавне службе. Појава нових активности савремену државу карактеришу као социјалну државу или државу благостања. Савремена управа се мора разумети као последица концепта државе која пружа јавне услуге чиме се јавне службе и јавна управа поистовећују. Тако и настаје концепт услужно оријентисане јавне управе (*service - oriented public administration*). Преузимање послова непосредног задовољавања изузетно значајних потреба грађана од стране државе, мења општи карактер управе.“ (Димитријевић, 2016: 61) Управа се позиционира тако да је она по тој школи мишљења „социјална функција пружања јавних услуга“ (Лилић, 1991:121). „Савремена јавна управа се темељи на три фундаменталне вредности: демократији, ефикасности и владавини права. Циљеви које треба постићи су: отвореност и транспарентност, сервис и квалитет, стручност и етичност. Јавна управа треба да се суочи са чињеницом да је она велики послодавац која треба да створи адекватан радни и социјални амбијент за своје грађане.“ (Димитријевић, 2016: 63) Управо ове реченице би могле такође да послуже јер могу бити пресликане, односно послужити као опис значаја егзистирања и рада јавних агенција, код оних који заговарају њихову делатност у српском управном систему. Ипак окриље постојања јавних агенција се највише везује за модел управе као новог јавног менаџмента... Осамдесетих

година прошлог века се у земљама енглеског говорног подручја, јавља тежња ка реформи јавног сектора под називом Нови јавни менаџмент (New Public management). Творцем овог назива се сматра Кристофер Худ (Christopher Hood), професор Универзитета у Оксфорду, који је само терминолошки уобличио овај назив у свом чланку под називом „A public management for all season“, објављеном 1991. године. Худ је истицао четири основна елемента Новог јавног менаџмента, а то су: 1. Покушај да се успори или преокрене раст владиних тела; 2. Окретање ка приватизацији и квазиприватизацији, удаљено од владиних институција, са нагласком на „субсидијарност“ у пружању услуга; 3. Развој аутоматизације, посебно информационе технологије у производњи и дистрибуцији јавних услуга; и 4. Развој међународне сарадње, посебно везано за јавни менаџмент, обликовање политике и међувладина сарадња.“ (Милков, 2014:33) У хрватској стручној књижевности се наводи: „Нови јавни менаџмент један је од најчешћих термина у литератури о савременим реформама јавне управе у различитим земљама. Ријеч је о управној доктрини којом се наглашава реформа јавне управе по моделу приватног сектора – дакле како технике и методе функционирања приватног сектора пренијети у јавни како би он постао учинковитији и првенствено економичнији. Нови јавни менаџмент назив је за више реформа јавног сектора које су се у већини земаља западног свијета почеле проводити почетком 1980-их година. Нови јавни менаџмент, као доктрина, настао је након велике нафтне кризе 1970-их година када долази до кризе социјалне државе и почиње се говорити о „неуспјеху државе“ и о потреби мијењања класичне државне управе, али и читавога јавног сектора. Нови јавни менаџмент се темељи на неолибералној идеологији и прво се почео примјењивати у англосаксонским земљама (првенствено у Великој Британији и Новом Зеланду), у којима су 1980-их година на власт дошле конзервативне политичке странке. Након тих земаља он се почео ширити и у остале развијене земље западне Еуропе, а међународне организације (ММФ, Свјетска банка, ОЕЦД) залагале су се за његову примјену и у транзицијским земљама и земљама у развоју. Концепт нови јавни менаџмент је хетероген тако да обухваћа више идеја и мјера па се не може рећи да постоји јединствен модел концепта новог јавног менаџмента, нити су све државе усвојим реформама инспириране концептом новог јавног менаџмента то провела једнак начин.“ (Mateljak, Gjurković, 2016:118-119) Управо ова изречена мисао, на шта почетно указујемо, прилагођавајући је нашој теми, вероватно је полазна и позитивна хипотеза школе мишљења која сматра да технике и методе функционисања приватног сектора могу бити лакше пренете на структурне и организационе аспекте функционисања јавних агенција, и које се самим тим могу показати ефикасније и економичније

у вршењу јавних овлашћења него класични (основни облици као што су министарства) органи државне управе. „Агенцификација, дакле значи трансфер владиних активности органима вертикално специјализованим изван министарстава. Владе широм света а у вези са таласом Новог јавног менаџмента установљавале су агенције на дохват руке од министарских одељења да би се оне усресредиле на одређене регулације и остваривање управних послова.“ (Trondal, 2014:545-546) У домаћој литератури се такође дефинише шта значи реч агенцификација: Практично, под агенцификацијом се обично подразумева „хиперпродукција“ јавних тела као организација које нису у директној структури владе одређене земље, али представљају њену продужену руку и, с друге стране, послују више по тржишним принципима, имајући у виду могућност комерцијализације производа и услуга које пружају грађанима. Када су транзиционе земље посредни, ефекти агенцификације углавном су се огледали у оснивању нових независних тела за обављање нових функција, нових јавних агенција на које су преношена овлашћења класичне државне управе, или у знатном повећању аутономије већ постојећих јавних тела. Ова јавна тела представљају тзв. четврту грану власти, поред три постојеће гране власти: 1) законодавно-регулаторне; 2) управно-извршне; 3) судске власти, јер у делокругу имају овлашћења и регулаторне природе (нпр. доношење подзаконских прописа, директно предлагање закона) и управно-извршне природе (нпр. давање и одузимање лиценци, упис у регистар, издавање јавних исправа) и судске природе (нпр. арбитража, медијација). Кроз овај вид реформе јавне управе јасно се види намера државе да поједностави начин обављања својих функција, тако што овлашћења из свих грана власти поверава једном јавном телу, правећи тако посебну, нову, тзв. четврту грану власти.“ (Алексић, 2012: 36). Овакво мишљење сем изузетка који управо важи за Србију, где се под агенцификацијом може подвести процес (и оно што тај процес позитивно носи) „хиперпродукције“ тела које се називају агенцијама, не може бити прихваћено у оном делу у коме се наводи да држава поверава овлашћења једном јавном телу – агенцији (односно агенцијама) из све државно-правне функције стварајући тако нову четврту грану власти. У српској теорији управног права, нема резолутног става (напротив) о томе да јавне агенције представљају четврту грану власти, а у оквиру српске уставноправне доктрине указује се на феномен дељења власти који „настаје са обликовањем независних државних органа и институција, какве су уставно судство, омбудсман, државне ревизорске институције, централне банке (монетарна власт), повереништва и слични облици. Због разноврсности њихових улога, овакве институције није лако обухватити јединственим појмом, па се оне колоквијално и недовољно прецизно понекад означавају као „четврта

власт“ (уз три класичне власти).“ (Милосављевић, 2012: 9). Међутим то је само теоријска конструкција јер у ту тако хетерогену „четврту власт“ могле би бити сврстане и јавне агенције, али за то у Србији би била нужна промена Устава из 2006. који „говори“ у члану 4 (ставови 2 до 4) о раздеоби три државне функције: „(2) Уређење власти почива на подели власти на законодавну, извршну и судску. 3) Однос три гране власти заснива се на равнотежи и међусобној контроли. (4) Судска власт је независна. “Заговорници новог модела јавне управе у Србији сматрају „да је могуће успоставити јасан и *кохерентан уставни модел* агенцијске управе, која подразумева да агенције треба да решавају тешке задатке и проблеме али да политички утицај, који је неминован и очигледан у свим компаративним системима, буде контролисан институционалним механизмима, али и механизмима евалуације саме јавне политике.“ (Вучковић, 2013: 204). Дакле само уставна ревизија која би садашњу државну управу „изместила“ из окриља извршне власти (како је то сада у уставном решењу из 2006) и поставила као посебну власт, наденула јој име јавна управа (који је сада теоријски појам), а у оквиру такве управе сврстала и јавне агенције би била легалистички, конституционално валидна а у одређеној мери и легитимна.

1.2. Сједињене Америчке Државе као правна постојбина јавних агенција

У овом спису указујемо да је сам израз јавна агенција термин усвојен са англосаксонског правног подручја и да није термилошки близак српском управном систему. Коначно и место „рођења“ јавних агенција су Сједињене Америчке Државе. Комплексна регулација различитих аспеката друштвеног живота (сијасета управних области) у једној од највећих федерација на свету Сједињеним Америчким Државама, путем делегације овлашћења од стране легислативног тела – Конгреса и извршне власти – председника САД-а, дата је јавним агенцијама. И на нивоу федералних јединица формиране су агенције налик оним на савезном нивоу. Израз „владина агенција“ или „административна агенција“ се односи на једну од независних агенција (високоаутономних) Владе Сједињених Америчких Држава (овде мислимо на шири појам владе у односу на онај који се користи за колективно тело извршне власти на челу са премијером, првим министром, у парламентарном или полупредседничком систему власти) које су поприлично суверене у свом раду у односу на шефа државе. Иако се значајан део челника агенција (у ствари именује од стране председника, за смену је поступак тежи јер се они могу са своје позиције уклонити само на основу законског основа, а не широких дискреционих овлашћења. Оне

су овлашћене да доносе и спроводе прописе из своје надлежности, али и да одлучују у споровима (из свог делокруга). Примери независних агенција укључују: Савезну комисију за комуникације (Federal Communication Commission), Одбор федералних резерви (Federal Reserve Board), Комисију за хартије од вредности, Национални одбор за радне односе (National Labor Relations Board). Међутим независне агенције, само су једна од врста агенција. Треба имати у виду како федерални Закон о општем управном поступку (из 1946.године) дефинише агенцију у правном систему САД-а као „сваки орган власти Владе САД-а, било да се он налази у саставу или под контролом другог органа, а који не укључује Конгрес, судове и „Дистрикт Колумбија“.¹Управо у вези са оваквом дефиницијом искрсава питање, колико у ствари има типова агенција у САД-у, и ако све не носе назив агенција. Можемо агенције груписати у четири типа: 1.Агенције у оквиру појединих управних ресора (немају идентичне називе, па могу бити: управе, службе, бирои), пример је Управа за храну и лекове (Food and Drug Administration)² (основана 1906. за време председника Теодора Рузвелта), која се налази у оквиру Ресора здравства и социјалних служби. Челници овог типа агенција носе назив директора или управника. Њих именује или председник САД или секретари ресора, с тим да је неопходно мишљење и одобрење Сената. 2. Агенције које се налазе ван ресора, чије старешине је надлежан да именује председник уз мишљење и одобрење Сената као и код првог типа с тим што је овде изостало могуће именовање од стране секретара управних департмана, а то је посве логично. Пример за такву агенцију је Агенција за заштиту животне средине³ (основана 1970. на иницијативу председника Никсона). 3. Већ поменуте независне регулаторне агенције, се налазе изван било ког од садашњих 15 секретаријата – управних ресора (у администрацији председника Доналда Трампа /2017-2021/) и кабинета председника. (Breger, Edles,2015:6). „Независне агенције могу бити разликоване од савезних извршних департмана и других извршних агенција по њиховим структурним и функционалним карактеристикама.“ (Pierce, Shapiro, Sidney, Verkuil, 2009: 101) 4. Коначно у српској теорији се наводи да: „Посебну врсту институција представљају независне државне корпорације (*independent government corporations*), које се оснивају за обављање услуга, које традиционално врши приватни сектор (достављање поште, снабдевање електричном енергијом, обезбеђење транспортних услуга и сл. Социјални значај

¹ www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf, приступ.16.8.2019.

² www.fda.gov, приступ.17.8.2019.

³ www.epa.gov, приступ.17.8.2019.

тих активности утиче на то да оне нису (или не потпуно) препуштене приватном сектору, већ их регулише и обезбеђује држава. Слично као и код независних регулаторних агенција, чланове њиховог одбора поставља председник (на основу мишљења и уз одобрење Сената), с тим што је овде самосталност руководећег функционера знатно већа, да по својим овлашћењима подсећа на директора приватног предузећа.“ (Вучковић, 2013:42) „Поред САД, велики број агенција постоји и у Великој Британији. Наиме, државну управу Велике Британије, у организационом смислу, чине централни управни ресори (министарства, државни секретаријати, секретаријати), као и бројни органи управе у форми комисија, комитета и савета. У периоду после Другог светског рата, услед повећане улоге државе у сфери економије и социјалне политике, у Великој Британији образован је као и у САД, изузетно велики број тзв. недепартаментских јавних тела, односно агенција, у оним областима друштвеног живота у којима се директна контрола и одговорност министара сматрала непрактичном и непожељном.“ (Мартиновић, 2012: 395)

2. Јавне агенције у управном систему Србије

Пишући данас о агенцијама у Србији, можемо констатовати да оне у нашем правном систему почињу да се оснивају после петооктобарских великих политичких промена које су се одиграле октобра 2000.године. На почетку такозваног процеса агенцификације у Србији, није постојао кровни закон чији су предмет регулисања општа питања јавних агенција, па је тако једна од првих агенција (јавно-правне природе) основана Законом о радиодифузији,⁴ под првобитним називом Републичка радиодифузна агенција као самостални правни субјект која је функционално независна од било ког државног органа, као и од свих организација и лица која се баве делатношћу производње и емитовања радио и телевизијских програма и/или са њом повезаним делатностима (члан 6 Закона о радиодифузији, који је престао да важи августа 2014, ступањем на снагу Закона о електронским медијима⁵). Основни закон који регулише материју јавних агенција је Закон о јавним агенцијама из 2005.године,(у даљем тексту ЗЈА) који је од ступања на снагу више пута новелиран.⁶ Управо са поменутом годином назив “агенција“ је почео да буде све више у употреби у јавно-правној сфери, за разлику од периода када је готово искључиво коришћен у приватно-правном домену, тј. за облигационо-правне односе

⁴ Закон о радиодифузији, («Сл. гласник РС», бр. 42/2002, 97/2004, 76/2005, 79/2005 - др. закон, 62/2006, 85/2006 и 86/2006 - испр.), члан 6

⁵ Закон о електронским медијима («Сл. гласник РС», бр. 83/2014 и 6/2016 - др. закон)

⁶ Закон о јавним агенцијама («Сл. гласник РС», бр. 18/2005, 81/2005 - испр. и 47/2018)

и привредно-правне односе у услужним делатностима, као што је туристичка или маркетиншка. На основу прве одредбе Закона о јавним агенцијама, агенција је организација „која се оснива за развојне, стручне или регулаторне послове од општег интереса.“ (Члан 1, став 1 ЗЈА). По томе како је законски одређено које послове јавна агенција може да обавља (а међу њима су и стручни послови), она је слична посебним организацијама, с обзиром да су управне или посебне организације „особита врста организација које држава образује за вршење стручних и са њима повезаних управних послова. Њихова основна делатност је нека стручна делатност, која се по правилу испољава у обављању различитих, махом неауторитативних, друштвено-значајних послова.“ (Бачанин, 2011:128). Позитивно-правни оквир пружа простор који је и искоришћен, у том смислу да се агенције могу основати као органи у саставу. Начин на који се могу основати јавне агенције је наишао на критику у теорији управног права: „Но да ни ауторима и творцима уношења ових субјеката из увоза у наш правни систем није било најјасније какав је њихов статус, сведочи и законска одредба да се „јавна агенција оснива ако развојни, стручни и регулаторни послови не захтевају сталан и непосредан политички надзор и ако јавна агенција може боље и делотворније да их врши него органи органа државне управе, нарочито ако се у целини или претежно могу (sic!) финансирати од цене коју плаћају корисници услуга.“ – (Исто, члан 2, став 1. Цитат је дословно преузет из Закона, при чему су лектори прописа пропустили да ускладе једнину и множину. Фуснота 87) Остаје једино проблем како онда препознати ову агенцију и одвојити је од агенције као органа у саставу?! Агенције се формирају ако послове могу боље да обаве него органи, а постоје агенције које су органи?! Логика би онда налагала да ниједна агенција не буде орган управе!“ (Милков, 2016:86) Када је реч о развојним пословима они се састоје од подстицања и усмеравања развоја у областима из делокруга јавне агенције, додељивања и распоређивања финансијских подстицаја и других развојних средстава, предузимања мера на које је јавна агенција овлашћена посебним законом и од других послова одређених актом о оснивању јавне агенције, сагласно посебном закону.“ (члан 36, став 2 ЗЈА) Тиме је законски ближе одређено које развојне послове може обављати јавна агенција. Доношењем подзаконских прописа за извршење закона и других прописа Народне скупштине и Владе „исцрпљују“ се регулаторни послови јавне агенције. Карактер и назив ових послова је истоветан прописима органа државне управе (правилник примера ради) и такође постоји обавеза њиховог објављивања у „Службеном гласнику Републике Србије. Када су у питању прописи, донети од стране недржавних субјеката којима су поверена јавна овлашћења постоји обавеза да се прибави мишљење надлежног министарства у чијем су делокругу

послови тих субјеката, а поводом уставности и законитости. Исто то важи и за обавезу на страни јавних агенција према надлежном министарству. Тако је Министарство у чијем су делокругу послови одређене агенције (ако је на становишту да постоје одређени пропусти у форми и садржини прописа јавних агенција и притом су ти недостатци такви да доводе до сопствене незаконитости и неуставности) овлашћено да Агенцији достави образложени предлог у ком правцу спорни пропис треба усагласити са Уставом, законом, прописом или другим општим актом Народне скупштине и Владе. Уколико по предлогу министарства јавна агенција не поступи, тада ће оно предложити оснивачу да се донесе решење о обустављању од извршења прописа и на њему заснованих појединачних аката. У том смислу биће предложено покретање поступка пред Уставним судом за оцењивање уставности и законитости прописа. „Решење о обустављању од извршења прописа ступа на снагу кад се објави у „Службеном гласнику Републике Србије“ и престаје да важи ако оснивач у 15 наредних дана не покрене поступак за оцењивање уставности и законитости.“ (члан 43 ЗЈА). За доношење агенцијских прописа надлежан је управни одбор. На нивоу Републике, агенције се оснивају општим правним актом и то по правилу законом. Надлежно министарство предлаже Влади одлуке које се односе на оснивање и делатност агенција. Законски је предвиђена могућност да одлуке Влади које се тичу поједине агенције споразумно предлажу два или више министарстава ако се развојни, регулаторни или стручни послови те агенције односе на делокруг ових главних органа државне управе. Као оснивачи јавних агенција могу се појавити и аутономне покрајне и јединице локалне самоуправе. Оснивач из имовине којим располаже за почетак рада јавне агенције, обезбеђује пословни простор, опрему и друга средства. Ако није могуће на овај начин, средства се могу обезбедити из буџета Републике Србије. Јавна агенција се оснива уписом у судски регистар. За разлику од органа управе који су снабдевени ауторитативним овлашћењима, то није случај са јавним агенцијама. Оне могу имати свој поверени ауторитативни додатак а то су јавна овлашћења, којих има три групе: 1. доношење прописа за извршавање закона и других општих аката Народне скупштине и Владе; 2. решавање у управним стварима у првом степену; 3. издавање јавних исправа и вођење евиденција. Овлашћено лице (*ex lege*) за доношење решења у управном поступку који води јавна агенција је њен директор, с тим што може то овлашћење пренети на друго службено лице. За решавање у управном поступку у другом степену надлежно је оно министарство у чији делокруг улазе и послови јавне агенције. На основу овог законског решења можемо да закључимо да се јавне агенције онако како су конципиране у ЗЈА налазе у окриљу односно под правном – управном контролом извршне власти. Такође и

податак ко оснива јавне агенције додатан је показатељ о политичким аспектима формирања и гашења јавних агенција. Поседовање самосталног правног субјективитета и аутономија у сопственим финансијама (имају своје приходе – наплата од услуга које од њих добијају корисници) као и могућност да се могу финансирати ако то потреба укаже и из буџета указује на њихов значајан аутономан правни статус у управном систему Србије. Самосталност у вршењу делатности учвршћена је нормом да „Влада не може усмеравати рад јавне агенције, нити га усклађивати са радом органа државне управе.“ (члан 4, став 2 ЗЈА). Влада тиме има мањи квантум овлашћења према агенцијама у односу на органе државне управе, чији рад може да усмерава и усклађује. Органи јавне агенције су управни одбор и директор... После уписа јавне агенције у судски регистар оснивач именује управни одбор јавне агенције а после спроведеног јавног конкурса и директора јавне агенције.“ (члан 12 ЗЈА) „Посебним законом може се одредити да јавна агенција има још неке органе, сасвим друге органе или да управни одбор и директор имају друкчији делокруг од делокруга одређеног“ (члан 13 ЗЈА) Законом о јавним агенцијама. За директора може бити именовано лице које испуњава услове за именовање у управни одбор, изузев услова који одређује да лице не може бити запослено у јавној агенцији и које испуњава друге услове одређене посебним законом или актом о оснивању јавне агенције. (члан 22 ЗЈА). Норма која само делимично „стреми“ политичкој неутралности је она која регулише да лице које је именовано за директора јавне агенције не може бити члан органа политичке странке. То што директор није члан органа политичке странке (формалноправно) не значи да на њега странка која га је на то место фактички делегирала, неће имати утицај, напротив у пракси се дешавају управо обрнуте ситуације. Извршна власт у Србији у лику Владе и министарстава има одлучујући утицај у избору директора већине јавних агенција, тако да се о њиховој потпуној персоналној независности не може говорити.

Лице које је именовано за директора јавне агенције не може бити члан органа политичке странке. Оваква норма, само делимично уводи политичку неутралност, правилније је рећи, тзв. “неутралност”, с обзиром да неко ко је и само члан одређене политичке странке (овде је битан моменат да је односна странка на власти) може имати више фактичког утицаја, него члан органа странке, па повратна спрега између њега и странке чији је “само” члан, може бити чврста. Прописи који важе за државну управу, а предмет им је регулација законитости, стручности, политичке неутралности, непристрасности, употребе службеног језика и писма, стручне спреме и оспособљености запослених који раде на повереним пословима државне

управе (као и норме које се односе на канцеларијско пословање), примењују се и на јавне агенције. Један од основних разлога о којима се говори када су у питању разлози оснивања јавних агенција од стране њихових критичара, јесте лукративни моменат који се односи на плате запослених у јавним агенцијама, а које су више од плата запослених у органима државне управе. Да би се до тога дошло, на права, обавезе, одговорности и (поготову) зараде, не примењују се прописи о државним службеницима, већ општи прописи о раду, осим ако посебним законским прописом није другачије регулисано. Министарство у чијем делокругу се налазе јавноагенцијски послови, врши надзор над њеним радом, а у вези са повереним пословима државне управе.

2.1. Ставови теорије о правној природи јавних агенција и покушај класификације

Драган Милков указује „да положај и улога јавних агенција упућују на закључак да би се оне могле третирати као посебне организације, при чему то неке и формално – правно јесу. Но, тај статус није ипак идентичан са посебним организацијама. У неким сегментима има одступања која јавне агенције приближавају недржавним субјектима, док у погледу неких других елемената оне показују разлике у односу на посебне организације, чиме се приближавају органима државне управе. Међутим, да би ствар била још компликованија, „посебним законом могу се, сходно сврси јавне агенције поједина питања положаја јавне агенције урадити другачије него овим законом” (Милков, 2016:88) Из ове критике јавних агенција које упућује професор Милков, закључујемо да он не даје њихову класификацију, бар не отворено, али се може наслутити да по овом аутору јавне агенције могу бити формиране као посебне организације, а с друге стране, да су неке веома налик органима државне управе. У делу своје књиге “Опште управно право”, Зоран Томић јавне агенције сврстава у део под називом “Други имаоци управноправних овлашћења”, а целина о јавним агенцијама названа је “Јавне агенције као недржавна јавна управа”. Томић прво излаже главна обележја јавних агенција и то: “а) значајни су посредници између државе и грађана, односно њихових организација, представљају нарочиту спону у остваривању важних јавних и појединачних интереса; б) имају својство правног лица; в) мања или већа самосталност, односно независност у тачно предвиђеним областима друштвеног живота, које покривају поједине агенције; г) стручност и специјализација, корелативни са њиховом постојаношћу, посебно везаност за одговарајуће развојне пројекте; д) деполитизованост, неполитички карактер; ђ) ауторитет, углед, као целине, али и њених одлучујућих припадака у спрези са ауторитативношћу деловања на основу и у извршењу закона у вршењу

признатих јавних овлашћења; е) непрофитни карактер; ж) еластичност њиховог континуираног деловања – одраз, поред осталог, и устројства јавноправних агенција и другачијег руковођења њима, у поређењу са класичном државном управом (у првом реду, са министарствима), ово је неодвојиво од изражене делотворности предметних агенција уз познавање и коришћење модерних технологија и савремених средстава рада, што представља прилагођавање магистралним европским и светским напредним друштвеним токовима, особито преображајима јавне управе; з) остварују функционално растерећење државног управног апарата”. (Томић, 2018:183) За разлику од професора Милкова, можемо закључити да је професор Томић поборник процеса агенцификације у Србији, на шта нас упућују његове речи о (позитивним) “разлозима оснивањима јавних агенција”, као што су „(1) повећање броја и врста задатака и послова јавне управе; (2) непрекидно усложњавање управних активности”, сматрамо да Томић даје јаке аргументе за поменути процес оснивања јавних агенција, као што су следећи: “(3) оне су (и) организациони одговор на неопходност поједностављења управних процедура, на делимичну дерегулацију у појединим сферама – тамо где је важно брже реаговање, већа оперативност рада; (4) околност да су органи државне управе преоптерећени, да све чешће немају довољно времена, а ни знања, искуства и ширине за обављање нових и друштвено осетљивих управних послова (примерице, за издавање одређених дозвола од ширег значаја /тако у области радиодифузије – додељивање фреквенција, тј. емитерских дозвола/, надзор у предвиђеним типовима ситуација); (5) тражење нових, погоднијих и прилагодљивијих форми технократско-функционалне децентрализације јавне управе у савремено доба, са унапређеним системом управљања; (6) јавне агенције се појављују као нов облик стваралачког, али и прагматичког комбиновања доношења прописа (регулаторног подзаконског ранга) и њиховог извршења; (7) исказују се као суптилнији и посреднији инструмент сталног и дозираног државног утицаја на тржиште”. (Томић, 2018:184) У свом чланку “Управне и јавне агенције - Класификација и правни положај” из 2008. године, Томић указује да се агенције појављују у два главна облика: “(1) Као облик органа државне управе у рангу тзв. управно-стручних ‘посебних’ државних организација, а по изузетку и као орган управе у саставу другог државног органа управе – то су **управне (државне) агенције**; (2) Као стручна јавна тела изван структуре државног (управног) апарата, која обављају одређене послове у општем интересу – то су **јавне агенције**. Нарочит, независан положај међу јавним агенцијама имају тзв. регулаторна јавна тела”. (Томић, 2008:416)

Тако Предраг Димитријевић наглашава да као „вршиоци управне делатности могу постојати и тзв. административне агенције (“независна управна тела”), која су носиоци превасходно управних овлашћења али располажу и одређеним овлашћењима судског и законодавног карактера. Такве су нпр. различите изборне комисије и др. “Исти аутор у раду “Јавне агенције у управном систему Републике Србије” износи мишљење да агенције према свом правном положају могу бити сврстане у четири, односно пет, категорија: “јавне агенције као недржавни субјекти са јавним овлашћењима (јавне службе) (нпр. Агенција за приватизацију), јавне агенције као друге организације с посебним положајем ван државне управе (нпр. Агенција за телекомуникације), јавне агенције као државне агенције, односно стручне службе Владе (нпр. бивша Агенција за унапређење државне управе), јавне агенције као посебне (државне) управне организације у систему државне управе (нпр. Безбедносно информативна агенција) и, на крају, агенције које не припадају ниједној од наведених категорија – *sui generis* агенције (нпр. Агенција за осигурање депозита, стечај и ликвидацију банака)” (Димитријевић 2010:6-7)..Ова исцрпна класификација, уз мање модификације ће бити прихваћена и у овом раду. Поједини аутори, такође, врше дистинкцију врста јавних агенција (односно, уопште агенција у правном систему Србије), само је она ужа. Тако, на пример, Дејан Миленковић указује да постоје три врсте агенција: „1. Јавне агенције - као недржавни субјекти, односно облик недржавне управе са регулаторним и развојним јавним овлашћењима; 2. Државне агенције, као органи државне управе, односно као органи у саставу Министарства (Војно-безбедносна агенција, АЖС) или посебна организација (БИА); 3. Независни контролни органи и тела који носе назив агенција“ (Миленковић 2013:146). Богољуб Милосављевић указује да „са јавним агенцијама не треба мешати агенције које се оснивају као врста републичких организација и припадају структури републичке управе ... Ту се ради о врсти органа управе (управним агенцијама), док се јавне агенције оснивају изван структуре управе ... За разлику од надзора органа државне управе над обављањем поверених послова, надзор над обављањем основних послова јавних агенција, уређен је на другачији начин. Тај надзор остварује се ради заштите општих интереса у раду јавне агенције и његове елементе чине одређена права оснивача, као и одређене дужности органа јавне агенције ... Над свим њеним прописима постоји надзор законитости, за који вреде иста правила као за надзор над законитошћу прописа, ималаца јавних овлашћења“. (Милосављевић 2017:193-195) Из овог излагања Богољуба Милосављевића можемо закључити, иако он не прави детаљну класификацију врста јавних агенција, да сматра да су јавне агенције само оне које су предвиђене Законом о јавним агенцијама и да

су оне изван структуре управе, а слично као Зоран Томић, агенције које су врста органа управе добиле су назив управне агенције. Мишљења смо, попут других аутора, да се из теоријских класификација може “закључити да је веома жива легислативна активност више влада за редом створила сложену мрежу различитих јавних тела. Та сложена структура не мора представљати нужно проблем по себи, с обзиром на то да различите форме организације, по правилу, одражавају сложеност управних послова и потребу да се нађу одговарајући модалитети њиховог обављања. Ипак, начин на који су многе међу тим агенцијама организоване, условио је проблематичну јавну перцепцију агенција као таквих, представљајући плодно тле за многобројне приговоре у вези с њима (уз оне уобичајене, усредсређене на партијску злоупотребу моћи агенција, расипање новца и сл.) највећи проблем који је произишао из овог процеса губљења поверења у агенцијски модел је шири процес губљења поверења у саму експертизу”. (Миленковић, 2014:199) Што се тиче класификација агенција, у овом раду сублимирамо већ признате теоријске поделе, па издвајамо следеће групе агенција: 1) агенције у виду несамосталних органа – агенције у саставу државних органа управе; 2) агенције, као посебне организације; 3) агенције као јавне службе; 4) агенције, као јавне агенције (у смислу релевантних одредаба Закона о јавним агенцијама); 5) агенције, као регулаторна тела (пример: Регулаторно тело за електронске медије – правни суксесор Републичке радио-дифузне агенције); 6) агенција, као “самосталан” и “независан” државни орган (пример: Агенција за борбу против корупције) – прецизније независно контролно тело.

1) У управном систему Србије (бар, по називу) постоје агенције са статусом несамосталних органа управе или, другачије речено, органа управе у структури појединих управних ресора, односно министарстава. Пример за то су три агенције, две Војно-безбедносна агенција (ВБА) и Војно-обавештајна агенција (ВОА) су оформљене Законом о Војно-безбедносној агенцији и Војно-обавештајној агенцији⁷, а Агенција за заштиту животне средине, установљена је Законом о министарствима⁸. Чланом 2 Закона о ВБА и ВОА прописано је да су ВБА и ВОА “органи управе у саставу Министарства одбране који обављају безбедносно-обавештајне послове од значаја за одбрану и део су јединственог безбедносно-обавештајног система Републике Србије”. Наведене две агенције поседују правни субјективитет (правна лица), а у обављању послова из своје надлежности

⁷ Закон о Војно-безбедносној агенцији и Војно-обавештајној агенцији „Службени гласник РС”, бр. 88/2009, 55/2012 - одлука УС и 17/2013.

⁸ Закон о министарствима „Службени гласник РС”, бр. 44/2014, 14/2015, 54/2015, 96/2015 - др. закон и 62/2017.

имају самосталност. Међутим, политичка, идеолошка и интересна неутралност су обавезе којих у свом раду мора да се придржавају ВБА и ВОА. Ипак, не може се говорити о политичкој и идеолошкој (можда може више о интересној) неутралности, с обзиром на то ко поставља и разрешава руководиоце наведених агенција. "Радам ВБА и ВОА руководе директори који за свој рад одговарају министру одбране. Директори ВБА и ВОА имају заменике, који за свој рад одговарају директору. Директоре ВБА и ВОА и њихове заменике поставља и разрешава председник Републике указом на предлог министра одбране, ако се ради о професионалном војном лицу, односно Влада, на предлог министра одбране, у складу са законом којим се уређује положај државних службеника. Директори ВБА и ВОА, као и њихови заменици постављају се на период од пет година. Директори ВБА и ВОА и њихови заменици не могу бити чланови политичке странке, нити обављати другу јавну функцију. За директоре ВБА и ВОА и њихове заменике може бити постављено лице које је завршило генералштабно усавршавање и које има најмање девет година радног искуства на обавештајно-безбедносним пословима у систему одбране (члан 37). И у другим политичким системима, шеф државе и влада, заинтересовани су да главне правце њихове спољне и безбедносне политике прате високо ранжирани војни официри или стручњаци из цивилног сектора, али дужа политичка култура, учинила је да је то на много вишем нивоу професионалности у односу на српску правно-политичку збиљу.

Агенција за заштиту животне средине, такође, по својој правној природи је несамосталан орган управе, а на основу Закона о министарствима (тренутно важећег и претходних). Тако је чланом 5а став 2 прописан делокруг рада овог органа: „Агенција за заштиту животне средине, као орган управе у саставу Министарства заштите животне средине, са својством правног лица, обавља послове државне управе који се односе на: развој, усклађивање и вођење националног информационог система заштите животне средине (праћење стања чинилаца животне средине кроз индикаторе животне средине; регистар загађујућих материја и др.); спровођење државног мониторинга квалитета ваздуха и вода, укључујући спровођење прописаних и усаглашених програма за контролу квалитета ваздуха, површинских вода и подземних вода и падавина; управљање Националном лабораторијом; прикупљање и обједињавање података о животној средини, њихову обраду и израду извештаја о стању животне средине и спровођењу политике заштите животне средине; развој поступака за обраду података о животној средини и њихову процену; вођење података о најбољим доступним техникама и праксама и њиховој примени у области заштите животне средине; сарадњу са Европском агенцијом за

заштиту животне средине (ЕЕА) и Европском мрежом за информације и посматрање (ЕИОНЕТ), као и друге послове одређене законом.“ „У погледу послова које обавља Агенција за заштиту животне средине учаваче се да су они постављени у складу и по узору на надлежности Европске агенције за заштиту животне средине, тј. да се углавном односе на прикупљање и обраду информација, као и на израду извештаја о стању животне средине и размену информација са другим надлежним националним и наднационалним телима (пре свега ЕЕА у чијим мрежама учествује). Ово је очигледан пример директног транспоновања и реплицирања модела који већ постоји на наднационалном нивоу на национални ниво у контексту европских интеграција.“ (Миленковић, 2014:228)

2) Безбедносно-информативна агенција образована је Законом о безбедносно-информативној агенцији⁹. Она је, у управном систему Србије агенција која има положај посебне, управне организације. Подсетимо се да су по ставу теорије управне организације „особита врста организација које држава образује за вршење стручних и са њима повезаних управних послова“ (Бачанин, 2011:128) Међутим, у теорији управног права, када се врши наслањање на позитивно-правне прописе, међу врстама посебних организација (секретаријати, заводи, дирекције, центри) не помињу се агенције као посебни називи, већ као могућност да буду образоване посебним законом и, управо, као пример се даје Безбедносно-информативна агенција. „Агенција обавља послове који се односе на: заштиту безбедности Републике Србије и откривање и спречавање делатности усмерених на подривање или рушење Уставом утврђеног поретка Републике Србије; истраживање, прикупљање, обраду и процену безбедносно-обавештајних података и сазнања од значаја за безбедност Републике Србије и информисање надлежних државних органа о тим подацима, као и друге послове одређене законом“ (члан 2). „Агенција има својство правног лица, у складу са законом“ (члан 3). У пређашњим законима о министарствима из 2005, односно 2007. године, постојале су две посебне организације, и то: Агенција за развој инфраструктуре локалне самоуправе и Агенција за страна улагања и промоцију извоза, а обе су имале признато својство правног лица.

3) Агенције у управном систему Србије могле су пословати односно могу пословати и као јавне службе, односно имати такав карактер. У Закону о јавним службама¹⁰ наведено је да су организациони облици који послују

⁹ Законом о безбедносно-информативној агенцији “Службени гласник РС”, бр. 42/2002, 111/2009, 65/2014 - одлука УС, 66/2014 и 36/2018).

¹⁰ Закон о јавним службама “Службени гласник РС”, бр. 42/91, 71/94, 79/2005 - др. закон, 81/2005 - испр. др. закона, 83/2005 - испр. др. закона и 83/2014 - др. закон.

као јавне службе у обавези да „обезбеде уредно и квалитетно, под једнаким условима, остваривање права грађана и задовољавање потреба корисника“ (члан 8 став 1 Закона о јавним службама). Наиме, иницијалном или првом одредбом Закона о јавним службама предвиђено је да су главни организациони облици обављања ових делатности установе и предузећа, али је остављена могућност за постојање и другог облика организовања утврђеног законом. Тако је Агенција за приватизацију била основана Законом о Агенцији за приватизацију¹¹ „ради промовисања, иницирања, спровођења и контроле поступка приватизације“ (члан 1). Када је реч о правном статусу, по нама, мишљења смо да нема дилеме да ова Агенција послује у складу са прописима о јавним службама, јер то је, коначно, и одредба става 1 члана 2 наведеног Закона. Она је имала својство правног лица са правима, обавезама и одговорностима утврђеним Законом о Агенцији за приватизацију и њеним Статутом, уз постојање жиро рачуна.

4) С обзиром да смо пажњу посебно у раду обратили на положај јавних агенција у Србији а на основу истоименог Закона, сада само сублимирамо њихове карактеристике. Позитивноправна својства јавних агенција, могу се свести на следеће: а) у зависности од врсте агенције, оне се оснивају одлуком надлежног органа у складу са ЗЈА или посебним законом и имају својство правног лица, те упис у судски регистар има конститутивно дејство; б) организационо су самосталне, а функционално независне, с обзиром да не потпадају под ужи корпус државне управе, већ шире – јавне управе (што није позитивноправни појам), која је као категорија одомаћена у нашој теорији управног права; в) јавне агенције имају персоналну и финансијску независност, као и унутрашњу организациону структуру – управни одбор и директора са положајем, правима, обавезама и одговорностима регулисаним законом; г) јавни интерес у раду агенције огледа се кроз поверена јавна овлашћења и његов главни заштитник је оснивач (примерице, оснивач именује и разрешава чланове управног одбора и директора и даје сагласност на одредбе статута и других прописа агенције, као што и врши надзор над радом и пословањем); д) материја сукоба јавног и приватног интереса нормирана је агенцијским актима, а оне су у обавези да обезбеде јавност у раду и доступност информација од јавног значаја, као и објављивање општих аката у Службеном гласнику Републике Србије; е) предвиђена је управна контрола извршне власти на првостепене управне акте, односно решења чији су предмет регулације права и обавезе грађана и других субјеката, с обзиром да министарство у чијем су делокругу послови односне агенције, решава као другостепени управни

¹¹Закон о Агенцији за приватизацију “Службени гласник РС”, бр. 38/2001, 135/2004 и 30/2010.

орган. Као примере јавних агенција наводимо: Агенција за привредне регистре, Агенција за лиценцирање стечајних управника, Агенција за лекове и медицинска средства, такође и Агенција за реституцију (као и доста других).

5) За агенције као регулаторна тела је, примера ради, у црногорској теорији управног права наведено: „• да се формирају законом или на основу закона их формира влада; • да имају својство правног лица; • да су, по правилу, самостални и независни од других државних органа; • да имају своје органе управљања (одборе, савјете, управне одборе); • да имају своје органе управљања и руковођења – савјете, управне одборе, директоре; • да доносе своје прописе (статут, правила и слично); • да утврђују накнаде за пружање својих услуга; • да је њихова одговорност, по правилу, усмјерена према Скупштини ЦГ, а ређе према Влади; • да се финансирају или из сопствених прихода или из државног буџета и сопствених прихода; • да одлучују о правима и обавезама корисника услуга; • да рјешавају спорове међу корисницима услуга; • да врше надзорне послове, укључујући и послове инспекцијског надзора; • да врше друга – посебна овлашћења.“ (Blažić, 2011:141-142)

Значајан део особина ових регулаторних тела важи за агенције као регулаторна тела у Републици Србији. Колико је битна независност регулаторних тела (уз позитивне стране те независности и евентуалне злоупотребе исте) наглашава се у српској теорији од стране Миодрага Радојевића: „Независност и самосталност је суштина природе посебних регулаторних тела. Независност регулаторних тела може бити ужа или шира, али она не подразумева њихову неодговорност већ организациону и функционалну самосталност у раду од извршне власти. По правилу, парламент врши избор и разрешење органа независних регулаторних тела, као и надзор – увидом и оценом њихових извештаја. Регулаторна тела имају неопходна финансијска средства предвиђена у централном буџету, право да доносе подзаконске прописе о унутрашњој организацији и да самостално одлучују о ангажовању сарадника и других запослених лица у регулаторном телу. Други значајан аспект независности регулаторних тела је њихова деполитизованост. Институционална деполитизација гарантује се одредбом по којој је неспојиво истовремено обављање функције у регулаторном телу и политичкој странци. Персонална независност јемчи се забраном сукоба интереса, статусним погодностима у виду трајања мандата чланова органа регулаторних тела и одређивањем нивоа зарада запослених. Предности регулаторних тела могу бити и потенцијално њихова највећа слабост. Масовна имплементација независних тела повећава трошкове у буџету. За њихово функционисање потребна су

значајна финансијска улагања, испуњавање сложених техничких и кадровских услова. У сиромашним земљама, као што је Србија, недостатак ресурса компромитује идеју независних регулаторних тела. С друге стране, регулација тржишта помоћу независних тела подстиче „производњу“ административних процедура, „инфлацију прописа“ и бирократизацију државног апарата. Значајан део нормативне делатности одвија се у окриљу ових регулаторних тела, а шума неусклађених прописа паралише функционисање правног система и тржишта. Регулаторна тела нису имуна на опијумски карактер власти, па се тада поставља вечно питање: „Ко ће контролисати контролоре?“ Злоупотребљавајући свој посебан статус, јавне агенције се могу преобратити у „отуђене центре моћи“. Неодговорно обављање надзорних и регулаторних надлежности угрозиће и поделу власти, односно начело владавине права.“ (Радојевић, 2010: 55-56)

Управо међу првим агенцијама основаним у Србији била је Републичка радио-дифузна агенција, основана Законом о радио-дифузији¹² као регулаторно тело. Наиме, члан 6 став 1 овог Закона гласио је: „Ради обезбеђивања услова за ефикасно спровођење и унапређивање утврђене радиодифузне политике у Републици Србији на начин примерен демократском друштву, оснива се Републичка радиодифузна агенција (у даљем тексту: Агенција) као самостална, односно независна организација која врши јавна овлашћења, у складу са овим законом и прописима донетим на основу овог закона“. Било је предвиђено да је Агенција самостални правни субјект са функционалном независношћу од било ког државног органа, као и од свих организација и лица које се баве делатношћу производње и емитовања радио и телевизијских програма и са њом повезаним делатностима. Агенција је имала својство правног лица, а орган Агенције је био Савет са овлашћењима да доноси све одлуке из њене надлежности, чији је председник њу представљао и заступао. Тако је међу овлашћењима Агенције, између осталог, било предвиђено да она: „1) доноси Стратегију развоја радиодифузије у Републици Србији, уз сагласност Владе Републике Србије; 2) врши контролу и стара се о доследној примени одредаба овог закона; 3) издаје дозволе за емитовање програма и прописује образац за те дозволе; 4) прописује техничке, организационе и програмске услове за производњу и емитовање програма, у складу са одредбама овог закона; 5) прописује правила која су обавезујућа за емитере, а којима се обезбеђује спровођење радиодифузне политике у Републици Србији; 6) врши надзор над радом емитера у Републици Србији; 7) одлучује о представкама физичких и правних лица и о приговорима

¹² Закон о радио-дифузији “Службени гласник РС”, бр. 42/2002, 97/2004, 76/2005, 79/2005 - др. закон, 62/2006, 85/2006 и 86/2006 - испр.

емитера у вези са радом других емитера; 8) даје мишљење надлежним државним органима у вези са приступањем међународним конвенцијама које се односе на област радиодифузије; 9) предузима одговарајуће мере према емитерима, у складу са овим законом; 10) обавља и друге послове, у складу са овим законом“ (члан 8). О овлашћењима ове Агенције, што коначно има везе и са њеном правном природом, у релевантној теорији је примећено да се заправо ради о правном субјекту *sui generis*, односно једном новом организационо-правном облику, новој институцији, која по својој суштини одговара самосталним регулаторним телима карактеристичним за англосаксонске правне системе, пре свега Сједињене Америчке Државе и Велику Британију ... Наиме, појава регулаторних тела и агенција повезана је са процесом модернизације и ширења послова државне управе, који су наметнули потребу стварања нових статусних облика који су у могућности да извршавају нове послове независно од краткорочних политичких претензија било које Владе. (Вучковић, 2012:382) Законом о електронским медијима установљено је Регулаторно тело за електронске медије које је правни наследник Републичке радиодифузне агенције. У Образложењу предлога овог закона је наведено: „Научна, техничка и технолошка достигнућа, као и прелазак на дигитални сигнал, довео је до тога, да се у међународним оквирима, до скорога уобичајан назив „радиодифузија“ све више потискује, а до пре неколико година уобичајне надлежности и послови регулаторних тела у овој области све више мењају, нарочито у вези издавања дозвола. Републичка радиодифузна агенција, установљена Законом о радиодифузији, мења назив у Регулаторно тело за електронске медије. Закон о електронским медијима је предвидео низ измена чији је циљ даље јачање независности регулаторног тела који се односе на начин избора органа и сам рад Регулатора као се иначе у самом Закону скраћено зове Регулаторно тело за електронске медије. Регулаторно тело за електронске медије је законски одређено као независна и самостална организација са својством правног лица која врши јавна овлашћења. Регулатор је функционално и финансијски независан од државних органа и организација и пружалаца медијских услуга и оператора. За обављање послова регулатор је одговоран Народној скупштини. Из овога видимо да као на пример и у Црној Гори, а што је и потврђено теоријским сублимирајућим закључком да је одговорност регулаторних агенција (тела) више окренута ка законодавној, а не извршној грани државне власти. Савет и председник Савета представљају органе Регулатора. Савет има девет чланова. Чланове Савета бира и разрешава Народна скупштина Републике Србије на предлог овлашћених предлагача. Чланови Савета су функционери у смислу прописа којима се регулише сукоб интереса при вршењу јавних функција. Овлашћени предлагачи су Народна скупштина Републике Србије, која предлаже два

члана Савета, водећи рачуна о равномерној територијалној заступљености, затим Скупштина АП Војводине једног члана Савета док осталих шест чланова Савета предлажу струковна удружења и други представници невладиног сектора. Ове измене, такође су унете у смислу даљег јачања позиције независности регулаторног тела. (Образложење Предлога Закона о електронским медијима, 2014: 53). Међутим у круговима независног и слободног новинарства исправно се примећује: „утицај политике приликом предлагања кандидата за чланство у Савету није у потпуности искључен, будући да 3 од 9 кандидата предлажу политички образована тела (Народна скупштина, Скупштина АП Војводине и Национални савети националних мањина). Такође, задржан је систем „потврђивања” најзначајнијих аката Регулатора, и то тако што је доношење и Статута и Финансијског плана условљено сагласношћу Народне скупштине, а доношење подзаконског акта који утврђује накнаде за пружаоце медијске услуге сагласношћу владе. Све ове „ограничавајуће” одредбе доводе у питање прокламовану функционалну и финансијску Регулаторног тела.“ (ANEM – VODIĆ kroz nove medijske zakone 2015:30) Регулатор је овлашћен да: утврди Предлог стратегије развоја медијске услуге радија и аудио-визуелних медијских услуга у Републици Србији који подноси Влади на усвајање; доноси Статут; доноси друга подзаконска општа акта предвиђена законом; издаје дозволе за пружање медијске услуге телевизије и линеарне услуге радија и ближе уређује правила поступка, услове и критеријуме за издавање дозволе; врши контролу рада пружалаца медијских услуга и изриче им мере утврђене Законом о електронским медијима.

„У складу са чланом 137. став 3. Устава Републике Србије, према коме се јавна овлашћења законом могу поверити и посебним органима преко којих се остварује регулаторна функција у појединим областима и делатностима, предвиђено је да се сви послови Регулатора, који се односе на доношење прописа и на решавање у управним стварима обављају као поверени послови. (члан 22.)“ (Образложење Предлога Закона о електронским медијима, 2014:53). Законом се регулише и обавеза Регулатора да подноси извештај Народној скупштини Републике Србије о свом раду, као и садржину тог извештаја. Предвиђена је и обавеза Регулатора да у вези са припремом општих аката из своје надлежности спроводи поступак јавне расправе. Против коначног решења, односно управног акта Регулатора, установљава се судска контрола законитости коначног решења које доноси Регулатор. Међутим, Управни суд у овом случају не решава у спору пуне јурисдикције. То значи да Суд у овој ситуацији не креира саму управну ствар, већ може једино својом пресудом поништити коначно решење

Регулатора и да врати предмет на поновно решавање Регулатору, дакле Суд одлучује у спору ограничене јурисдикције.

б) Посебно место у правном систему Србије припада Агенцији за борбу против корупције. Према члану 3. Закона о Агенцији за борбу против корупције, ова Агенција представља самосталан и независан државни орган са својством правног лица, а Народној скупштини одговара за свој рад. У највишем општем акту Републике Србије – Уставу, као уставне категорије предвиђени су Заштитник грађана и Државна ревизорска институција. Устав је, такође, предвидео право на обавештеност и заштиту података о личности, па је тиме утврђен општи рам за деловање Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности. Као што се може закључити, Устав за два независна контролна тела у Србији не ствара само правни оквир за деловање, већ су та тела и уставни појмови, док је за Повереника за информација од јавног значаја и заштиту података о личности створио јасан правни основ за његову делатност. Када је реч о Агенцији за борбу против корупције, регулисан је само један аспект њеног рада и то у члану 6 Устава, у коме се наводи да нико не може да врши државну или јавну функцију, која је у сукобу са његовим другим функцијама, пословима или приватним интересима. Такође, Устав предвиђа да се постојање сукоба интереса и одговорност приликом његовог решавања регулишу Уставом и законом (члан 6 Устава Републике Србије). Поводом самог положаја Агенције за борбу против корупције упитно је да ли она законом може бити дефинисана као самосталан и независан државни орган, када у Уставу није предвиђена као такав орган – не постоји као уставна категорија. Коначно, и у уставној теорији је наведено: “У Уставу се установљавају органи државне власти којима су поверене одређене надлежности” (Пајванчић, 2011:175) Сличан став нашем, износи се у теорији управног права. Кључно питање, са уставно-правног становишта, везано за правни положај Агенције за борбу против корупције јесте дилема да ли постоји изричит основ у Уставу Републике Србије за формирање ове агенције као “самосталног и независног државног органа”. О Агенцији за борбу против корупције - као “самосталном и независном државном органу” – у Уставу Републике Србије, међутим, нема ниједне једине речи. У том смислу, уставност правне егзистенције Агенције за борбу против корупције је у најмању руку врло упитна. (Мартиновић, 2012а:373) О правној природи Агенције за борбу против корупције и других независних контролних тела (Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, Заштитник грађана, Државна ревизорска институција, Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки, као и Повереник за заштиту

равноправности) исцрпно излаже Марко Давинић, наводећи да између независних контролних тела и јавних агенција постоје разлике, те да та тела нису посебна категорија јавних агенција. Аргумент да јавне агенције немају статус независних тела, овај аутор налази у самом Закону о јавним агенцијама, у коме се наводи да Влада именује и разрешава чланове управног одбора и директора агенције, а надзор над радом и пословањем агенције врше надлежна министарства, што све јасно указује да јавне агенције немају статус независних тела. „С друге стране, сва независна тела карактерише, управо, организациона и функционална независност у односу на извршну власт. Ипак, ова тела нису изузета од одговорности, па су за правилно обављање своје функције одговорна Народној скупштини, којој подносе редовне и посебне извештаје. Такође, са мањим изузецима, Скупштина бира и разрешава сва лица на челу независних тела. Кад је у питању разликовање између самих независних тела, она се првенствено врши применом функционалног критеријума, који подразумева да неко тело доминантно врши регулаторну или контролну функцију. Наиме, сви имаоци јавних овлашћења делују ауторитативно (са јачом вољом), било у општим ситуацијама доношењем општих правних аката, било у појединачним ситуацијама – доношењем појединачних правних аката или предузимањем управних радњи. То значи да регулаторна овлашћења подразумевају доношење општих подзаконских аката, док контролна овлашћења подразумевају, првенствено, доношење појединачних правних аката и предузимање правних радњи. У зависности од тога, која од наведених овлашћења преовлађују код неког независног тела, оно се одређује као регулаторно или контролно“. (Давинић, 2018:19-20) У том смислу, можемо закључити да у, евентуалној, дилеми да ли код Агенције за борбу против корупције преовлађују регулаторна или контролно-надзорна овлашћења, опредељени смо за превагу ових последњих, па је она, свакако, контролно независно тело у управном систему Србије. Тиме се, вероватно, руководио и законодавац, а и у теорији је присутно мишљење „да је вршење контроле, пре свега, над органима управне власти, као месту стварне моћи и политичког утицаја, основни разлог за увођење независних државних органа у савремене уставно-управне системе“. (Лончар, 2015:157).

3. Краћи осврт на положај агенција у управном систему Европске уније

Процес агенцификације захватио је и ову *sui generis* правно-политичку творевину. Агенције су настале као последица пораста послова европске јавне управе. Постоје аргументације у теорији да „агенције треба да буду независне у вршењу „менаџерских“, „техничких“ или активности

прикупљања и обраде информација од Комисије, и то имарезонау америчком моделу у коме се овакви послови обављају од стране владиних департмана. Када се ради о европском контексту, у коме Комисија значи издвајање технократа од међувладине политике репрезентоване у Савету, стварање нових технократских структура парцијално може бити пронађено и у намери да се не одвија даље концентрисање моћу технократским рукама из Брисела“ (Shapiro, 1997: 281) „Оснивање агенција на нивоу Европске уније треба сагледавати и у контексту растућих послова Уније, проширивања надлежности и потреба имплементације све већег броја прописа, али и различитих програма Уније ... Један од разлога за оснивање агенција се може тражити и у потреби за обављањем све већег броја управних послова Уније, али без персоналног повећања Европске комисије. На тај начин је, како је откривено, ЕУ успела да проширити свој „регулаторни капацитет“ без увећања примарног извршног органа, тако да данас више од тридесет агенција Уније запошљавају преко 4000 људи са буџетом од преко 1,25 милијарди евра ... Такође, један од разлога за оснивање агенција на нивоу ЕУ може се тражити и у потреби за институционализацијом експертизе и обезбеђивањем њене независности, имајући у виду проблематичност система научних комитета које је Комисија у ранијем периоду оснивала транспарентности и кредибилитета њиховог рада. У том смислу агенција, као институционални оквир за окупљање експертизе, пружа одговор на питање контроле и одговорности експерата за њихов рад.“ (Миленковић, 2014: 36-37)

Потреба добијања брзих и правоваљаних информација и координације јавних политика, а све у циљу да се релаксира рад Комисије Европске уније у различитим сферама друштвеног деловања, изискивала је стварање нових јавно-правних форми. То значи да су агенције добиле одређене задатке у извршавању јавних политика, који су претходно представљали додатне и оптерећујуће обавезе, које је имала Комисија. Тиме су посебни управни послови и поступци прешли на агенције, па оне врше један значајан део управне функције, а извршно-политичка функција препуштена је Комисији. Право Европске уније као сложен систем правних норми састављен из више грана права није лако спроводиво на националном нивоу. То исто важи и за утврђене политике Европске комисије и Европског савета, а међу првима у реду за спровођење наведеног права и политике налазе се националне агенције. У теорији је примећено да у Европској унији, данас, постоји више од тридесет независних и извршних агенција и оне представљају управна тела Европске уније. Из овога, већ видимо да је подела агенција у Европској унији, ипак једноставнија од оне у Србији и то на независне и извршне агенције. Додуше то је само једна од подела, коришћена за потребе овог

рада. Независне агенције имају овлашћења да одлучују у спровођењу законских норми. Европска комисија је предложила и да се оснивају тзв. извршне агенције. Њима би била поверена функција извршавања појединих задатака и програмских аката Комисије, преваходно оних који су у снажној конекцији са правом Европске уније.

3.1. Независне агенције

Са циљем обављања веома важних техничких, научних и управних послова у оквиру тзв. првог стуба Европске уније, оформљене су независне агенције. Европски центар за развој стручног оспособљавања и Европска фондација за побољшање животних и радних услова су прве две независне агенције, које су основане 1975. године и оне се називају агенције прве генерације. Експанзија оснивања агенција започела је у последњој деценији XX века, а агенције основане у том периоду називају се агенције друге генерације и оне су лоциране у различитим чланицама Европске уније, са циљем решавања проблемских питања и задатака техничког и научног карактера. Агенције које су основане у последње две деценије, понеле су епитет - трећа генерација агенција. Правни основ за оснивање агенција налази се у секундарним изворима права Европске уније. Прецизније, на основу члана 308 Уговора о Европској унији, изузетак од тога је Европска агенција за животну средину, која има сопствени правни субјективитет, а формирана је на основу члана 175 Уговора. Које су функције поједине агенције, треба тражити у акту о њиховом оснивању. У сваком случају, већина њих су јединствене и остварују засебне функције одређене оснивачким актом. Ширење задатака јавне управе последично може да доведе и до промене оснивачких аката независних агенција, те увођења њихових нових функција. Независне агенције су, иначе, допринеле повећаном степену децентрализације, али и ширењу активности Европске уније. Њима су поверени различити задаци, као на пример информациона безбедност, надзор хемикалија, безбедност прехранбених производа, превенција и надзор болести. Ово су, у stvari, области друштвеног живота и у исто време, називи појединих агенција. Оне су ту да олакшају комуникацију између тржишних субјеката, физичких лица и веома бројне администрације Европске уније.

По последњим подацима у Европској унији делују следеће агенције: Агенција за контролу рибарства Заједнице - CFCA (Шпанија); Биро за биљну разноликост - CPVO (Француска); Европска агенција за сигурност и здравље на раду - OSHA (Шпанија); Европска агенција за управљање оперативном сарадњом на спољним границама - FRONTEx (Пољска); Европска агенција за ваздушну сигурност - EASA (Немачка); Европски

центар за превенцију и контролу болести - ECDC (Шведска); Европски центар за развој стручног усавршавања - CEDEFOP (Грчка); Европска агенција за хемикалије - ECHA (Финска); Европска агенција за животну средину - EEA (Данска); Европска агенција за сигурност хране - EFSA (Италија), Европска фондација за побољшање радних и животних услова - EUROFOUND (Ирска); Европска агенција за основна права - EFRA (Аустрија); Европска агенција за надзор навигацијског сателитског система - EGSA (Белгија); Европска агенција за поморску безбедност - EMSA (Португал); Европска агенција за лекове - EMEA (Велика Британија); Европски центар за контролу дрога и зависности од дрога - EMCDDA (Португал); Европска агенција за сигурност мрежа и података - ENISA (Грчка); Европска агенција за железнице - ERA (Француска); Европска фондација за стручно усавршавање - ЕТФ (Италија); Биро за усклађивање на унутрашњем тржишту - ОНМ (Шпанија); Преводилачки центар за тела Европске уније - CdT (Луксембург); Европски институт за равноправност полова - EIGE (Литванија).

Независне агенције у Европској унији се могу разврстати у три групације. Оне агенције, које као главни задатак имају пружање, систематизацију, контролу и умрежавање информација, чине прву групацију. У оквиру те групације постоје две уже целине. За прву ужу целину, као пример можемо навести Европски центар за развој стручног усавршавања - CEDEFOP, која представља "организацију ЕУ која окупља творце политика, организације послодаваца и синдикате, образовне установе, наставнике и инструкторе, те ученике свих доби - све који суделују у струковном образовању и оспособљавању. CEDEFOP делује као форум образовних система и пословног света, при чему организацијама које суделују у његову раду омогућава да размењују идеје и расправљају о најбољим методама за побољшање струковног образовања и оспособљавања у Европи. Своје стручно знање дели с политичким организацијама и обе стране индустрије у државама чланицама ЕУ-а како би им помогао створити могућности за учење и рад"¹³, а што се тиче структуре у вези са управљањем и руковођењем, ова Агенција има управни одбор и директора. Управни одбор се саставља на трипартитној основи од представника: националних влада, организација послодаваца и синдиката, и Европске комисије. Одговорност за управљање радом и кадровима у Агенцији лежи на директору. Експерти из различитих области, којима је у фокусу истраживање тржишта рада и стручњаци за људске ресурсе имају саветодавну улогу у раду Агенције. Њима стручну и правну помоћ пружају запослени у Агенцији на наведеним пословима.

¹³ Доступно на: https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/cedefop_hr, последњи пут посећено: 30.9.2019. године.

Задаци CEDEFOP су: 1) помоћ младима при преласку из образовног система на тржиште рада; 2) помоћ ученицима који рано прекидају школовање при повратку у систем образовања и оспособљавања; 3) помоћ незапосленим или подзапосленим одраслима при поновном учењу и преусмеравању каријере; 4) осигурање информација о ситуацији у ЕУ-у особљу за професионално усмеравање и саветовање; 5) помоћ грађанима ЕУ-а при кретању међу државама чланицама и системима, уз задржавање квалификација; 6) помоћ државама чланицама ЕУ-а при реформи подучавања; 7) помоћ европским, националним и регионалним творцима политика при доношењу информационих одлука о пружању струковног образовања и оспособљавања¹⁴. Другу целину представљају агенције које имају, такође, општу информативну функцију, односно делатност, али установљавају и усклађују рад великог броја стручњака из одређене области друштвеног живота. Оне су повезане са националним центрима за информације, односно са њима сарађују. То значи да на националном нивоу усклађују делатности које се тичу програма рада ових агенција. Као примере, можемо навести Европску агенцију за сигурност и здравље на раду – OSHA, Европску агенцију за животну средину – EEA и Европски центар за контролу дрога и зависности од дрога – EMCDDA. Друга групација агенција су оне које учествују у пружању посебних услуга и установљавању посебних мера, а све са циљем да се спроведе јединствени правни режим Европске уније. Пример за њих су Уред (Биро) за биљну разноликост – CPVO и Уред (Биро) за усклађивање на унутрашњем тржишту – OHIM. Уред за биљну разноликост има улогу да управља системом на заштиту биљних сорти у Европској унији. "Уред Заједнице за биљну разноликост (CPVO) потиче иновације у подручју биљних сорти детаљном обрадом захтева за права на заштиту биљне сорте Заједнице уз прихватљиве трошкове, истовремено дајући дионицима политичке смјернице и помоћ за остваривање тих права. Заштитом нових биљних сорти на нивоу целе ЕУ-а помаже се задржати интерес оплемењивача и осигурава се профитабилност њихових улагања у истраживања и иновације. Делокруг - Додељивање права интелектуалне својине за нове биљне сорте, која вреде 25 година у државама чланицама ЕУ-а (30 година за сорте кромпира, винове лозе и дрвећа). Структура - Председник Уреда подноси извештаје Управном одбору, који се састоји од: представника 28 држава чланица, представника Европске комисије, и посматрача. CPVO је агенција ЕУ-а која се самостално финансира, а Управни одбор је тело је надлежно за његов прорачун. Његова задужења укључују: - одржавање састанака најмање једном годишње како би се расправио и донео програм

¹⁴ *Ibid.*

рада и годишњи прорачун; - праћење рада Уреда; - пренос надлежности за техничка испитивања на националне уреде за испитивање, у име Уреда; - одобравање техничких протокола за испитивање биљних сорти. ЦПВО састоји се од три јединице (административне, техничке и правне) и помоћних служби. Начин рада - Систем права на заштиту биљних сорти ЕУ-а највећи је систем такве врсте на свету. Од 1995. у оквиру њега обрађено је више од 53 000 захтева, а одобрено је више од 41 000 права на заштиту биљне сорте Заједнице. Из тога је видљиво колико је тај систем атрактиван оплемењивачима који желе своје сорте поставити на тржиште у целој Еуроци. Уред је уско повезан са: - Главном управом Еуропске Комисије за здравље и сигурност хране - владама држава чланица ЕУ-а, - националним уредима за испитивање у цијелој Еуроци; ¹⁵.

Трећу групацију агенција представљају оне које су задужене за достављање посебних информација, експертиза и услуга. Оне не учествују у одлучивању, али од њиховог рада зависи доношење одлука од стране других органа. Оне представљају једну врсту мешовитих агенција, које позајмљују особине прве и друге групације. Европска агенција за лекове (ЕМА) представља пример агенција из треће групације. За сада је њено седиште у Великој Британији, али по окончању поступа БРЕГЗИТА, њено ће седиште бити у Холандији. Као главне обавезе Агенције, истичу се ауторизација лекова и праћење њиховог промета. Фармацеутске компаније подносе Агенцији јединствени захтев за одобравање стављања лекова на тржиште. Коначно одобрење даје Европска комисија. У случају добијања позитивног одговора, на целом тржишту Европске уније, у промету ће бити односни лек. Управни одбор, састављен од 36 чланова, челништво је Агенције. За разлику од других управних одбора појединих агенција, чланови управног одбора не представљају владе или неке интересне организације, већ су обавезни да делују у јавном интересу, у овом случају побољшања услова за коришћење најновијих лекова и доступних медицинских техника. Управни одбор је надлежан за усвајање буџета и годишњег програма рада. Први човек агенције је извршни директор, који је надлежан за оперативно спровођење политике и одлучивање о пријему у радни однос у Агенцији. Стручни карактер овога тела условио је да ЕМА у свом саставу има седам научних одбора и неколико радних група, које се могу формирати и по *ad hoc* принципу. Несумњиво “брисање” државних граница, када је у питању здравље човека, условило је да је део организационе структуре ЕМА усмерен ка сарадњи са истоврсним или сличним националним регулаторним телима у земљама чланицама ЕУ, али

¹⁵Доступно на: https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/cpvo_hr, последњи пут посећено: 30.9.2019. године.

и са Главном управом за здравље ЕУ. Такав тип партнерства, онако како смо га разумели, на релацији национална регулаторна тела и надлежна Управа комисије, названа је Европска регулаторна мрежа за лекове. Константне иновације у фармацеутској индустрији, условиле су потребу ЕМА да буде у перманентним релацијама са пацијентима и медицинским стручњацима. Имајући у виду да је део подручја деловања ЕМА, такође и делатност Европског центра за спречавање и контролу болести, ова Агенција сарађује са њом преко наведених сродних агенција. ЕМА у свом раду примењује начело независности и транспарентности, а у научно-стручним препорукама суштински примењује кодексе медицинско-ветеринарско етике.

У хрватској теорији се наводи "да су агенције неовисне о другим институцијама и уживају различите ступњеве финансијске самосталности. Свака агенција дјелује према упутама својег управног одбора, који доноси опће прописе и усваја програме рада сваке агенције, наравно, у складу с њезином сврхом, те располаже њезиним финансијским средствима. Састав сваког управног одбора одређен је опћим актом о оснивању агенције. Редовито их сачињавају представници држава чланица, један или неколико представника Комисије, а могу укључивати и заступнике Еуропског парламента или представнике одређених интересних скупина. Управни одбор Центра за пријеводне тијела Еуропске уније укључује и представнике корисника, односно других агенција. Број чланова сваког управног одбора варира између 16 и 78 чланова. Чак и представници држава које нису чланице Уније, у одређеним случајевима могу судјеловати у раду управних одбора агенција, међутим, без права гласа. Поред управног одбора, свака агенција има и равнатеља, који је уједно правни заступник агенције. Подјела власти између управног одбора и равнатеља одређена је опћим актом о оснивању сваке агенције, а може се уредити и њезиним пословником. Равнатеља поставља, или управни одбор агенције, или Вијеће Еуропске уније, овисно о свакој конкретной агенцији. Он је одговоран за све активности агенције, као и за уредно остваривање њезиног програма рада. Агенција може имати један или више техничких или знанствених одбора. Њих сачињавају стручњаци специјализирани у релевантним пољима. Ови одбори могу помагати управном одбору (као, нпр. неки прорачунски одбори) или равнатељу савјетујући га о неким, најчешће техничким питањима или дјелујући као информативна подршка". (Ђерђа, 2007:1206-1207) Буџетско финансирање агенција претежни је облик добијања финансијских средстава за већину агенција. Међутим, поједине агенције, као што су Европска агенција за лекове, Европска агенција за безбедност ваздушног саобраћаја, Биро за хармонизацију

унутрашњег тржишта, Биро за биљну разноликост, примери су агенција које се финансирају помоћу такси које саме наплаћују. Као и у Србији, неке агенције су више тржишно оријентисане, те се финансирање врши од накнада које се наплаћују корисницима услуга. Уствари, за сада, то је само једна агенција (по подацима којима располажемо). Мислимо на Центар за преводе тела Европске уније. Надзор над трошењем финансија може бити унутрашњи и спољни. Унутрашњи могу да спроводе лица која именују Комисија и реч је о финансијским надзорницима који спроводе унутрашњу финансијску контролу у агенцијама у име Комисије. Могућа је и друга алтернатива постојања унутрашњег надзорника, који се поставља од стране односне агенције. Европски рачунски суд задужен је за спољну финансијску контролу пословања агенција.

3.2. Извршне агенције

„Европска комисија је у више својих докумената вршила класификацију агенција. Упркос њиховој бројности, класификација је до 2012. године, по правилу, вршена у две најшире категорије – извршне и регулаторне агенције, које се касније, у зависности од докумената, времена и анализе положаја другачије класификују, што ствара проблеме приликом одређивања позиције Комисије према агенцијама у различитом тренутку у времену, у зависности од контекста у којем се анализа спроводи.” (Миленковић, 2014:66-67) Извршне агенције основане су у складу са Уредбом Савета бр. 58/2003, а у циљу управљања једним или више програма Уније. Тако су 2003. године основане три извршне агенције (Извршна агенција за образовање, аудио-визуелну политику и културу, Извршна агенција за здравље и потрошаче и Извршна агенција за управљање енергијом). У међувремену је основано још неколико, и то: Европски истраживачки савет, Извршна агенција за конкурентност и иновације, Извршна агенција за истраживање и Извршна агенција за трансевропске саобраћајне мреже. Када је реч о делатностима ових агенција, треба напоменути да Комисија може делегирати, односно пренети део својих надлежности извршним агенцијама, као на пример спровођења буџета Уније у одређеним областима, односно програме и пројекте у потпуности или парцијално. Комисија то чини на основу начела целисходности, сматрајући да уместо самосталног обављања појединих послова, она може да те послове, уместо да обављају њене управне службе, то чине извршне агенције. Ово је тзв. екстерно решавање задатака Комисије. Тиме се остварује већа ефикасност, али и економичност у управном деловању Европске уније уз вођење рачуна да се не наруши институционални баланс који је конституисан оснивачким актима. Поновимо, као и у случају независних

агенција, Комисија се политички оптерећује, али с друге стране, у неким питањима се врши њено управно растерећење. Акт којим се извршне агенције оснивају је одлука Комисије, којом се одређује из ког разлога се на односну извршну агенцију преносе овлашћења Комисије. Агенције овог типа имају својство правног лица. Њима руководи директор кога поставља Комисија, а функција управљања поверена је управном одбору који, ни приближно, није гломазан као одбори независних агенција, јер му се број чланова обично састоји од 5 лица. Мандат директора извршних агенција, по правилу, износи 4 године. Особље извршних агенција чине: „1) службеници Европске уније уступљених од стране институција као привремено запослених на одговорним позицијама у извршној агенцији, 2) привремено особље директно регрутованим од стране извршне агенције, као и 3) други службеници које је извршна агенција регрутовала потписивањем обновљивих уговора. Врста уговора, обим обавеза службеника према агенцији и обрнуто, као и одговарајући критеријуми утврђују се на основу специфичности задатака које треба спровести и морају бити у складу са основним прописима и са важећим националним законодавством. Институција која је уступила службенике не може поупунити његово место за време обављања послова у извршној агенцији. На тај начин се обезбеђује да се не увећава администрација Европске уније.“ (Lilić, Golubović, 2011: 27)

Контрола над финансијама агенција, односно извршење буџета који је за њих намењен (а служи само за финансирање текућих трошкова), појединих програма или пројеката Уније које агенције спроводе, у овом случају врши Комисија. То одмах указује да је контрола финансијског типа, централизована у односу на такву контролу код независних агенција где има елемената децентрализације. У односу на независне агенције, извршне агенције се финансирају само из буџета Уније, али и често из средстава конкретног програма Европске уније у чијем спровођењу ова јавно-правна тела учествују. Иначе Комисија врши управни надзор над извршним агенцијама, али је могућа и судска контрола рада од Суда правде Европске уније.

„Јавност има приступ документима у поседу извршних агенција, под условима и у границама сличним онима који су одређени у члану 15 Уговора о функционисању Европске уније. Свака извршна агенција мора да сарађује интензивно и континуирано са службама Комисије надлежним за програме Европске уније у оквиру којих учествују. Да би се олакшала таква сарадња, извршна агенција налази се у месту где се налазе Комисија и њени директорати. Детаљније уређење организације и функционисања извршне агенције врши се прописом којим их оснива Комисија.“ Карактеристика извршних агенција, (можемо тако рећи), је да

оне имају “ограничени рок трајања”, јер их Комисија може, као што их је и основала, касније и укинути уколико су испуниле сврху, односно циљ због којег су основане. Ако су основане на одређено време, њихово постојање се може временски пролонгирати, а све у складу са начелом целисходности у њиховом оснивању и деловању. „У обављању задаћа извршне агенције, дакле могу потпуно или дјелимично проводити конкретни прорачун, пројект или програм Уније. У ту сврху, поред проведбених области, имају право доносити и одређене правне акте, прикупљати одређене информације и располагати с њима, подносити Комисији мишљења и препоруке и сл. Но, важно је нагласити да су у обављању својих задаћа, извршне агенције дужне ... на интензиван и прописан начин сурађивати са надлежним службама Комисије“. (Ђерђа, 2007:1208)

4. Уместо закључка

Коначни закључци о положају агенција у управним системима Србије и Европске уније нису потпуно могући, већ само делимични с обзиром да је агенцификација један процес који се одвија кроз ширење и појаву нових агенција уз могуће укидање старих агенција (Наравно такви закључци, а питање је да ли они у науци уопште могу имати својство коначности, могу бити дати само за одређени временски рок и по правилу у темељним монографијама). Тај процес је назван деагенцификацијом и имамо га у Србији на примеру укинуте Агенције за хемикалије и Агенције за привредне регистре. Такође у Европској унији на примеру извршних агенција можемо говорити прво о агенцификацији па о деагенцификацији с обзиром да се овај тип агенција оснива на одређено време, па протеком рока на који су основане могу да престану да постоје. Овај тип агенција у Европској унији, може бити доведен у релацију са економском кризом и нестабилношћу на тржишту што за последицу има избегавање повећања броја стандардних државних службеника, па сходно томе нормирања специфичних и временски ограничених планова и програма на имплементацији.

Како у управном систему Србије тако и Европске уније није установљен јединствен модел агенција. У оба система агенције и тела сличне правне природе дистинктивне су по многим карактеристикама и то кад је реч о независности, делатности коју врше (и која је у многим случајевима веома значајна), предвиђеним функцијама, начину избора органа, изворима финансирања ... Дакле њихов правни карактер је неуједначен. У Србији од стране критички настројених мислилаца указивано је на економско-финансијску нецелисходност формирања агенција посебно у случајевима сличних или истоврсних надлежности између министарства и агенције.

Када је је реч о избору управних одбора, директора и запослених у агенцијама су нашој земљи били, јесу и чини нам се да ће бити још увек под претерано јаким политичким утицајем и превише скривеним од очију јавности. У Европској унији ситуација у том контексту је свакако повољнија и обојена демократским духом, јачим степеном контроле и одговорности. И ако то у овом раду нисмо навели сматрамо да није било потрбно укинути Агенцију за хемикалије која је рађена по моделу Европске агенције за хемикалије и истоимене агенције у Шведској – КЕМ1, али да кад се нерационално троши државни новац за оснивање јавних агенција страдају и добре форме али најкрхкије што се тиче политичке залеђине кад је у питању менаџерска структура, док су озбиљне аномалије код других агенција занемарене и оне су наставиле са радом, уместо да је спровођена дагенцификација тамо где је то потребно уз уважавање објективних критеријума. Када је тај процес агенцификација отишао далеко (а има чак и примедби на његов назив у теорији где се указује да је реч о помодарству) тешко га је зауставити како у Србији а чини нам се у Европској унији још теже због њене изразито сложене правне и политичке структуре. Имајући у виду да се слажемо са констатацијом у теорији да „агенције нису системски увођене у наш правни систем, већ је овај процес, инициран након демократских промена у Србији, био праћен њиховим стихијским и недовољно припремљеним успостављањем“ (Дави нић, 2018:18), постављамо питање да ли конфузија са њиховим положајем, улогом и функцијом треба да се настави? Одговор, је свакако одречан. Ако би тако било, ако би тај правни галиматијас и даље обитавао у управном систему Србије, без тежње за решавањем проблема онда су свакако у праву аутори који се питају и дају одговор: „да ли су код нас агенције настале као случајна грешка или су резултат лоше намере, одговор би могао да гласи: почетно су настале као случајна грешка, али се даље шире и настављају свој живот захваљујући лошој намери.“ (Милков, 2014:35)

На послетку, да истакнемо, нисмо апсолутно против увођења агенција у наш управни систем, али истичемо да је то требало радити много пажљивије уз поштовање специфичности наше државне управе, а евентуално усвајање европског агенцијског модела требало је да се у ради на начин примерен нашим приликама. Додуше чак и кад су агенције формиране по узору на оне у Европској унији или земљама њиховог родног места (пре свега Сједињене Америчке Државе, и мање Уједињено Краљевство), питање је колико се може дати позитиван одговор да ли су прописи по којима су конституисане и које су требале да спроводе били у номотехничком и правно логичком смислу квалитетни, а још више да ли су се примењивали на најбољи могући начин.

Литература

Aleksić, D. (2012) „Agencifikacija Srbije“, Makroekonomske analize i trendovi, мај 2012, 36-40

ANEM, (2015). *VODIČ kroz nove medijske zakone*, Beograd.

Бачанин, Н. (2011). *Управно право, књига I – уводна и организациона питања*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац

Vlažić, Đ. (2011). *Javna (nedržavna – para državna) uprava u Crnoj Gori*, у: Зборник на правниот факултет “Јустинијан први”, Објавени излагања на Мегународната научне конференција “Развојни тенденции во управното законодавство”, 24-26. јуни 2011, Охрид, Универзитет “Св. Кирил и Методиј”, Правен факултет “Јустинијан Први” – Скопље, Скопје, 131-149

Breger, M.J., Edles, G.J. (2015). *Independent Agencies in the United States: Law, Structure, and Politics*, Oxford University Press, Oxford.

Вучковић, Ј.(2012). *РПА и медијски простор*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Тематски број “Медији и људска права”, LXI, 373-386

Вучковић, Ј. (2013). *Положај агенција у систему поделе власти*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.

Димитријевић, П. (2008). *Управно право – општи део, књига прва*, СБЕН, Ниш.

Димитријевић П.(2010). *Јавне агенције у управном систему Републике Србије*, у: Петрушић, Н. (ур.) *Право на приступ правосуђу – инструмент за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије – књига V*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш.

Димитријевић, П. (2016). *Управно право – општи део*, СБЕН, Ниш.

Đerđa, D. (2007). *Institucionalni ustroj izvršne i upravne vlasti u Europskoj uniji*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2, 1185-1218.

Лилић, С. (1991). *Полазни основи структуралне трансформације управног система*, Правни живот, 1-2,119-128

Lilić, S. Golubović, K. (2011). *Evropsko upravno pravo sa osvrtom na Upravno pravo Srbije u kontekstu evropskih integracija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.

Лончар, З. (2015). *Однос органа управе и независних државних органа*, Правни живот, 10, 145-158.

Мартинковић, А. (2012). *Правна природа агенција у правном систему Србије*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2391-400

- Мартиновић, А. (2012а). *Правна природа Агенције за борбу против корупције – уставно-правни и упоредно-правни аспекти*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4, 369-384
- Meteljak, Ž. Gjurković, S. (2016). *Primjena koncepta novog javnog menadžmenta u funkciji povećanja efikasnosti javne uprave u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Sveučilišta u Dubrovniku 3, 117-134
- Milenković, D. (2013). *Javna uprava – odabrane teme*, Fakultet političkih nauka, Čigoja štampa, Beograd.
- Миленковић, М. (2014). *Јавне агенције и заштита животне средине у праву Европске уније и у праву Србије*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.
- Милосављевић, Б. (2017). *Управно право*, Правни факултет Универзитета "Унион" и ЈП "Службени гласник", Београд.
- Milosavljević, B. (2012). *Načelo podele vlasti u Ustavu i ustavnoj praksi Republike Srbije*, Pravni zapisi, 1, 5-21
- Милков, Д. (2014). *Јавне агенције у Србији - Случајна грешка или лоша намера?* Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду, 2, 25-36
- Милков Д. (2016). *Управно право, књига I – уводна и организациона питања*, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад.
- Пајванчић, М. (2011). *Уставно право*, Центар за издавачку делатност Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Нови Сад.
- Pierce, R.; Shapiro, Sidney A. Verkuil, P. (2009). *Administrative Law and Process*, Foundation Press.
- Pusić, E. (2002). *Nauka o upravi*, Školska knjiga, Zagreb.
- Радојевић, М. (2010). *Независна (регулаторна) тела и институције у Србији*, Српска политичка мисао, 4, 53-76
- Shapiro, M. (1997). *The problems of independant agencies in the United States and the European Union*, Journal of European Public Policy, 2, 276-291
- Томић З. (2008). *Управне и јавне агенције - Класификација и правни положај*, Право и привреда 5-8, 2008, 413-426
- Томић, З. (2018). *Управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд.
- Trondal, J. (2014). *Agencification*, Public Administration Review, 4, 545-549

Milan Rapajić, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Kragujevac

**PUBLIC AGENCIES IN THE ADMINISTRATIVE SYSTEM OF
SERBIA WITH SHORT REVIEW OF THEIR POSITION IN THE
ADMINISTRATIVE SYSTEM OF THE EUROPEAN UNION**

Abstract: *Public agencies are no longer a new legal form in the Serbian administrative system. The statement is even more accurate for the European Union's administrative system. The author analyzes the position of public agencies in Serbia on the basis of the Law on Public Agencies and certain special laws that they have established. It points to the attitudes of the present in domestic legal theory from denying their existence and indicating that they could be characterized as special organizations. There can be no sign of equality between the institutional physiognomy of public agencies and special administrative organizations. In some elements of the public agency in the Serbian administrative system, they have similarities with the state administration bodies. As an important actor in the implementation of European Union law, short attention is paid to public agencies in its administrative system. Public agencies have taken over the jurisdiction of the European Commission. An analysis of the position of so-called independent and executive public agencies in the European Union's administrative system has been carried out. The number of independent public agencies in the European Union is respectable. Public agencies are unique and fulfill the individual function that is framed by the general act on their establishment. It is pointed out the attitude of the theory that "they contribute to a higher degree of decentralization and dispersion of activity" of the European Union. Based on the research carried out in the theory of administrative law, it is pointed out that there are three types of independent public agencies in the European Union's administrative system. The role of executive agencies is very important which are based on Council Regulation no. 58/2003. At the end of this paper, the importance of the activities of public agencies (and the survival of this legal form) in the administrative systems of Serbia and the European Union is discussed.*

Keywords: *public agencies; public agencies in the administrative system of Serbia; public agencies in the European Union's administrative system; independent and executive public agencies in the European Union; legal nature; activity;*

УГОВОР И УПРАВНИ УГОВОР КАО ПРАВНИ ИНСТИТУТИ**

Апстракт: У чланку је изложена разлика између уговора као правног појма, уговора као правног акта и уговора као правног института. Уговор као правни институт почива на правним облицима (правним стварима, правним односима и правним ситуацијама), при чему се уговором као правним актом заснива и уређује правно биће уговорне правне ситуације, на којој почива уговор као правни институт. Уговор као правни појам заступљен је у поретку правне државе и ван оквира постојања уговора као правног акта, имајући у виду да конституисање и функционисање институционалног поретка јавне власти извире из "политичког уговора", закљученог путем саглашавања између субјеката просторне заједнице и њихових изабраних представника.

Најважнија обележја уговора као правног акта су: (1) сагласност уговорних страна, (2) различитост правних интереса и опредељујућих циљева уговорних страна и (3) конститутивно непосредно правно дејство уговора као правног акта. На основу наведених обележја уговора као правног акта, у раду се излаже разлика између уговора, договора, збирног акта и управног акта издатог по захтеву странке.

Одређивање појма уговора као правног института почива на следећим правним појмовима: (1) правотворачки извори уговора, (2) предмет уговора, (3) правно биће уговора, (4) уговорна правна ситуација, (5) кауза уговора и (6) циљ уговора. Карактер предочених појмова није исти код свих уговора, следствено чему се у чланку утврђује и образлаже разлика између грађанскоправних уговора, управних уговора и "релационих уговора", као трију типова уговора.

* e-mail: pricamilos@prafak.ni.ac.rs

** Овај чланак представља резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2020.

Наше гледиште засновано је на лучењу општег, приватног и јавног интереса у поретку правне државе. Општи интерес представља динамички израз општег добра, приватни интерес је динамички израз индивидуалних правних добара, док је јавни интерес регулативна детерминанта правног поретка. Код грађанскоправних уговора постоји примат и равнотежа приватних интереса, при чему постоје грађанскоправни уговори са прописаним објективним циљем и грађанскоправни уговори без нормираног објективног циља. Преваходство општег интереса као објективног циља обликује правно биће управног уговора, док се код тзв. релационих уговора јавља равнотежа општег и приватног интереса. Јавни интерес као регулативна детерминанта има различиту садржину код разматраних уговора, што се нарочито очитује у погледу непосредне примене законских императивних норми и правних принципа важећих за дотичне уговоре.

Кључне речи: *уговор као правни појам, уговор као правни акт, уговор као правни институт, грађанскоправни уговор, управни уговор, "релациони уговор", општи интерес, приватни интерес, јавни интерес.*

1. Уговор као основ конституисања институционалног поретка јавне власти и легитимитета правне државе. Правни основ уговорних ствари у правном поретку

Уговор и уговарање заступљени су у поретку правне државе и ван оквира уговора као правног акта, имајући у виду да конституисање и функционисање институционалног поретка јавне власти извире из "политичког уговора", закљученог путем усаглашавања између субјеката просторне заједнице и њихових изабраних представника.¹ Доктрина о правној држави незамислива је без чврстог и континуираног повезивања просторне заједнице као институционалног поретка и институционалног поретка јавне власти. (Прица, 2016: 23-40). Уговарање и "политички уговор" имају за сврху да омогуће нераскидиву и кружну повезаност субјеката просторне заједнице и изабраних парламентарних представника, што значи да на појму "политичкога уговора" почива легитимитет институционалног поретка јавне власти. "Политички уговор" у ствари представља резултат усаглашавања различитих и супротстављених воља, добара и интереса субјеката просторне заједнице с циљем постизања јавног интереса као регулативне детерминанте правног поретка и равнотеже између воља, добара и интереса у питању. "Политички уговор" није правни акт и као такав не ствара правну ситуацију са субјективним

правима и правним дужностима. Ипак, уговор у питању ствара "политички облигациони однос" између припадника просторне заједнице и њихових изабраних парламентарних представника и самим тим подлеже контроли јавности, а јавност је правосуђе у институционалном поретку просторне заједнице.² Назив "политички", уговор у питању задобија због политичке оцене целисходности којом је испуњена његова садржина, при чему би било важно имати у виду да просторна заједница представља тоталитет физичког, моралног и духовног субјективитета, што не важи за народ и друштво. Јер, државу обликује идентитет између просторне заједнице и институционалног поретка јавне власти. Просторна заједница почива на духу својих градивних субјеката (личности појединца као имаоца слободе, нацији, породици, грађанском друштву и др.); сви они су повезани историјском судбином и прожимајућим дејством објективног духа, што је темељ на коме израста духовно-телеолошка садржина јавног поретка једне просторне заједнице. На делу је идеја о неограниченом трајању, идеја државе као субјекта историје.

Уз то, збиљска утемељеност уговарања и "политичкога уговора" представља услов и за легитимитет правне државе, имајући у виду да би настајање закона у поретку правне државе морало да представља резултат усаглашавања (уговарања) између субјеката просторне заједнице и изабраних парламентарних представника, а врхунац тога усаглашавања је уобличење закона као израза опште воље. У противном, без збиљске развијености уговарања у поступку доношења закона, одриче се могућност постојања закона у материјалном смислу, а закон у материјалном смислу је

² Јавност као правосуђе институционалног поретка просторне заједнице битно условљава функционисање институционалног поретка јавне власти. Јер, поступање државних органа не сме претерано да наруши равнотежу интереса градивних субјеката просторне заједнице нити да прекомерно задире у њихов поглед на свет, да се у противном не би довело у питање одржавање јавног реда и мира па самим тим и опстанак јавног поретка у целости. Објективни дух просторне заједнице је "жила куцавица" институционалног поретка јавне власти, правног поретка и унутардржавног материјалног права, што је и разлог нужног постојања јавног поретка као генералне клаузуле те и немогућности да унутардржавно право буде потпуно затворен систем. Следствено наведеном, владавина права је детерминисана јавношћу као правосуђем институционалног поретка просторне заједнице, а делатност правосуђа у питању читује се као: (1) суделовање у обликовању опште воље (нпр. доношење и измена закона); (2) суделовање у решавању одређених правних питања (нпр. утврђивање јавног интереса за експропријацију, разматрање урбанистичког плана и др.) и (3) јавна анкета, јавна критика, протест и као најважнија делатност правосуђа у питању - отпор противу делатности субјеката институционалног поретка јавне власти. Зато је важно да у правном поретку постоји снажна заступљеност спонтано обликоване јавности, насупрот вештачки обликованој јавности као средству технологије власти.

одређење онога "што по праву треба да буде за свакога". (Шмит, 2001: 314; Петровић, Прица, 2014:11). Законодавство и правно уређивање су у поретку правне државе укотвљени између: општих и приватних интереса, јавности и приватности, интервенционизма државне власти и грађанског друштва, институционалног поретка јавне власти и институционалног поретка просторне заједнице, што је разлог посве нужног развијања кружне линије функционисања правног поретка, заснованог на правним принципима и уговарању као техници путем које се досеже до закона као - на општи и типичан начин изражене - равнотеже различитих и супротстављених добара и интереса у поретку правне државе.³ При томе, закон као најјачи израз јавног интереса као регулативне детерминанте правног поретка представља, у границама уставности и законитости, закључени уговор о оптималном односу између различитих и супротстављених воља, добара и интереса у поретку правне државе, следствено чему се може закључити да је једино исправно да закон буде израз опште воље, како у погледу садржине, тако и у погледу начина на који се садржина закона уређује.

³Уколико се основна правна добра, правни интереси и основни правни принципи посматрају са највиших врхова правног поретка, увиђа се смисао принципа правде као "релационе категорије" а наиме да је смисао правде као најопштијег правног принципа управо у уравнотеживању основних правних добара, основних правних интереса и основних телеолошких правних ставова. Да би се разумео смисао исказане мисли о правди као "релационој категорији", препустићемо реч Петровићу: "Часовити законодавац овлашћен је да усклађује ова начела (основне правне принципе М.П.) и да одређује која у датом случају имају првенство. Но, то одмеравање није без чврстих међа. Законодавац никада не сме да потпуно пренебрегне неко од тих начела у корист једног од њих или осталих. Ако би се то догодило, његов закон био би јавно неправедан. ...Правда је, према томе, четврто начело међу основним правним начелима и узвишеније је од свих њих, пошто уређује њихове односе и размере. Расправама о појму правде никад краја. Узрок је томе, понајвише, неувиђање особености природе тог начела у односу на остала правна начела. Та правна начела имају вазда једну одређену садржину која их разликује од других и чини њихову својственост. Правда такву садржину нема; њен садржај је променљив и чини га садржина онога начела које у датој ситуацији има предност над другима. Она није "супстанцијална", него је "релационална" категорија, попут категорија логике и математике. Она је категорија друштвене равнотеже и склада, "друштвене лепоте", како би казали стари Грци. (Петровић, 1987: 322-323). Правда у предоченом значењу присутна је у јудикатури и правној књижевности, додуше под другим називима (пропорционалност, равнотежа интереса, одмеравање интереса и сл.), као да постоји страх од зрачећег дејства који би се могло произвести са називом "правда". Јер правда је више од равнотеже и усклађивања, као оличење духа и вере у морални потенцијал човека. То значи да правда не исказује сву своју лепоту када је израз чистог опортунитета, у следству потребе за очувањем јавног поретка. Сву своју лепоту и значај показује правда када се талас праведности подиже из моралне и духовне дубине, из осећања правде као оваплоћења највишег моралног и божјег лика у човеку.

То што се закони данас - услед покровитељства политичких странака над државом и снажно набујале страначке протекције - намећу "одозго", ван одистинског уговарања у наведеном значењу, белодано изражава кризу правне државе и парламентарне представничке демократије.⁴ Да у овоме делу закључимо: једино исправно је да закон настане "одоздо", као уговор у институционалном поретку просторне заједнице, како би закон као формални извор права могао да послужи као основ да се у правном поретку развије кружна линија од институционалног поретка просторне заједнице ка институционалном поретку јавне власти и натраг.

Под окриљем институционалног поретка просторне заједнице развија се грађанско друштво као тоталитет појединаца, са приватношћу, аутономијом, слободном вољом као правотворачким извором и слободом учествовања у обликовању опште воље – као основним правним принципима грађанског друштва, при чему правни принципи грађанског друштва нису исто што и правни принципи грађанског права.⁵ Упркос томе што су у грађанском праву, поред основних правних принципа грађанског друштва, заступљени и њима супротстављени телеолошки правни ставови, правни принципи грађанског друштва су носиоци правне свести и "погледа на свет" грађанског права као целине, следствено чему је посебан значај грађанских законика због обједињавајућег зрачећег телеолошког дејства које на дух правног поретка одашиљу грађански законици као, како примећује Петровић, "устава грађанског друштва". (Петровић, Прица, 2015: 20-21). Грађанско друштво представља истински правни основ постојања уговора као правног акта у поретку правне државе, као манифестација слободе појединаца да правном уређивању конкретизованих правних предмета - поводом властитих приватних интереса - приступе ван непосредне примене императивних законских норми и да властитом слободном вољом закључе уговор који ће важити као индивидуални закон. Правни теоретичари нису у потребној мери

⁴ Петровић је с тим у вези изрекао знаковиту мисао: "...оне странке Запада које данас држе власт или имају изгледе да дођу на власт, због своје неолибералне оријентације (све су то странке "левог" и "десног" "центра") не разликују се више у погледу схватања садржине општег добра, но ипак довољно у погледу средстава његовог остваривања, да би окупиле бирачке масе ...и могле да остваре битну функцију демократије у правној држави с дифузном влашћу – што већу циркулацију професионалних политичара уз истовремену непроменљивост главних носилаца индиректне власти." (Петровић, 2010: 292-293).

⁵ Поред наведених принципа грађанског друштва, у грађанском праву су као противтежа заступљена одступања од поменутих принципа у решавању одређених питања грађанског права (нпр. насупрот принципу аутономног уређивања правних предмета стоји њихово императивно правно уређивање). (Водинелић, 2014: 39-49).

уочили да дух грађанског друштва изражавају уговорне ствари, а уговорне ствари су предмети који се уређују "политичким уговорима" на подручју грађанског друштва и правни предмети који се уређују уговорима као правним актима у области грађанског права.

Уговорне ствари очитују аутономију субјеката грађанског друштва од непосредног законског уређивања јер је у природи ствари да постоје правни предмети који ће се правно уредити уговором као индивидуалним законом,⁶ при чему се не доводи у питање да општа правна норма у другим областима поретка правне државе, упркос општем, може имати и непосредно прецизирано правно дејство. Примерице, право на држављанство је правни објект који ужива правну заштиту у правном поретку, при чему је право на држављанство предмет правног уређивања путем општих и појединачних правних аката. Тако гледано, подношење захтева за стицање држављанства пријемом је правна чињеница (претпоставка за решавање правног предмета), стицање држављанства пријемом је један правни предмет који се решава доношењем управног акта (управна ствар) у следству разумске интерпретације уставних и законских норми и оцене целисходности (правотворачки извори). С друге стране, право на држављанство као правни објект је непосредно регулисано уставом, на начин да је уставним нормама прецизирана зајемчена суштина држављанства као субјективног права (правни предмет), што значи да је зајемчена суштина права на држављанство у

⁶Правно посматрано, развијање концепта тзв. интервенционистичке правне државе исходовао је значајне промене у погледу збиљске развијености грађанског друштва у поретку правне државе. У поретку "либералне правне државе" (настаје крајем 18. и у свом изворном облику битише до Великога рата) подразумевало се постојање закона у материјалном смислу и снажне аутономије грађанског друштва. У данашњим правним поретцима дошло је до прихватања и снажног ширења доктрине о непосредном законском уређивању у свим областима правног поретка, чиме начело законитости у материјалном смислу потискује грађанско друштво и аутономију субјеката просторне заједнице, следствено чему се сужава поље аутономног дефинисања правних ставова под окриљем грађанскога друштва. У поретку "либералне правне државе" такво стање се не би могло ни замислити, немоли прихватити, особито имајући у виду да је доношење грађанских законика замишљено као оваплоћење аутономије грађанског друштва, а постојање грађанског друштва и данас представља неопходну претпоставку, не само за слободан развој личности и слободу уопште, већ и за спонтано испољавање јавности – превасходно у поступку доношења закона. Уосталом, обликовање јавности у нареченом смислу представља услов за постојање демократског друштва! Напошетку, услед снажне пролиферације прописа (закона и подзаконских аката), у правним поретцима савремених држава правну снагу задобија мноштво законских норми и закона различитих, при чему је у великом броју данашњих држава на делу непостојаност законског права, имајући у виду да се постојећи закони подвргавају режиму сталног нестајања и настајања.

ствари уставна ствар као једна врста правне ствари у правном поретку. Из наведеног примера белодано произлази да конкретизовано и прецизирано правно уређивање може уследити и путем општих правних норми као довршених и прецизираних правних бића у правном поретку, чиме се не доводи у питање разлика у правном дејству које дели општи правни акт од појединачног правног акта. За разлику од описаног примера, у коме правно уређивање правног предмета појединачним правним актом подразумева придржај императивних законских норми, код уговорне ствари правни значај није у томе што се правни предмет уређује уговором као појединачним правним актом, колико је значај у томе што правно биће уговорног уређивања успоставља слободном вољом уговорних страна, без придржаја императивних законских норми. Смисао аутономије грађанског друштва и јесте у томе да уговорно правно уређивање подлеже принципу законитости у формалном смислу, не и законитости у материјалном смислу.⁷

Правна норма придев "општи" получаје услед природе правног објекта који уређује, не и због садржине правног става којим се објект правно уређује. Правни карактер опште правне норме долази као последица околности да је општим правним нормама, као регулативним правним ставовима, исказана типичност лица, догађаја, радњи и односа као објеката правног уређивања те код општих правних норми долази до апстраховања правног објекта, док је њихова садржина конкретизована. У природи ствари је да општа правна норма у садржинском смислу буде конкретизовани регулативни правни став, чиме се не доводи у питање њено својство да производи опште правно дејство. То значи да су опште правне норме у правно-логичком смислу конкретизовани правни ставови произашли из правних одредаба (уставних, законских и подзаконских), важећи за неодређени број случајева и неодређени број лица.⁸ Смисао

⁷О границама и ограничењима слободе уговарања, видети: Перовић, 1975: 5-250.

⁸Опште правно дејство је разлог што се у нашој правној књижевности највећи значај за разумевање права придаје општим правним актима као формалним изворима права. Марковић у вези са тим вели: "...само општи акти могу бити формални извори права, јер само из њих право може извирати без обзира на број случајева њихове примене. Појединачни акти, применом на конкретне случајеве, престају да постоје у правном смислу, јер се њихова обавезност, применом на случај који се односе, исцрпљује." (Марковић, 2008, 19-20). Према мишљењу Водинелића, у изворе права спадају сви облици у којима се појављују грађанскоправне норме које важе и обавезују. Водинелић вели: "Пошто су стране и судови дужни да подједнако поштују и опште и појединачне норме, и општеобавезне и појединачно обавезне, широки појам извора права је сврсисходнији јер правнику скреће пажњу на све важеће и обавезујеће норме са којима он ради кад тражи одговор на правна питања." (Водинелић, 2014: 73). Наше поимање уговора као извора права иде даље од Водинелићевог, имајући у виду наше

императива важења општих правних норми као регулативних правних ставова управо је у потреби заштите општег добра и јавног поретка са принципом законитости у ужем смислу код императивних норми и очувања правног поретка код диспозитивних норми, које, без обзира на секундарну примену, представљају примарну гаранцију јавног интереса као статичког израза општег добра. Отуда је неопходно да опште правне норме садржински буду конкретизовани регулативни правни ставови јер би у противном био обесмишљен разлог њиховог постојања у правном поретку. Уз то, осим у садржинском погледу, конкретизација опште правне норме односи се у одређеном степену и на објект који се њоме уређује па у зависности од степена конкретизације у питању зависи да ли ће општа правна норма као регулативни правни став представљати довршено и прецизирано правно биће. То што опште правне норме као регулативни правни ставови најчешће нису довршена и прецизирана правна бића, не значи да су у питању општи правни ставови. То уистину значи да општу правну норму треба даље конкретизовати у делу правног објекта или да конкретизовани регулативни правни став опште правне норме треба даље прецизирати општом правном нормом и појединачним правним актом. Имајући наведено у виду, правне норме као регулативни правни ставови постоје као опште правне норме и као појединачна правна правила,⁹ при

гlediште о правним ситуацијама као правним облицима. Јер, ако се уговором заснивају правне ситуације које остају под владом уговора, онда се не може оспорити да уговор представља извор права.

⁹У погледу разлике између општег и појединачног акта, Петровић у својој докторској расправи сасвим основано казује да појединачност и општост могу постојати како у погледу круга адресата, тако и у погледу предмета који се актом уређују: "...ако се акт односи на једно или више тачно одређених лица, што ће рећи, ако је круг његових адресата затворен, утврђен актом на искључив, дефинитиван начин, постојаће увек управни акт, без обзира на начин на који тај акт уређује безброј понашања једног јединог лица, тај акт је ипак појединачан акт. То стога што сингуларност лица представља један тако снажан елемент индивидуализације да он нужно читавој ситуацији даје сасвим појединачна обележја. ...Код отвореног круга адресата, постојаће појединачан правни акт ако је њиме уређено једно једино понашање, "ако је његова садржина сасвим сингуларна, без обзира на отвореност или затвореност круга адресата дотичног акта. На пример, ако се актом забрани одржавање једног јавног скупа, заказаног, рецимо, за сутра у подне на том и том месту, то је онда управни акт, без обзира на то што је круг адресата акта неодређен; исти би случај био и код забране цепања једног одређеног плаката, код наредбе свим имаоцима воћки да их окрече одређеног дана и тсл. Не би, напротив, био управни акт онај акт којим се забрањује купање у једној реци, прелажење преко једног моста и тсл., него нормативна мера, премда је и овде садржина акта конкретна. Но овог пута конкретне су само околности које су акту унапред дате и које изазивају његово доношење; тако, загађеност реке изазвала је забрану купања у њој, трошност моста представља разлог забране прелажења преко њега; али, понашања

чему опште правне норме као регулативни правни ставови у садржинском смислу јесу конкретизовани правни ставови са општим правним дејством. (Прица, 2018, II: 135-180).

Опште правне норме као прецизирани и довршени регулативни правни ставови јесу правне ситуације из којих непосредно произлазе субјективна права и правне дужности. Правне ситуације у питању су генералне, имајући у виду да важе за неодређени број субјеката и у погледу своје садржине стоје под владом општег правног акта којим су установљене али су уједно и индивидуалне, следствено томе што представљају прецизираност и довршеност субјективног права или правне дужности на које се могу позвати субјекти правног поретка. Примерице, уставне норме о зајемченим субјективним правима јесу прецизирана и довршена правна бића и представљају индивидуалне правне ситуације из којих непосредно произлазе субјективна права, а уједно су и генералне правне ситуације - будући да њихова садржина стоји под владом устава као основног закона. Исто тако, заповести кривичног законодавства којима се прописују основне правне дужности субјеката правног поретка представљају генералне и индивидуалне ситуације у овде наведеном значењу.

Да би се могла разумети правна ствар као правни појам, треба поћи од тога да у правном поретку постоје правни објекти у погледу којих се опште правне норме јављају као довршено и прецизирано правно биће, тако да субјективна права и правне дужности непосредно из општих правних норми произлазе (то су генералне правне ситуације и уједно правни предмети које називамо законским или уставним правним стварима). С друге стране, већи је број правних објеката у правном поретку у погледу којих опште правне норме не представљају довршено и потпуно прецизирано правно биће, следствено чему се према начину правног уређивања објеката у питању нужно јављају правни предмети који се правно уређују одговарајућим појединачним актима и на тај начин настају правне ствари у правном поретку (уговорне, управне, судске и др.). Из наведеног произлази да правно правило као прецизирани конкретизовани правни став у односу на правни предмет може произлазити из општег правног акта и индивидуалног правног акта, што је основа за откривање и уобличавање правних ствари и правних ситуација као правних облика који изражавају прецизирана и довршена правна бића у правном поретку.

Правне ситуације су правни облици засновани на правним правилима као прецизираним и довршеним правним бићима, из којих непосредно

регулисана актом могу да се понављају у безброј наврата, док је код прве врсте аката предмет акта само једно једино понашање." (Петровић, 1981: 135-136).

произлазе субјективна права, правне дужности те овлашћења субјеката правног поретка. (Прица, 2016: 40-82). Правне ситуације се, према садржини, деле на генералне, посебне и индивидуалне правне ситуације. Садржина генералне правне ситуације је уређена општим правним актом, као израз правног прецизирања субјективних права, правних дужности или овлашћења правног поретка, са непосредним правним учинцима и општим правним дејством. Генералне правне ситуације су опште и трајне и у свему стоје под владом општег правног акта којим су установљене (нпр. субјективна права гарантована уставом и правне дужности нормиране кривичним законодавством).

Посебне правне ситуације допуштају да се на њих могу позвати само једна или више особа које су индивидуално одређене и које могу бити супротстављене само једној или већем броју особа које су такође индивидуално одређене. Посебне правне ситуације се јављају као привремене (нпр. извршењем пореског решења посебна правна ситуација ишчезава из правног поретка) и као трајне (нпр. закуп као правни институт). Суштина је да се посебне правне ситуације успостављају између одређених субјеката правног поретка с циљем правног уређивања правног предмета. У том смислу, посебне правне ситуације обухватају: правни однос заснован између одређених субјеката; опште правне норме које као системски правни ставови нормирају ток, обим, домашај правног уређивања и овлашћења субјеката правног поретка; правне принципе као телеолошке правне ставове, а правни режим посебне правне ситуације нужно подразумева укрштање генералних и индивидуалних правних ситуација (нпр. зајемчена суштина уставом гарантованих људских права, корисник експропријације као правни статус, порески обвезник као правни статус и др.).

Индивидуалне правне ситуације подразумевају правне статусе субјекта правног поретка са припадајућим субјективним правима или правним дужностима. Појам уговора као правног института почива на правним ситуацијама, о чему више нешто ниже.

Узимајући у обзир наведено, конкретизовано правно уређивање има у виду правни предмет (правно питање у материјалном смислу) и правну ствар (правно питање у формалном смислу) – као израз припадања правног предмета одговарајућем режиму правног уређивања, иманентног субјекту, делатности његовој, те правотворачким изворима који изражавају унутарњу концепцију правних аката. Правне ствари представљају слагање правног предмета (правног питања у материјалном смислу) са начином његовог правног уређивања (правног питања у формалном смислу). Правно

уређивање једног правног предмета може подразумевати смењивање форми његовог правног уређивања, али се из тог таласа померања формалних обележја може уочити његов збиљски правни карактер. Правне ствари у наведеном значењу очитују анатомију правног поретка и унутардржавног права.¹⁰

Суштина је у томе да постоје правна питања која могу да буду предмет уређивања у једном или другом правном поступку, путем једног или другог правног акта, али би та могућност требало да буде опредељена "природом ствари" па се пред "природом ствари" зауставља и моћ законодавца. "Природа ствари" очитује идентитет између правног предмета и правне ствари као облика уређивања правног предмета. Утврђивање "природе ствари" стога би требало да представља приоритетни задатак правне мисли, како судске тако и академско-научне јуриспруденције. Радбрух у вези са тим вели: "Ипак, та пракса ме није могла задовољити. Тада ме није интересовао поједини случај, него опште, не конкретно, него апстракција... Нисам био довољно зрео да тражим ум у стварима, да појмим идеју као значење и душу стварности, да тражим поредак у животним односима који људи зову "природа ствари". (Radbruch, 1951: 71; Радбрух, 1991: 217-237). Наше је полазиште да постоји "ум у правним стварима", као темељ на којем израста подела власти у правном поретку, следствено чему је подела власти више последица постојања различитих правних ствари и области правног поретка, него обратно: да су различите правне ствари резултат поделе власти као прокламованог циља у правном поретку.

Према нашем гледишту, **правна ствар означава правни предмет чије правноуређивање правним правилима као довршеним прецизираним бићима одговара правном режиму владајућем у одређеној области правног поретка**. Ако се сагледа тоталитет правног уређивања у правном поретку, могу се издвојити следеће правне ствари: (1) грађанске (уговорне и др.), (2) политичке (акти владе као појединачни правни акти донесени на основу политичке оцене целисходности), (3) уставне, (4) законске, (5) управне и (6) судске (кривичне, парничне, ванпарничне, прекршајне, привредносудске, управносудске, уставносудске). (Прица, 2019: 597-639).

¹⁰ Спознаја анатомије правног поретка везана је "типом" као методолошком категоријом, оличеном у синтези посебног и општег односно – како је Дилтај казивао – у "регуларном повезивању индивидуално различитих црта у основне форме душевног живота". Дилтај закључује: "У једном таквом типу на регуларан начин је међусобно повезано више обележја, делова или функција. Те црте, чије повезивање чини тип, стоје једне према другима у једној таквој узајамној релацији да присуство једне црте допушта да се закључи о другима, варијација у једној о варијацији у другој. И та типична повезивања обележја јачају у универзуму у успињућем реду форми живота, и достижу у органском и онда у психичком животу своју највишу тачку." (Dilthey, 1924: 240;271).

Поводом истог правног објекта, из идентичног склопа правних чињеница, може проizaћи више правних предмета и различитих правних ствари. Примера ради, људска радња која проузрокује кривично дело представља кривичну ствар као предмет кривичног поступка, а оштећени коме је кривичним делом штета проузрокована припада право на накнаду штете, што је парнична ствар (предмет парничног поступка); ако је у прекршајном поступку утврђена прекршајна одговорност за извршени прекршај (прекршајна ствар) то није сметња да се поводом истог правног предмета води и кривични поступак (кривична ствар). Код правних института који по природи својој имају трајан карактер или сложену структуру, настаје мноштво правних предмета са различитим начинима њиховог правног уређивања (правним стварима). Тако, примера ради, брак, својина на непокретности и експропријација уистину јесу велика мноштва правних ствари припадајућих различитим режимима правнога уређивања. У том смислу, нигде се у правном поретку не показује сложеност правног уређивања као у случају правног режима експропријације. На делу је снажно померање обележја правног уређивања експропријације: од управне ствари (у поступку поводом утврђивања јавног интереса и доношења решења о експропријацији), уговорне ствари (у погледу накнаде за експроприсану непокретност), судске ствари: ванпарничне (спрам накнаде за експроприсану непокретност) и парничне (у погледу спорних питања правног односа између експропријанта и експропријата), опет управне или уговорне и парничне у поступку деекспропријације.

Поврх тога, када се поводом уређивања једног правног питања иницира правни пут, у етапама отвореног правног пута, предмет правног уређивања се развија и мења, образујући тако један ланац правних питања као предмет оцена надлежних одлучилаца. У том смислу, предмет решавања првостепеног органа по захтеву за признавање субјективног права разликује се од решавања другостепеног органа поводом истог питања (првостепена и другостепена управна ствар), као што се поводом тог питања даље разликује и предмет оцене у управном спору (управносудска ствар) те тако и у поступку по уставној жалби (уставносудска ствар). Осим сукцесивног смењивања правних ствари у наведеном примеру, одређени правни предмети могу алтернативно имати карактер једне или друге правне ствари (нпр. одређивање накнаде за експроприсану непокретност може бити уговорна ствар или ванпарнична ствар). При томе, правно уређивање одређених правних предмета у истој материји

правног уређивања може бити израз подељене надлежности и самим тим различитих правних ствари.¹¹

Ако се питање сагледава из дубине правног поретка, правне ствари постоје као редовне (примарне) и као секундарне. У ред редовних правних ствари спадају: уставне ствари, законске ствари, управне ствари, грађанске ствари и ванпарничне ствари, док све остале - горе наведене правне ствари - у нареченом смислу имају секундарни карактер у правном поретку. Да би се разумела разлика између примарних и секундарних правних ствари, ваљало би најпре истаћи да се функционисање правног поретка не може зајазити пирамидалним током стварања и примене општих правних норми као "формалних извора права", имајући у виду да принцип законитости у материјалном смислу не важи у свим областима правног поретка. Материјално право се ствара и ван институционалног поретка јавне власти, као делатност која не представља конкретизацију законских норми као регулативних правних ставова - у подручју слободне воље и приватног интереса у апсолутном смислу (грађанске ствари). С друге стране, институционални поредак државне власти је нужно шири у односу на материјално (законско) право, имајући у виду политичку делатност државних органа која може да буде и изнад закона (нпр. закључивање међународног уговора). Сагласно предоченом, принцип законитости се у областима правног поретка испољава у различитим видовима, од законитости у ужем смислу (придржај законских норми као регулативних правних ставова код управних ствари), преко забране протизаконитог дејства код правних послова грађанског права (грађанске ствари), до политичке оцене целисходности највиших државних органа која може да буде и изнад закона. При томе, у свим областима правног поретка важе правни принципи као основни телеолошки правни ставови и опште правне норме као системски правни ставови.

Узимајући у обзир наведено, у погледу правног уређивања типичних грађанских ствари не важи принцип законитости у материјалном смислу, јер се грађанске ствари уређују на основу слободне воље (правотворачки извор) са забраном повреде императивних норми, добрих обичаја и јавног поретка, следствено чему уређивање грађанских ствари није прецизирање

¹¹ За оцену законитости коначних управних аката којима је одлучено о праву на здравствено осигурање је надлежан Врховни суд Србије, осим аката завода који се доносе на основу 34-46. Закона о здравственом осигурању за које се судска заштита обезбеђује у парничном поступку пред надлежним судом. (Пресуда ВСС-а бр. 6577/06 од 30.05.2007). Билтен судске праксе Управног суда бр. 1/2010, стр. 113-114. Стављање ван снаге акта располагања о додели запосленом у органу управе стана у закуп је управни акт, али заштита (спор) поводом доношења дотичнога акта остварује се у парничном поступку. (Решење ВСС-а, У. 3475/06 од 6.6.2007).

општих правних норми. То значи да су грађанске ствари, не само редовне, него су по правилу и самосталне у правном поретку. Насупрот грађанским стварима, у погледу решавања управних ствари важи принцип законитости у материјалном смислу, имајући у виду да уређивање управних ствари подразумева прецизирање општих правних норми као недовршених и непрецизираних правних бића. Управне ствари стога по правилу нису самосталне, али јесу редовне (примарне) у правном поретку јер природа ствари захтева да се опште правне норме као недовршена правна бића прецизирају доношењем управног акта.

Према томе, разлика између основних правних принципа владајућих у областима правног поретка нужно исходује разлику између одређених правних ствари, без обзира на сличности које се уочавају у формалним обележјима ствари у питању одн. сличностима у формалним обележјима правног уређивања правних предмета у питању. Ако бисмо упоредили ванпарничне (грађанске) ствари и управне ствари, никако се не би могло закључити да су у питању блиске правне ствари, имајући у виду разлику у њиховом правном основу - детерминисаном различитим духом области правних поредака којима припадају. Јер, управне ствари припадају језгру општег добра, док су ванпарничне ствари заступљене као облик редовне правне делатности са наглашеним јавним интересом у области грађанског права (у грађанској материји). За разлику од разумске интерпретације императивних норми и управне оцене целисходности као правотворачких извора код решавања управних ствари, уређивање ванпарничних ствари, осим разумске интерпретације императивних норми, по правилу подразумева слободну вољу странака ванпарничног поступка (нпр. слободна воља наследника да ће се прихватити или одрећи наследства, закључивање уговора о доживотном издржавању у ванпарничном поступку и др.). Као што се оцена целисходности не може замислити у ванпарничном поступку, тако се слободна воља као правотворачки извор не може замислити у управном поступку, и то је довољан одговор на питање зашто се ствари у питању не могу доводити у везу.

Имајући у виду наведено, за одређивање правних ствари као правних појмова ваљало би поћи од разлике која важи у погледу духа (правних добара, правних интереса, правотворачких извора и основних правних принципа) владајућих у различитим областима правног поретка, следствено чему би се, према карактеристикама правних питања у материјалном смислу, за означавање разлике у питању могао користити израз "материја правног уређивања" у областима правног поретка (управноправна материја, грађанскоправна материја, кривичноправна

материја и др.).¹² То значи да сва правна добра и правни интереси имају различиту заступљеност у различитим областима правног поретка па је и оправдано узимати у обзир "материју правног уређивања" као један критеријум за сагледавање правних ствари и правног карактера правних делатности у областима правног поретка. С друге стране, када се узме у обзир кауза делатности субјеката у одређеној области правног поретка, при чему је одлучујући значај правотворачких извора као унутарње концепције правних и материјалних аката, запажа се особитост правног режима делатности субјеката у одређеној области правног поретка. Наш задатак овде је да одредимо подручје правног поретка које по свом правном карактеру представља грађанску материју.

Лучење јавног интереса од општег и приватног интереса је од конститутивног значаја за поимање грађанске материје и правне државе уопште. Наше је мишљење да општи интереси представљају динамичке изразе општег добра, док под приватним интересима подразумевамо динамичке изразе индивидуалних правних добара грађана као имаоника слободе и субјеката правног поретка. Јавни интерес представља регулативну детерминанту правног поретка и статички израз општег добра.

Грађанска материја је област правног поретка у којем постоји превасходство приватних интереса као динамичких израза индивидуалних правних добара као титулара слободе и субјеката грађанског друштва. Но, и у овоме региону правног поретка заступљен је јавни интерес једнако као и у другим регионима правног поретка, али правни карактер овогом региону

¹² Правни поредак садржи саставне градивне ентитете, без којих је незамислива продорност правнонаучне анализе стварања и конкретизације права, а међ тим елементима су правна добра и правни интереси који сачињавају материју правног уређивања. Наше мишљење је да правни поредак има следећу структуру: а) Основни (градивни) ентитети правног поретка: 1) правни субјект, 2) субјективно право, 3) правна дужност, 4) правни објект (предмет); 5) правни акт, 6) државна радња, 7) правна радња, 8) правне чињенице. У односу на правни поредак, сви поменути елементи имају једнак (конститутивни) значај, па би било исто као када би се у смислу људскога организма оцењивало превасходство десне руке у односу на леву руку, онд. крвотока у односу на нервни систем и сл.; б) Материја правног уређивања: правна добра и правни интереси; в) Правотворачки извори: разумска интерпретација правних норми и правних принципа, политичка оцена целисходности, слободна воља и управна оцена целисходности; г) Облици правног уређивања: непосредни динамички: општи правни акти, индивидуални правни акти, државне и правне радње, непосредни статички: правни принципи, правне норме и правни стандарди и виши (правнонаучни) статички: правне ствари, правне ситуације и правни институти. (Прица, 2016: 20-82; Прица, 2018, I: 104-113).

даје другачија садржина јавнога интереса као регулативне детерминанте и статичког израза општег добра. Суштина је у томе да се јавни интерес у грађанској материји јавља као регулативна детерминанта и статички израз различитих приватних интереса, а уређивање интереса у питању се највећма остварује на основу слободне воље као правотворачког извора и то уговором који - као сагласност воља - има карактер индивидуалног закона. Грађанска ствар стога представља слагање правног предмета у материјалном смислу и начина њеног правног уређивања, што значи да се приликом поимања правног карактера уговора морају узети у обзир уговорна ствар и уговор као начин њеног правног уређивања. Ако је уговор средство, шта је циљ? У науци грађанскога права, однос између средства и циља смешта се у координате односа између уговора као правног акта и правног односа између уговорних страна, што је гледиште које не досеже до правног предмета у материјалном смислу. Тако Радишић, примерице, на једном месту вели: "Уговор као правни акт нити се склапа, нити раскида, нити поништава, него се њиме зачиње, преобликује или окончава правни однос. Он је, дакле, средство, није циљ." Али, циљ уговора није успостављање и окончање правног односа, већ уређивање правног предмета који због властитих материјалних обележја подлеже уговорном правном уређивању, чиме на видело излази значај уговорне ствари из које произлази "објективни елемент уговора".

Прави разлог нужног постојања уговорних ствари у правном поретку лежи у индивидуалним правним добрима и приватним интересима као динамичким изразима индивидуалних правних добара титулара слободне и грађанскога друштва, следствено чему постаје нужно да у правном уређивању одређених правних предмета учествује слободна воља као правотворачки извор. У том двојству, конститутивности приватних интереса као динамичких израза индивидуалних правних добара и слободне воље као правотворачког извора, проистиче нужност постојања уговорне ствари и уговора као правнога акта. С озбиром на то да се уговори закључују и у другим областима правног поретка, садржина јавног интереса разликује се између уговора у грађанској материји и уговора у другим материјама правног поретка. Постојање уговорних ствари у другим материјама правног поретка такође је опредељено заступљеношћу приватног интереса приликом уређивања одређених правних предмета, у тој мери да слободна воља као правотворачки извор чини нужним уговорно уређивање правних предмета у питању, с тим да се правни карактер уговора у тим материјама разликује од грађанскоправних уговора.

Наш задатак биће да у продужетку објаснимо разлику између уговора који се закључују у различитим материјама правног поретка. Наше је полазиште

да код грађанскоправних уговора постоји примат и равнотежа приватних интереса, при чему постоје грађанскоправни уговори са прописаним циљем и грађанскоправни уговори без нормираног објективног циља. Превасходство општег интереса као уговорног циља обликује правно биће управног уговора, док се код тзв. релационих уговора јавља равнотежа општег и приватног интереса. Јавни интерес као регулативна детерминанта има различиту садржину код разматраних уговора, што се нарочито читује у погледу непосредног дејства императивних законских норми и правних принципа важећих за дотичне уговоре.

При свему томе, уговор није само правни акт са дејством *inter partes* којим право настаје и нестаје, с циљем правног уређивања субјективних права и правних дужности. Штавише, уговор је важан елемент правне статике у правном поретку, као извор индивидуалних, посебних и генералних правних ситуација, следствено чему уговор представља важан извор права у поретку правне државе.¹³ На правним ситуацијама као правним облицима настојаћемо да утемељимо нашу појмовну зграду уговора као правног института. При томе, анализа односа између уговора као извора права и законских општих норми као извора права, представљаће основ да закључимо да уговор може имати карактер индивидуалног закона (грађанскоправни уговор), појединачног подзаконског акта (управни уговор) и појединачног правног акта којим се успоставља трајна правна ситуација између уговорних страна ("релациони уговор").

2. Уговор као правни акт и уговор као правни институт.

Грађанскоправни уговори, управни уговори и "релациони уговори"

У погледу важења уговора као правног акта од кључног је значаја постојање сагласности уговорних страна. Код грађанскоправног уговора, реч је о сагласности воља, али код управног уговора воља је само на једној страни, а на другој страни су правна везаност и оцена целисходности државног органа као једне уговорне стране. То значи да уговор као правни акт настаје као сагласност уговорних страна о предмету уговора али сваки уговор није сагласност воља! Да сваки уговор није израз сагласности воља, долази услед постојања различитих правотворачких извора са којима уговорне стране приступају закључењу уговора. Државни орган нема аутономију, ни

¹³ Правни карактер уговора се у правној књижевности превасходно анализује кроз тзв. принцип релативног дејства уговора: да уговор ствара права и обавезе за уговорне стране, што је само једна карактеристика уговора. Правни значај уговора мора бити сагледан у односу на карактер правних ситуација које су уговором заснивају, следствено чему на видело излази својство уговора као извора права, без обзира на то што уговор као појединачан правни акт нема својство формалног извора права.

вољу. С обзиром на то да државни орган нема вољу, разуме се да државни орган не може имати ни "јачу вољу", што је став заступљен код појединих посленика правне науке.¹⁴ Државни орган као уговорна страна дела на основу разумске интерпретације законских и других општих правних норми и путем управне и политичке оцене целисходности, следствено чему уговори у којима је државни орган уговорна страна настају сагласношћу уговорних страна али не представљају сагласност воља. Грађанскоправни уговор настаје као сагласност изјављених воља уговорних страна, што значи да грађанскоправни уговор почива на слободној вољи уговорних страна као правотворачком извору. Као правотворачки извори код управних уговора јављају се разумска интерпретација законских императивних норми, управна оцена целисходности и слободна воља, док се у наведеном значењу код "релационих уговора" појављују политичка оцена целисходности и слободна воља. Будући да сачињавају унутарњу концепцију правних аката, државних и правних радњи, правотворачки извори имају велики значај за утврђивање правног карактера правних института, разуме се у том смислу и за појмовно лучење грађанскоправних, управних и "релационих" уговора.¹⁵

За постојање и важење уговора као правног акта неопходно је да постоји сагласност уговорних страна, следствено чему без сагласности уговор не може производити правно дејство. То се најбоље види када се врши

¹⁴ Видети, на пример: Томић, 2017: 240.

¹⁵ Правотворачки извори очитују субјекта правног поретка у процесу стварања и примене права, опредељујући каузу његовога делања. Правотворачки извори откривају унутарњу концепцију свеколике духовне и физичке делатности у правном поретку, како у погледу формалних извора права, тако и у погледу свих правних и материјалних аката, послова и радњи у правном поретку. У том смислу смо на подручју материјалних извора права. Ваља имати у виду да правотворачки извори опредељују каузу духовне и физичке делатности у правном поретку, следствено чему правотворачке изворе треба лучити од материјалних извора на страни правнога бића (нпр. објективни дух и правна свест као материјални извор права). У правотворачке изворе спадају: разумска интерпретација правних норми и правних принципа, политичка оцена целисходности, слободна воља и управна оцена целисходности. Смисао стварања и примене права, према нашем мишљењу, требало би да буде надахнуто настојањем достизања исправног и постојаног права, до чега се може доћи конкретизовањем основних правних принципа, утврђивањем "природе ствари" правних предмета те, разуме се, постављањем правних правила као мере исправности и правичности наспрам типичних правних предмета. Следствено томе, материјални извор права у поретку правне државе јавио би се као тројство наречених правних принципа, правних ствари и правних правила, са обликованом правном свешћу, што би нужно опредељивало да формални извори права производе из материјалног извора права у нареченом смислу. То би дакако значило да се устав као основни закон саобрази уставу грађанског друштва и уставу у апсолутном смислу.

поређење између уговора и управног акта. Постоје, наиме, управни акти које надлежни издаваоци могу донети само по захтеву странке. Уколико би наиме приликом решавања управне ствари (предмета управног поступка) био донесен управни акт без захтева странке (правна чињеница), такав акт би стекао својство ништавости. Но, управни акт са својством ништавости је неваљан акт, све док се не огласи ништавим. У описаном примеру управни акт постоји и производи правно дејство, само без могућности да стекне својство правноснажности, а оглашавање акта ништавим имаће дејство унатраг, као да акт није ни био донесен. (Петровић, Прица, 2016: 691-692).

Уколико би уговор - настао као сагласност уговорних страна - садржао разлог ништавости, он би такође производио правне учинке без могућности правног оснажења (конвалидације). Уговор би дакле у описаном случају био неваљан правни акт све до оглашавања ништавим. Међутим, за разлику од решавања путем управног акта по захтеву странке, сагласност је правотворачки извор и нужен услов за настанак и важење уговора као правног акта, што значи да уговор не постоји и не важи без сагласности уговорних страна, следствено чему би се услед непостојања сагласности уговорних страна радило о непостојећем а не о неваљаном правном акту.

Осим сагласности уговорних страна, важна карактеристика уговора као правног акта јесте постојање различитих правних интереса - опредељујућих циљева уговорних страна - као динамичких израза правних добара у правном поретку. То значи да уговарање у поретку правне државе очитује аутономију субјеката да на основу слободне воље прецизирају остваривање властитих приватних интереса, чиме се одриче могућност по природи ствари да се извесни правни предмети непосредно и потпуно уреде законом и једностраним правним уређивањем од стране државног органа или имаоца јавног овлашћења. Овде подсећамо на наше гледиште да правни интереси представљају динамичке изразе правних добара у правном поретку, док под јавним интересом подразумевамо регулативну детерминанту правног поретка и равнотежу (статички израз) између различитих правних добара и правних интереса у правном поретку. Имајући наведено у виду, карактер уговора немају извесни правни акти, иако њихово настајање подразумева споразумевање овлашћених субјеката, имајући у виду да споразумевање у питању не представља усаглашавање различитих правних интереса као динамичких израза правних добара у правном поретку, већ представља извршавање општом правном нормом прецизираног јавног интереса као регулативне детерминанте у правном поретку. Тако, договор, за разлику од уговора, подразумева сагласност усмерену ка заједничком циљу, као и извесни збирни акти, при чему за разлику од договора, збирни акти производе правно дејство

ван круга својих доносилаца. Петровић вели: "...тако је споразум двају министарстава да заједнички донесу извештај правилник "договор", а заједничко доношење тог правилника, "збирни акт". (Петровић, Прица, 2016: 693). Уз то, у правном поретку постоје збирни појединачни правни акти које издаје један орган, али је важење дотичних аката условљено сагласношћу, одобрењем или мишљењем другог органа. У питању су тзв. збирни управни акти, при чијем доношењу не постоји споразумевање између надлежних органа који учествују у доношењу аката у питању. Да закључимо и у овом делу рада: уговором као правним актом конституише се јавни интерес као регулативна детерминанта правног поретка и статички израз различитих правних интереса као динамичких израза правних добара у правном поретку.

Уговор као правни акт конституише правну ситуацију из које непосредно произлази субјективно право и правна дужност. Без обзира на то што уговор представља појединачан правни акт, однос између закона и уговора обележава сложеност примене принципа законитости у материјалном и формалном смислу - у различитим областима правног поретка. При томе, средишња тачка посматрања природе односа између законских норми и уговора као правног акта је могућност уговора да буде извор права.

Уговор је појединачан правни акт којим се уређује један одређени правни предмет, а уговор као појединачан правни акт има дејство *inter partes* и важи за тачно одређене субјекте. Међутим, када се питање сагледава наспрам правних ситуација као правних облика, из којих непосредно произлазе субјективна права и правне дужности, долази се до закључка да се уговором може засновати и индивидуална правна ситуација са дејством *erga omnes*, упркос томе што уговор као правни акт садржи правна правила са дејством *inter partes*. Примерице, основна својинска овлашћења и основна стварноправна овлашћења представљају правне статусе који су уређени законом, али право својине на непокретности Петра Петровића, проистекло из уговора о купопродаји, представља субјективно право и индивидуалну правну ситуацију, при чему правни режим својине на одређеној непокретности подразумева правни институт састављен од генералних правних ситуација (уређених законом) и индивидуалних правних ситуација (заснованих правним послом). Исто тако, без обзира што се уговором нужно конституишу индивидуалне правне ситуације, као статуси са припадајућим субјективним правима и правним дужностима њихових титулара, важно је имати у виду да садржину уговором заснованих субјективних права може уређивати закон, следствено чему у таквом случају постоји генерална правна ситуација уређена законом. Примера ради, *habitatio* (лична службеност) установљена на основу уговора

о купопродаји, доводи уживаоца у индивидуалну правну ситуацију, при чему је садржина ситуације у питању регулисана законом и представља генералну правну ситуацију. Титулар службености у овоме случају своју ситуацију супротставља свима (опште правно дејство), закон може да промени садржину дотичне ситуације, али закон ситуацију не може да укине, што је доказ њеног индивидуалног карактера. Осим тога, промена права својине на непокретности неће утицати на промену ситуације о којој говоримо, али право допушта да титулар права својине и уживалац службености уговором углаве престанак дотичне службености, што значи да је у описаном случају на делу једна посебна уговорна правна ситуација. Уз то, значај уговора као извора права очитује се и у томе што уговором засноване посебне и индивидуалне правне ситуације уживају заштиту од непосредног дејства закона, тако што ће у погледу уговором успостављених правних ситуација трајно важити режим законских норми важећи у моменту њиховога успостављања.

Управо могућност успостављања индивидуалних правних ситуација са општим правним дејством путем уговора као појединачног правног акта, најбољи је доказ неодрживости нормативистичког поимања које право види као стварање и примену општих правних норми као формалних извора права. Јер, ако и индивидуалне правне ситуације приватног права могу производити опште правно дејство (нпр. *habitatio*), то значи да је правни поредак налик једном великом мноштву водотокова потеклих са различитих извора, у сталном току укрштања и везивања генералних, посебних и индивидуалних правних ситуација. (Прица, 2016: 66-78). Уговор је управо један извор из којег тече стварање права у правном поретку, конституисањем и укрштањем различитих правних ситуација, при чему уговор као индивидуални закон стоји ван законитости у материјалном смислу јер не представља конкретизацију законских норми као регулативних правних ставова. Поврх тога, уговор као посебна правна ситуација нужно садржи законске норме као системске правне ставове и правне принципе као телеолошке правне ставове, а важење наведених правних ставова премаша оквиру извршења уговора као правног акта, па се у разликовању уговора као посебне правне ситуације и уговора као правног акта открива појам уговора као правног института.

У чему је разлика између телеолошких правних ставова, системских правних ставова и регулативних правних ставова у поретку правне државе? Телеолошки правни ставови изражавају основне правне идеје и усмеравају правну свест у поретку правне државе, опредељујући тиме правни основ правних норми као регулативних правних ставова и правни основ делатности субјеката правног поретка. Системски правни ставови

уређују међусобни однос градивних ентитета правног поретка те правно уређују ток, обим и домашај правног уређивања и делатности субјеката правног поретка, док регулативни правни ставови непосредно правно уређују субјективна права и правне дужности субјеката правног поретка.¹⁶ Следствено наведеном, правне норме и правни принципи по својој унутарњој (правнолошкој) структури јесу правни ставови,¹⁷ али правни ставови различитог својства. Правни принципи представљају зрачеће телеолошке правне ставове, док се правне норме јављају као системски и регулативни правни ставови. Системски правни ставови искључиво имају облик општих правних норми са општим правним дејством, док се регулативни правни ставови јављају као правне норме са дејством *erga omnes* и правне норме са дејством *inter partes*. Правне норме као регулативни правни ставови нужно представљају конкретизоване правне ставове, било да су у питању правне норме са дејством *erga omnes* или правне норме са дејством *inter partes*! Правни принципи као основни телеолошки правни ставови имају општи правни карактер, при чему системско-телеолошка конкретизација писаног права исходује да се правни принципи развију као снопови општих и конкретизованих телеолошких правних ставова. У том смислу, правни принципи као телеолошки правни ставови опредељују правни основ правних норми као регулативних и системских правних ставова.

Код типичног грађанскоправног уговора правне норме са дејством *inter partes* (регулативни правни ставови) произлазе из слободне воље уговорних страна, диспозитивне законске опште правне норме (регулативни правни ставови) имају секундарни карактер, али спрам уговора у питању примарно важе опште правне норме као системски правни ставови¹⁸ и правни

¹⁶ У нашој правној књижевности се уобичајно израз "норме о понашању" (Р. Лукић, 1995: 84-85), при чему регулативни правни ставови немају у виду само понашање физичких лица, већ и делатност државних органа и других субјеката правног поретка.

¹⁷ Петровић вели: "Правни став (немачки: *Rechtssatz*) и правни акт представљају последње, коначне носиоце испољавања права. Све што се права тиче, у једном је или у другом, или је са њима повезано; с тим, што је правни став интенционалан израз правне статике (у њему право заправо правна мисао, "стоји"), док је правни акт елемент правне динамике, правног живота и кретања." (Петровић, 1981: 75). Становиште о правној норми као правном ставу заступао је и Тома Живановић (Живановић, 1997: 60; 65 ил.).

¹⁸ Чл. 10 Закона о облигационим односима Републике Србије ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78...): "Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи. Чл. 20 истога закона: "Стране могу свој однос уредити друкчије него што је овим законом одређено, ако из поједине одредбе овог закона или из њеног смисла не произлази што друго." Као потврду оправданости лучења системских правних ставова од регулативних

принципи као телеолошки правни ставови.¹⁹ Дакле, регулативни правни ставови садржани у поменутиим уговорима произлазе из сагласности слободних воља као основног правотворачког извора у једној области правног поретка, под условом да уговорно уређивање у питању не угрожава императивне норме, добре обичаје и јавни поредак. С друге стране, закључивање управних уговора израз је разумске интерпретације општих правних норми, управне оцене целисходности и слободне воље као правотворачких извора, при чему је за разлику од грађанскоправног уговора, садржина управног уговора највећма регулисана императивним законским нормама, с циљем остваривања општег интереса којем управни уговори служе. Уз то, за управни уговор важе посебне законске норме као системски правни ставови те важе и другачији правни принципи у односу на грађанскоправне уговоре (нпр. принцип заштите општег интереса, принцип једнаког и правичног третмана и др.).

На основу тога што постоје различити типови уговора важећи у различитим областима правног поретка исправно је закључити да се функционисање правног поретка не може зајазити пирамидалним током стварања и примене општих правних норми као "формалних извора права", имајући у виду да принцип законитости у материјалном смислу не важи у свим областима правног поретка, при чему у различитим областима правног поретка не важе исте законске норме као системски правни ставови нити важе исти правни принципи. Материјално право се ствара и ван институционалног поретка јавне власти, као делатност која не представља конкретизацију законских норми као регулативних правних ставова – у подручју слободне воље и приватног интереса у апсолутном смислу. С друге стране, институционални поредак државне власти је нужно шири у односу на материјално (законско) право, имајући у виду политичку делатност државних органа која може да буде и изнад закона. Но, важно је указати

правних ставова, позваћемо се на Водинелићево поимање увода у грађанско право. Водинелић казује: "За разлику од посебних делова и од општег дела грађанског права, који представљају норме из којих се састоји грађанско право, увод у грађанско право је ознака за правне норме које нису саставни део грађанског права, него се односе на грађанско право, на грађанскоправне норме. Грађанскоправне норме уређују грађанскоправне односе - права, обавезе, способности и својства која имају лица у тим односима, стицање, промену или престанак тих права и обавеза, способности и својстава. Увод у грађанско право уређује разна питања, не о грађанскоправним односима, него о грађанскоправним нормама. Норме увода у грађанско право јесу норме о грађанскоправним нормама (метанорме)...." (Водинелић, 2014: 29).

¹⁹ Чл. 11 Закона о облигационим односима Републике Србије ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78...): стране у облигационим односима су равноправне. Чл 12 истог закона: "У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења. Итд.

да се код обадвоје поменутих случајева не премашују координате правног поретка и то је смисао његовог постојања. Сагласно предоченом, принцип законитости се у областима правног поретка испољава у различитим видовима, од законитости у ужем смислу (придржај законских норми као регулативних правних ставова), преко забране протизаконитог дејства код правних послова грађанског права, до политичке оцене целисходности највиших државних органа која може да буде и изнад закона (нпр. закључивање међународног уговора). При томе, у свим областима правног поретка важе правни принципи као основни телеолошки правни ставови и опште правне норме као системски правни ставови. Уосталом, устав као основни закон једне правно-политичке заједнице превасходно садржи основне телеолошке и основне системске правне ставове, као што у свакој области правног поретка важи системски (основни) закон који нормира основне телеолошке, системске и регулативне правне ставове – важеће у дотичној области правног поретка.

Из дојакошњих разматрања било би важно закључити да је за одређивање појма уговора као правног института важно следити кружни ток односа између општих правних аката као формалних извора права и уговора као појединачних правних аката, имајући у виду да се индивидуалне и генералне правне ситуације могу засновати општим и појединачним правним актима, с тим да правно уређивање у режиму посебних правних ситуација неминовно подразумева укрштање генералних и индивидуалних правних ситуација те законских норми као системских правних ставова и правних принципа као телеолошких правних ставова.

Према току мисли који смо до сада следили, закључивањем уговора успоставља се један облик посебне правне ситуације, док се извршењем уговора заснивају индивидуалне и генералне правне ситуације. Својство уговора као посебне правне ситуације подразумева да се закључењем уговора успоставља правни однос између уговорних страна ради уређивања правног предмета (уговорне ствари). На решавање у питању примењују се опште правне норме као системски правни ставови (нпр. норме Закона о облигационим односима код грађанскоправних уговора), правни принципи као телеолошки правни ставови (нпр. правни принципи на које у погледу грађанскоправних уговора упућује Закон о облигационим односима) те горе поменуте генералне и индивидуалне правне ситуације (зајемчена суштина субјективних права, правни статуси и др.). Према томе, посебна правна ситуација није исто што и правни однос који се успоставља ради правног уређивања правног предмета, имајући у виду да посебна правна ситуација наткриљује правни однос. Осим правног односа, посебна правна ситуација обухвата законске норме као системске правне

ставове, правне принципе као телеолошке правне ставове те и генералне и индивидуалне правне ситуације као зајемчена права и правне статусе. То значи да правни однос као правни облик има секундаран карактер када је његово успостављање усмерено на правно уређивање правног предмета, што је правило код уговорног правног уређивања. Правни однос као правни облик је примаран само ако чини циљ правног уређивања (нпр. брак) те и када се закључује у односу на лична својства и са намером да траје дуже (нпр. код уговора о доживотном издржавању и сл.).

Одавде се може закључити да се уговором закључује уговорна правна ситуација као један облик посебне правне ситуације у правном поретку. При томе, важење уговорне правне ситуације не прати почетак и престанак правног дејства уговора као појединачног правног акта, следствено чему уговорна правна ситуација има велик значај за одређивање правног карактера уговора у различитим областима правног поретка.

Када је државни орган уговорна страна, посебна правна ситуација између уговорних страна успоставља се нужно пре закључивања уговора као правног акта, при чему закључење уговора ситуацији у питању даје уговорни карактер. Државни орган нема аутономију и не поседује вољу као правотворачки извор, из чега произлази потреба да закључењу уговора у којима је државни орган једна уговорна страна претходи испитивање постојања јавног и општег интереса за закључивање уговора о којима говоримо. Испитивање јавног и општег интереса има за циљ спречавање тзв. бега државних органа у приватно право, чиме би била повређена кауза делатности државних органа. Јер, државни органи поступају на основу разумске интерпретације законских и других правних норми, политичке и управне оцене целисходности, следствено чему је искључена могућност да државни орган поступа као субјект приватног права. Стога, контрола закључивања уговора у којима је државни орган уговорна страна служи обезбеђивању каузе делатности државних органа и спречавања њиховога самовољног поступања. Друго, код уговора који за циљ имају остваривање општег интереса, закључивању уговора претходи испитивање постојања општег интереса као динамичког израза општег добра и јавног интереса као регулативне детерминанте између различитих правних добара и правних интереса у правном поретку. Следствено томе, претходно испитивање општег и јавног интереса за закључивање уговора представља једну посебну правну ситуацију која има велик значај за одређивање правног карактера уговора у питању, без обзира што ће посебна правна ситуација уговорни карактер задобити тек закључивањем уговора. Као што ћемо доцније видети, уговорна правна ситуација у наведеном значењу представља важну карактеристику управних уговора

и релационих уговора, имајући у виду да склапању поменутих уговора претходи испитивање јавног и општег интереса за њихово закључивање. Код управних уговора и релационих уговора значај уговорне правне ситуације постоји и у погледу извршења уговора. Значај уговорне правне ситуације код управних уговора долази услед њене трајности и вишеструких могућности да наступи измена садржине уговорних обавеза и правног дејства уговора наспрам садржине закљученог уговора. С друге стране, релациони уговори уистину јесу трајне уговорне правне ситуације континуираног усаглашавања правних интереса уговорних страна, тако да садржина уговорних обавеза бива прецизирана током трајања уговорне правне ситуације а не у тренутку закључења уговора.²⁰

Међутим, уговорна правна ситуација има велик значај и код грађанскоправних уговора, како због околности насталих пре склапања уговора тако и због околности које настају након закључења уговора. Када је реч о околностима које настају пре закључења уговора, упућивањем понуде за склапање уговора успоставља се посебна правна ситуација - саобразно правилу о везаности понудиоца својом понудом: "Понудилац је везан понудом, изузев ако је своју обавезу да одржи понуду искључио, или ако то искључење произилази из околности посла" (чл. 36 ст. 1 Закона о облигационим односима Републике Србије). Дакле, прихватањем понуде долази до закључења уговора, али је посебна правна ситуација између уговорних страна заснована упућивањем понуде. Исто тако, пошилац позива за упућивање понуде одговараће за штету коју претрпи понудилац, ако без основаног разлога не прихвати његову понуду. (чл. 35, ст. 2 Закона о облигационим односима Републике Србије). У овом случају, посебна правна ситуација се успоставља слањем позива да се упути понуда, само је питање

²⁰ Да важење посебне правне ситуације не прати почетак и престанак правног дејства појединачног правног акта, потврђују примери из других области правног поретка. Интересантан пример у том смислу представља успостављање индивидуалних правних ситуација у управном поступку као једном облику посебне правне ситуације. Суштина је у томе да се упркос томе што се посебна правна ситуација успоставља покретањем управног поступка, индивидуална правна ситуација се по правилу успоставља пре окончања редовног правног пута, саобразно правилу да коначна решења стичу својство извршности, иако се противу коначних решења може покренути управни спор као део редовног правног пута. Поврх тога, индивидуална правна ситуација у управном поступку може настати и пре коначности управног акта, у случајевима када својство извршности наступа пре својства коначности (несуспензивно дејство жалбе). Дакле, индивидуална правна ситуација у управном поступку може бити успостављена у различитим етапама редовног правног пута, али по правилу пре окончања редовног правног пута, из чега излази на видело потреба разликовања правног предмета (управне ствари), управног акта и индивидуалне правне ситуације.

да ли ће правна ситуација задобити карактер уговорне правне ситуације или други облик посебне правне ситуације (нпр. поводом накнаде штете).

Поврх тога, уговорна правна ситуација нужно не ишчежава испуњењем уговорних обавеза уговорних страна одн. извршењем уговора као правног акта, што је још један аргумент у прилог тезе о важности лучења уговорне правне ситуације од уговора као правног акта. Примерице, ако је уговор рушљив, његово поништење се може захтевати у року од једне године од сазнања за разлог рушљивости, односно од престанка принуде, при чему право да се захтева поништење уговора због рушљивости престаје истеком три године од закључења уговора. То значи да у случају рушљивости уговорна правна ситуација опстаје без обзира у којој мери је дошло до извршења уговора, с тим да поништење уговора због рушљивости, осим уговорних страна, могу захтевати и други субјекти (нпр. наследници). Осим тога, значај увиђања уговорне правне ситуације као правног појма долази и због околности које могу утицати да се садржина уговорних обавеза измени након закључења уговора, што значи да ток уговорне правне ситуације може подразумевати измену садржине обавеза уговорних страна у односу на садржину закљученог уговора (нпр. промењене околности, немогућност испуњења). Према томе, правно биће уговорне правне ситуације, осим путем закљученог уговора, може бити обликовано и судском одлуком којом је садржина уговорне обавезе измењена услед промењених околности, чиме на видело излази да уговорна правна ситуација, поред садржине уговора, обухвата и правне принципе као телеолошке правне ставове, законске норме као системске правне ставове и диспозитивне законске норме. Одавде произлази да правно биће (садржина) уговорне правне ситуације у предоченом облику представља тачку са које се види разлика између уговора као правног акта и уговора као правног института.

Имајући у виду структуру уговорне правне ситуације, уговор као правни институт најнепосредније обухвата правна правила која сачињавају правно биће уговора као правног акта, законске норме као системске правне ставове и правне принципе као телеолошке правне ставове. Осим поменутих правних ставова, под окриље уговора као правног института долазе правни појмови образовани на основу елемената уговорне правне ситуације. Правни појмови су заступљени у правном поретку у оквиру тзв. унутрашњег правног система.²¹ Развој европских континенталних

²¹ Постоји неколико димензија правног система, под окриљем правног поретка или у чистој правнонаучној равни. Прво, најјачи израз правног система под окриљем правног поретка јесте уставноправни систем: утемељен на уставу у формалном смислу и уставности чија се садржина обликује и развија ауторитетом систематско-телеолошке интерпретације Уставног суда. Друго, правни систем у непосредном облику почива на

правних поредака у периоду након Француске револуције обележило је настојање да се развије јуриспруденција, што је у ствари израз потребе да стварање и примену права обогати правно мишљење, да би се изнад појединачног разумело опште одн. да би се иза појединости откриле целине. Те целине су правни појмови и правни институти. Непосредна заступљеност правног мишљења у процесу стварања и конкретизације права је темељ на којем и теоријска јуриспруденција подиже своју појмовну зграду. Унутрашњи правни систем настаје као резултат непосредно заступљене јуриспруденције у процесу стварања и конкретизације писаног права, као систем правних ставова, правних схватања и правних појмова садржаних у судској јуриспруденцији и правној свести субјеката правног поретка. Образложење судске одлуке задобија својство јуриспруденције увек када суд приступа уопштавању правних ствари и правних ситуација, откривајући правне институте као системе ужих и ширих целина правних облика. Откривање правних института долази у следству функционалне анализе правних основа и елемената правног уређивања правних предмета, а у природи је ствари да уговор у судској јуриспруденцији буде сагледаван као правни појам и правни институт у наведеном значењу.

У том смислу, наше је гледиште да уговор као правни институт почива на следећим правним појмовима: (1) правотворачки извори уговора, (2) предмет уговора, (3) правно биће уговора, (4) уговорна правна ситуација, (5) кауза уговора и (6) циљ уговора. Карактер предочених појмова није исти код свих уговора, следствено чему и постоји разлика између

правним правилима као довршеном и прецизираном правном бићу и његов израз су правни институти као системи правних ситуација. Треће, правни систем је друго име за унутрашњи правни систем правних ставова, правних схватања и правних појмова усвојених и општеприхваћених у процесу стварања и конкретизације права – у судској јуриспруденцији и правној свести субјеката правног поретка. Напослетку, израз правнога система свакако јесу различити системи законског права који се успостављају у различитим областима правнога поретка (грађанско законодавство, кривично законодавство, управно процесно законодавство и др.), као системи укореењени на различитим правним принципима, што ће потврдити наша каснија анализа односа између системских, општих и посебних закона. У чистој правнонаучној равни, правна књижевност и правна свест јесу пребивалиште правног система као целине правних појмова заступљених на одређеном правном подручју. Тако гледано, правни систем је одредница којом се означава духовно прегнуће усредоточено на спознају и теоријско разумевање права, следствено чему се под правним системом у нареченом смислу подразумева тоталитет правних појмова заступљених у јуриспруденцији и правној свести подручја једне правно-политичке заједнице или шире – под окриљем породица више правних поредака који припадају истом тзв. великом правном систему. Уз то, правни системом би било исправно означавати постигнуће целовитог теоријског сагледавања права, као одговарајуће теоријске поставке систематизованих правних појмова једног правног мислиоца. (Прица, 2018: 104-126).

грађанскоправних уговора, управних уговора и "релационих уговора", као трију типова уговора. Надаље ћемо изложити појмове о којима није било речи у овој раду, у мери у којој је то потребно за разумевање нашега гледишта о уговору као правном институту.

У правном поретку постоје објективни и субјективни правни циљеви. Субјективни правни циљеви су уткани у приватне интересе и представљају каузу слободне воље. С друге стране, постојање унутардржавног права не би се могло замислити без објективних правних циљева, при чему циљеви у питању за предмет имају правна добра и правне интересе и њихов међусобни однос. Када се имају у виду сва испољавања права у регионима правног поретка, објективне циљеве правног уређивања ваљало би лучити од правних принципа као телеолошких правних ставова, као и од каузе правног уређивања правних предмета.

Код грађанскоправних уговора, будући да немају основ у императивним законским нормама, циљ уговора по правилу је у власти уговорних страна, осим тога што је предвиђено ограничење правног дејства уговорног правног уређивања: забраном да уговор вређа императивне норме, добре обичаје и јавни поредак. Међутим, постоје грађанскоправни уговори са прописаним циљем уговорног правног уређивања. Тако, код уговора о уступању и расподели имовине за живота, објективни циљ уговора у питању јесте заштита породице засноване на крвном сродству, на којој почива област наслеђивања у нашем правном поретку. Стога је законским императивним нормама предвиђено да ће уговор у питању бити пуноважан ако су се са уступањем и расподелом имовине сагласили сви уступиоци потомци. Изостанак сагласности самог једног потомка, значиће да уговор може пуноважно важити само као уговор о поклону, а не уговор о уступању и расподели имовине за живота. При томе, на уговорним странама је да сагласношћу воља изврше расподелу имовине постојеће у тренутку закључења уговора, тако да имовина може припасти и само једном потомку. Уговор о уступању и расподели имовине за живота је грађанскоправни уговор, без обзира што је везан прописаним уговорним циљем, имајући у виду да представља сагласност слободних воља (правотворачки извор) о приватним интересима као динамичким изразима индивидуалних правних добара.

Код управних уговора циљ уговорног правног уређивања је остваривање општег интереса као динамичког израза општег добра, па је правно биће управних уговора, за разлику од описаног примера уговора о уступању и расподели имовине за живота, највећма уређено законским императивним нормама. Одавде белодано произлази разлог наше тврдње

да код грађанскоправних уговора важи принцип забране противзаконитог дејства, док је код управних уговора на снази принцип законитости у материјалном смислу.

Имајући у виду да не представљају конкретизацију императивних законских норми, грађанскоправни уговори уистину јесу индивидуални закони. Грађанскоправни уговор као правни појам произлази из аутономије грађанског друштва и слободe уговорања као темељног принципа грађанског друштва. Слобода уговорања обухвата једно велико мноштво слобода којим се оваплоћује аутономија уређивања грађанских уговорних ствари, и то: (1) слободу да се уговор закључи или не закључи; (2) слободу избора саговорника; (3) слободу уређивања уговора; (4) слободу одређивања типа уговора; (5) слободу одређивања обавезности уговора; (6) слободу избора форме уговора; (7) слободу да се уговор раскине или замени; (8) слободу избора меродавног права и др. (Радишић, 2014: 67-69). Осим предочене садржине слободe уговарања, друго фундаментално својство грађанскоправног уговора очитује се у томе да представља индивидуални закон (*lex contractus*). То значи да грађанскоправни уговор ужива аутономију од принципа законитости у материјалном смислу и важи као закон за уговорне стране (*pacta sunt servanda*), а напослетку уговор у питању као индивидуални закон представља извор правних ситуација. Одавде произлази да грађанскоправни уговор у погледу настајања оличава аутономију и слободу уговорања, али закључени уговор као индивидуални закон изражава правну и етичку нужност. Правна и етичка нужност извршења уговора као индивидуалног закона ипак остаје под владом сагласне воље уговорних страна, следствено чему се код грађанскоправног уговора преплићу елементи приватног права и грађанског јавног права. (Прица, 2016: 269-281).

Својство грађанскоправних уговора као индивидуалних закона - заснованих сагласношћу слободних воља уговорних страна - опредељује потребу да се уговор у правном поретку дефинише као **ratio contracti**, да би један уговор наспрам типичног уговора (уговора као правног појма) могао да буде предмет разумске интерпретације у судском поступку. Примера ради, *ratio contracti* код уговора о купопродаји очитује се у следећем: "Непосредан предмет тог уговора (уговора о купопродаји М.П.) јесу изјаве воље двеју страна (при чему на свакој страни не мора бити само један уговорач). Продавац изјављује вољу да хоће да буде продавац. Купац изјављује вољу да хоће да буде купац. Посредан предмет купопродаје, на страни продавца, је његова намера да постане дужник ствари да би купац насупрот њему постао дужник цене. На страни купца, посредан предмет је његова намера да постане дужник цене. Опредељујући циљ

продавчеве воље је његова мисао да ће купац постати дужник цене, док је опредељујући циљ купчеве воље да ће продавац постати дужник ствари.” (Петровић, Прица, 2014: 193-194).

Потреба одређивања уговора као правног појма на видело нарочито излази код уговора који наизглед имају исти или сличан предмет. С тим у вези, у правним поретцима европских и многих других држава заступљен је уговор о накнади за експроприсану непокретност, при чему је у појединим правним поретцима нормирана и могућност да експропријант и експропријат уговорно уреде сва питања поводом правног уређивања експропријације.²² Без обзира на то што наизглед постоји сличност између предмета уговора о купопродаји и уговора о накнади за експроприсану непокретност, било би посве погрешно закључити да уговор о накнади за експроприсану непокретност представља један облик уговора о купопродаји. Јер, за разлику од уговора о купопродаји који нема основ у законским императивним нормама, основ уговора о накнади за експроприсану непокретност је у законским императивним нормама. Закључивању уговора о накнади за експроприсану непокретност претходи испитивање јавног интереса за експропријацију, што значи да закључивању уговора о којем говоримо претходи испитивање постојања општег правног интереса као циља експропријације наспрам других правних добара и правних интереса у предмету експропријације. *Ratio contracti* уговора о накнади за експроприсану непокретност разликује се од уговора о купопродаји и то по томе што корисник експропријације изражава као циљ (оцена целисходности као правотворачки извор) остваривање општег интереса, док се на страни експропријата као посредан предмет јавља његова намера да допусти остварење општег интереса, а његов опредељујући циљ је мисао да ће корисник експропријације бити дужник накнаде, као и то да ће корисник експропријације уистину остварити циљ експропријације. Телеолошки елемент уговора о експропријацији разликује се и те како у односу на уговор о купопродаји, првенствено у томе што за уговор о експропријацији по природи ствари не може важити принцип једнаке вредности узајамних давања. Напошетку, циљ уговора о експропријацији и његов *ratio contracti* доводе до тога да услед неостваривања циља правног уређивања експропријације у законом предвиђеном року, експропријат бива властан да захтева деекспропријацију (враћање у пређашње стање).

²² Тако, у хрватском праву, експропријант је дужан да експропријату учини понуду за закључење уговора којим би били регулисана сва питања експропријационог правног односа. Понуда у питању мора да садржи све елементе предвиђене општим законом о облигационим односима, што је потакло правну мисао да закључи да се у описаном примеру закључује један облик уговора о купопродаји. (Станичић, 2011: 511).

Одавде произлази да је због стварања и конкретизације права неопходно да уговор буде дефинисан као типичан појам, да уговор дакле има свој "објективни елемент". Објективни елемент уговора обухвата *ratio contracti* и правне принципе важеће за један уговор као типичан уговор. Субјективни елемент уговора садржан је у правотворачким изворима и опредељујућим циљевима уговорних страна.

Кауза правотворачких извора уговора и опредељујућих циљева уговорних страна наспрам објективног елемента уговора подразумева однос између основа и заснованог. То значи да је кауза релациона категорија која изражава однос између разлога и циља, правног и фактичког, стварног и изјављеног, намераваног и могућег, уговореног и допушеног, те између уговорних правила као регулативних правних правила и правних принципа као телеолошких правних ставова важећих за уговор у питању. Примерице, код типичног теретног уговора претпоставка је (оборива) да су изјављене воље и опредељујући циљеви уговорних страна у свему сагласни објективном елементу уговора, да наиме опредељујући циљеви уговорних страна и садржина уговора у конкретном случају одговарају *ratio contracti* дотичног уговора као типичног уговора. То значи да уговор почива на претпоставци идентитета између субјективног и објективног елемента уговора. Претпоставка је оборива, па ће на судбину уговора утицати околности на страни слободне воље као правотворачког извора (мане воље, забрањени мотив, симуловани правни посао) или на страни опредељујућих циљева уговорних страна (нпр. у погледу промењених околности).²³

Каузу као релациону категорију детерминише садржина јавног интереса као регулативне детерминанте правног поретка, али јавни интерес ни у ком случају не може бити вододелница између различитих типова уговора заступљених у правном поретку. Јер, јавни интерес је заступљен код свих уговора, током закључивања и извршења уговора, при чему уговор у ствари представља израз јавног интереса као регулативне детерминанте правног поретка. То долази услед тога што уговор настаје као равнотежа различитих правних интереса, с тим да се уговори разликују према правним интересима који сачињавају материју уговорног правног уређивања (приватни и општи интереси). Јавни интерес је заступљен

²³ Знаковит пример о непосредном правном значају каузе као релационе категорије: купац плати правичну закупнину, па потом дође до генералне забране делатности коју је хтео да обавља у локалу који је купио. Ако је сврха због које је локал узет у закуп позната закуподавцу и на основу тога је одређена закупнина већа од уобичајене, ради се о промењеним околностима које нарушавају еквивалентност. Пример наведен у: Цветковић, 2008: 203.

код свих типова уговора, али се разликује садржина јавног интереса (телеолошки, системски и регулативни правни ставови) па је садржина јавног интереса критеријум за појмовно одвајање неколико типова уговора.

Управни уговор припада управној материји. Под управном материјом оправдано је означити подручје језгра (најужег подручја) општег добра у којем влада превасходство општих правних интереса као динамичких израза општег добра. Следствено томе је нужно постојање органа државне управе у институционалном поретку државне власти, а делатност органа државне управе превасходно је усмерена на заштиту општег добра, правног поретка и јавног поретка, што је основни циљ управне делатности. За утврђивање и разумевање облика и каузе управне делатности, неопходно је поћи од својстава управне материје и циља делатности органа државне управе. Основно својство управне материје састоји се у примату општих интереса у језгру општег добра државе као правно-политичке заједнице, с тим да општи интерес не би требало поистовећивати са јавним интересом. Како је већ истакнуто, општи интереси представљају динамичке изразе општег добра, док јавни интерес представља регулативну детерминанту правног поретка и статички израз општег добра. Јавни интерес је у поретку правне државе укотвљен између општих и приватних интереса као регулативна детерминанта интереса у питању.

Императивне законске норме представљају најјачи израз јавног интереса као регулативне детерминанте у правном поретку, што значи да се императивним нормама поставља статичка равнотежа између правних добара и правних интереса у правном поретку, при чему домашај примене императивних правних норми није исти у свим областима правног поретка одн. у свим материјама правног уређивања. Узмимо на пример, област наслеђивања у којој су и те како заступљене императивне законске норме, с циљем заштите породице засноване на крвном сродству - правног добра на којем почива наслеђивање у нашем правном поретку. Присуство законских императивних норми у области наслеђивања битно ограничава слободну вољу као правотворачки извор али императивне норме слободну вољу никако не могу искључити. Зашто? Зато што у овој грађанскоправној (аутономној) материји императивне правне норме представљају регулативну детерминанту приватних интереса и њихова равнотежа наспрам поменутог правног добра оличава јавни интерес као регулативну детерминанту.

У управној материји, императивним правним нормама је такође утврђен статички однос између различитих правних добара и правних интереса у најужем подручју општег добра, а на органу државне управе

је да управним актом или управним уговором уреди правни предмет разумском интерпретацијом норми о којима говоримо. Међутим, у управној материји постоји преваходство општих интереса приликом одређивања односа између општег добра наспрам других правних добара и приватних интереса. Уз то, у најужем подручју општег добра није могуће императивним законским нормама у статичком (правновезаном) смислу регулисати испољавање општих интереса јер сфера ирационалног и непредвидљивог у животу једне правно-политичке заједнице означава латентно присуство општих интереса и чини нужним постојање посебних овлашћења органа државне управе, следствено чему управно-правни режим у правном поретку оличавају посебна овлашћења органа државне управе поводом заштите општег добра, јавног поретка и правног поретка. Статички посматрано, управној материји припадају области правног поретка у најужем подручју општег добра, и то: унутрашњи послови, одбрана, спољни послови и јавне финансије. Осим тога, испољавање општих интереса у динамичком смислу заступљено је и спрам других делатности у правном поретку, кроз потребу обезбеђивања јавних служби и делатности у општем интересу (нпр. изградња објеката у општем интересу, извођење радова у општем интересу и др.). Поврх тога, сталну могућност испољавања општих интереса у језгру општег добра изражавају генералне клаузуле општег добра (јавни поредак, јавни ред и мир, јавна безбедност и др.), што значи да позивање на поменуте клаузуле у ствари значи испољавање општег интереса као динамичког израза општег добра, пред којим имају устукнути друга правна добра и правни интереси (нпр. признавање субјективног права или потреба његовог ограничавања). Зато у подручју језгра општег добра, које називамо управном материјом, нужно мора постојати управно-правни режим, а делатност органа државне управе усмерена на заштиту општег добра, јавног поретка и правног поретка, испољава се тројако, као: (1) управно-регулативна делатност, (2) управно-контролна делатност и (3) старатељско-управна делатност, при чему се у управној материји, поред управних ствари, јављају се и друге правне ствари (уговорне и прекршајне ствари). Одавде произлази потреба разликовања између управне материје, управне делатности и управне ствари.

Основна карактеристика правног уређивања правних предмета у управној материји је да правно уређивање о којем говоримо представља конкретизацију општих правних норми као недовршених и непрецизираних правних бића у управно-правном режиму. При томе, орган државне управе нема слободну вољу нити аутономију, чак и када се јавља као уговорна страна јер орган државне управе и приликом закључивања уговора поступа са разумском интерпретацијом законских норми и управном

оценом целисходности. Разуме се, орган државне управе не може имати "јачу вољу" у односу на странку у управном поступку или другу уговорну страну јер је његова дужност да правни предмет реши разумском интерпретацијом законских норми и оценом целисходности општег и јавног интереса. Међутим, приликом провођења управне делатности, орган државне управе поседује посебна овлашћења, иманентна управно-правном режиму а та овлашћења су израз потребе да орган државне управе стално и у континуитету буде субјект заштите јавног поретка, општег добра и правног поретка (нпр. ванредно укидање решење и ванредно раскидање управног уговора).

Правно уређивање правних предмета у управној материји одликује придражај законских норми у правном бићу предмета у питању, као израз законитости у материјалном смислу. Придржај законских норми је потпун код тзв. правновезаних управних аката, чије доношење представља чисту разумску интерпретацију законских императивних норми. Притом, придржај законских императивних норми обликује само један део правног бића дискреционих управних аката, имајући у виду да се код поменутих аката, осим разумске интерпретације законских императивних норми, као правотворачки извор јавља и управна оцена целисходности. Као што ћемо у продужетку видети, принцип законитости у материјалном смислу оличава и управни уговор као посебан тип уговора, без обзира што унутарњу концепцију управног уговора, осим разумске интерпретације законских императивних норми, сачињавају и управна оцена целисходности и слободна воља као правотворачки извори.

У управној материји су и те како заступљена индивидуална правна добра и приватни интереси као њихови динамички изрази, при чему је у управној материји важно разликовати слободну вољу као правну чињеницу од слободне воље као правотворачког извора. Примерице, признавање субјективног права у управној материји по правилу се остварује доношењем управног акта по захтеву странке, из чега произлази да у дотичним предметима постоји конститутивност индивидуалних правних добара и приватних интереса као њихових динамичких израза. Међутим, признавање субјективног права постиже се једностраним правним уређивањем, доношењем управног акта од стране надлежног органа државне управе, а слободна воља (захтев странке за признавање субјективног права) представља правну чињеницу, не и правотворачки извор. Доношење решења без захтева странке довело би до ништавости управног акта у питању, чиме се оделотворује конститутивност приватних интереса као динамичких израза индивидуалних правних добара. То што пак слободна воља нема карактер правотворачког извора приликом

решавања о признавању субјективног права, последица је принципа законитости у материјалном смислу и управноправног режима као основног правног режима у управној материји.

Поврх тога, постоје правни предмети у управној материји код којих је конститутивност приватних интереса изражена у тој мери да опредељује нужно присуство слободне воље у правном уређивању правних предмета у питању. То значи да у дотичним случајевима слободна воља има карактер правотворачког извора. Правни предмети у којима је нужно присуство слободне воље као правотворачког извора, представљају разлог постојања управног уговора у правном поретку. Управни уговор стога представља слагање правног предмета из управне материје (најужег подручја општег добра) са принципом законитости у материјалном смислу и управно-правним режимом владајућим у овој области правног поретка.

У погледу општега интереса као циља управног уговора, било би исправно следити законско одређивање општих интереса садржано у нашем системском закону о експропријацији ("Сл. гласник РС", бр. 53/95, "Сл. лист СРЈ", бр. 16/2001, "Сл. гласник РС", бр. 20/2009 и 106/2016). Дакако, експропријација подразумева утврђивање општег интереса с циљем преображаја приватне својине у јавну својину, док би се управни уговор могао закључити ради остваривања појединих облика општег интереса нормираних чланом 20. Закона о експропријацији - везано за изградњу објеката у општем интересу. Према нашем мишљењу, управни уговор се не би могао закључити ван облика општих интереса у питању, при чему би било важно законски утврдити за које облике изградње објеката у општем интересу управни уговор није подесан, те за које од облика изградње у питању је подесан "релациони уговор" под окриљем тзв. јавно-приватног партнерства.

Имајући наведено у виду, најважније карактеристике управног уговора су: (1) циљ закључивања управног уговора је остваривање општег интереса; (2) закључивању управног уговора претходи посебан и сложен поступак испитивања општег и јавног интереса за закључивање управног уговора;²⁴ (3) правно биће управног уговора је највећма уређено законским императивним нормама и (4) у погледу извршења управног уговора заступљен је управноправни режим заштите јавног поретка. Управни уговор стога јесте подзаконски индивидуални правни акт, који већим делом настаје као конкретизација законских императивних норми, а

²⁴ Видети, на пример: Станичић, 2016: 232-252.

у преосталом делу представља резултат уговорања између уговорних страна.²⁵

Показатељ неразумевања управног уговора као правног института у нас²⁶ довела је до законског установљања готово неприменљивог правног режима управног уговора у нашем правном поретку. Наиме, према одредбама Закона о општем управном поступку Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 18/2016 и 95/2018), управни уговор је нормиран као "двострано обавезан писани акт који, кад је то посебним законом одређено, закључују орган и странка и којим се ствара, мења или укида правни однос у управној ствари" (члан 22). Колико је нама познато, до сада нити једним посебним законом у нас уговор није квалификован као управни уговор. Проблем је у томе што се Законом о општем управном поступку предвиђа правни режим правног преимућства државног органа као једне уговорне стране управног уговора, на начин који доводи у питање могућност примене управног уговора у правној стварности.

Правно преимућство државног органа као једне уговорне стране допуштено је само у мери у којој је потребно да државни орган буде чувар јавног интереса и јавног поретка, што је случај када је орган властан да уговор ванредно раскине ради заштите јавног поретка због околности у сфери ирационалног и непредвидљивог,²⁷ дочим је посве неоправдано да уговорне стране буду неједнаке поводом околности које се тичу поступања уговорних страна у сфери рационалног и предвидљивог. Тако, Закон о општем управном поступку нормира право државног органа као уговорне стране да уговор раскине у случају неиспуњења уговорне обавезе од стране другог саговорника, а ако орган не испуњава обавезе из уговора, друга уговорна страна не може раскинути управни уговор, али може изјавити

²⁵ О управном уговору у немачком и француском праву - видети: Петровић, Прица, 2014: 206-275.

²⁶ Управни уговор је предмет интересовања наших посленика правне науке, што потврђује и број докторских дисертација који је у последњих неколико година одбрањене на правним факултетима у нас: Д. Милић, Управни уговор и области његове примене, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2016; З. Филиповић, Управни уговор као институт јавне управе, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2017; Р. Радошевић, Правна природа управног уговора, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2018.

²⁷ Заштита јавног поретка у наведеном значењу подразумевала би право државног органа да управни уговор раскине ако је то неопходно да би се отклонила тешка и непосредна опасност по живот и здравље људи и јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак или ради отклањања поремећаја у привреди, а то не може успешно да се отклони другим средствима којима се мање дира у стечена права (чл. 24 ст. 3. Закона о општем управном поступку Републике Србије).

приговор (члан 24 и 25 Закона о општем управном поступку). Приговор се изјављује руководиоцу органа на чије се поступање односи, који и одлучује о приговору (члан 148 Закона о општем управном поступку). О приговору се одлучује решењем, које се издаје у року од 30 дана од пријема приговора, при чему је нормирано право на жалбу против решења о приговору (члан 149 и 150 Закона о општем управном поступку). То значи да предочени законски правни режим управног уговора не узима у обзир конститутивност приватног интереса и његовог предвидљивог остваривања путем управног уговора, без којег управни уговор није могућ. Јер, главно обележје управног уговора је придржај законских императивних норми у бићу управног уговора и правна сигурност уговорне стране да приватни интерес неће бити стављен у могућност непредвидљивог и самовољног поступања државног органа као уговорне стране. Законско уређивање права на раскид уговора на описан начин доводи у питање могућност предвидљивог остваривања приватног интереса, следствено чему се и поставља питање да ли је управни уговор у смислу Закона о општем управном поступку уопште правно могућ.

Предочено законско уређивање управног уговора очевидно је узроковано теоријским гледиштем о "јачој вољи" органа као уговорне стране у нашој правној књижевности, што је посве неосновано. Орган нема вољу, па самим тим ни јачу вољу, следствено чему није исправно нормирати режим управног уговора који у погон ставља могућност испољавања правно заштићене самовоље органа као сауговорника. Уз то, нема оправдања да правна везаност државног органа као уговорне стране буде мања код извршења управног уговора наспрам правне везаности државног органа у извршењу издатог управног акта.

Управни уговор као правни акт највећма није подесан за уређивање уговорних ствари у области тзв. јавно-приватног партнерства. Разлог томе је чињеница да се поводом јавно-приватног партнерства снажно испољавају општи и приватни интереси, из чега произлази да управни уговор као подзаконски индивидуални акт није подесан да буде њихова равнотежа (јавни интерес). Потреба уравнотеживања општих и приватних интереса под окриљем јавно-приватног партнерства, довела је до теоријског уобличавања "релационих уговора" као засебног типа уговора. Општи интерес као динамички израз општег добра у области тзв. јавно-приватног партнерства испољава се као "остваривање социјалног благостања и квалитета живота кроз побољшање нивоа и квалитета услуга јавних служби и изградња инфраструктуре", док се приватни интерес читује као остваривање економске користи од услуга и делатности у питању. (Цветковић, 2012: 256). Притом, за разлику од управног уговора, општи

интерес у области јавно-приватног партнерства премаша оквира општег интереса за провођење експропријације, у следству потребе да се реализују пројекти који имају наглашени економски значај, под условом да се утврди да су у општем и јавном интересу. Релациони уговор у области јавно-приватног партнерства представља основни израз јавног интереса као регулативне детерминанте правног поретка с циљем уравнотеживања општих и приватних интереса у материји правног уређивања уговора у питању.

О релационим уговорима веома инспиративно пише Цветковић: "Релациони уговор је базиран на резултату који стране (за разлику од трансакционих уговора) не могу у потпуности предвидети *ex ante*. Насупрот томе, код трансакционих уговора попут уговора о продаји, на пример, ефекат уговора је предвидљив и подобан за презентацију: циљ овог уговора је испорука робе купцу и плаћање цене продавцу. При томе релациони елемент постоји и код оваквих уговора, с тим што тај елемент обухвата околности које су нередовне, граничне и са њима се не рачуна у предвидљивој будућности. Код релационих уговора, пак, релациони елемент огледа се у чињеници да стране релационих уговора знају шта желе, али средства за остваривање циља зависе од контекста уговора који се мења. Задатак је уговарача да установе методологију управљања релационим елементом." (Цветковић, 2015: 146-147). На другом месту, Цветковић предочава још једну знаковиту мисао о уговорима у питању: "Уговарачи дефинишу само кључне обавезе, док је све остало предмет будућег усклађивања уговора са изменама контекста: разлог изостанка потпуног дефинисања права, обавеза и одговорности лежи у чињеници да је детаљно планирање наведених питања финансијски, епистемиолошки и логистички неодрживо до мере да обесмишљава уговор." (Цветковић, 2015: 141).

Код релационих уговора постоји наглашени значај општег интереса али и приватног интереса, следствено чему се релациони уговор закључује и континуирано извршава с циљем остваривања равнотеже између општег и приватног интереса. Особитост уговорне ствари у нареченом смислу доводи до тога да правно биће (садржина) уговора не може да буде прецизирано законским императивним нормама, нити пак уговорне стране могу у целини одредити правно биће релационог уговора у тренутку закључења уговора. У смислу правотворачких извора, унутарњу концепцију релационих уговора сачињавају политичка оцена целисходности на страни државног органа и слободна воља код друге уговорне стране. Према томе, код релационих уговора јавни интерес као

регулативна детерминанта правног поретка има другачију садржину у односу на управне и грађанскоправне уговоре.

Према току мисли који следимо у овоме раду, релациони уговор није индивидуални закон (грађанскоправни уговор), нити подзаконски индивидуални акт (управни уговор), већ представља појединачан правни акт којим се успоставља трајна правна ситуација између уговорних страна. Назив "релациони", уговор у питању задобија по томе што уговорне стране, за разлику од других уговора, не извршавају усаглашену и прецизирану садржину уговора, већ сагласно и постепено уравнотежују властите интересе у мери у којој остварују пројекат као циљ закљученога уговора. Релациони уговор као уговорна ситуација стога представља једно велико мноштво суксеивних питања која уговорне стране сагласно решавају, следствено чему се уговорне стране релационих уговора везују квалитетом уговорног односа и оствареним уговореним резултатима, што уговор у питању разликује од грађанскоправних и управних уговора.

Одавде произлази да релациони уговори имају следеће карактеристике: (1) циљ закључивања релационог уговора је остваривање пројекта који представља равнотежу општег интереса и приватног интереса; (2) закључивању релационог уговора претходи поступак утврђивања општег и јавног интереса за закључивање уговора;²⁸ (3) правно биће релационог уговора не подлеже принципу законитости у материјалном смислу; (4) правотворачки извори релационог уговора су политичка оцена целисходности и слободна воља; и (5) релациони уговор подразумева трајну уговорну ситуацију континуираног уравнотеживања правних интереса уговорних страна.

Уместо закључка, важно је истаћи да је услед тзв. ауторитарне глобализације, у чијој основи лежи преношење економске и политичке моћи са држава на мултинационалне корпорације, на делу прилагођавање држава условима које постављају мултинационалне корпорације. У том смислу, због чудовишне економске и политичке моћи елите крупног капитала, изазов уговорног правног уређивања под окриљем јавно-приватног партнерства очитује се у потреби спречавања да теразије јавног интереса као регулативне детерминанте правног поретка не претегну у корист елите крупног капитала на штету општег интереса у поретку правне државе. У том смислу, уговор као израз аутономије и слободе ни у ком случају не би требало да представља основ за распрострањавање крупног капитала - с циљем освајања нових тржишта и природних ресурса - као

²⁸ Видети, на пример: Ђирић, Цветковић, 2016: 145-159.

главног покретача фашизма током 20. и на почетку 21. века. (Прица, 2016: 117-140).

Правна књижевност

Водинелић, В. (2014). *Грађанско право, увод у грађанско право и општи део грађанског права*, друго, измењено и допуњено издање, Београд.

Dilthey, W. (1924). Beiträge zum Studium der Individualität, in: Die geistige Welt, Gesammelte Schriften, V.

Живановић, Т. (1997). *Систем синтетичке правне филозофије, синтетичка филозофија права I*, Београд.

Лукић, Р. (1995). *Теорија државе и права, II. Теорија права*, Београд.

Марковић, Р. (2008). *Уставно право и политичке институције*, Београд.

Милић, Д. (2016). *Управни уговор и области његове примене*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београд.

Перовић, С. (1975). *Забрањени уговори у имовинском праву*, Београд.

Петровић, М. (1981). *Правна везаност и оцена целисходности државни власти и органа*, Савремена администрација, Београд.

Петровић, М. (1987). "К питању сукоба закона у времену", *Отисак из Зборника за теорију права, III, (Из теорије права, књ. 7, Српска академија наука и уметности, Одељење друштвених наука)*, Београд, 307-324.

Петровић, М. (2010). *Наука о управљању као претпоставка управне политике, 2. исправљено издање*, Ниш.

Петровић, М. у сарадњи са Прица, М. (2014). *Посебно управно право са међународним управним правом*, Ниш.

Петровић, М. у сарадњи са Прица, М. (2015). *Увод у велике правне и управне системе са европским управним правом*, Ниш.

Петровић, М. Прица, М. (2016). *Управни уговор као проблем правне науке и позитивног права: управни акт, уговор, управни уговор*, Људска права – између идеала и изазова садашњости, Зборник радова, Косовска Митровица, 2016, 587-600.

Прица, М. (2016). *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу.

Прица, М. (2018). "Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 78, 103-126.

Прица, М. (2018). *Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и "унутрашњег правног система*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 80, 135-180.

Прица, М. (2019). *Управна ствар и управносудска ствар, прилог реформи српског законодавства и правосуђа*, Зборник радова: Право у функцији развоја, Правни факултет у Косовској Митровици.

Radbruch, G. (1951). *Der innere Weg*, herausg. Von L. Radbruch, Stuttgart.

Радбрух, Г. (1991). *Природа ствари као облик правног мишљења*, Зборник за теорију права, св. 1, Београд, 1991, 217-237.

Радишић, Ј. (2014). *Облигационо право, девето измењено и допуњено издање*, Ниш.

Радосевић, Р. (2018). *Правна природа управног уговора*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Станичић, Ф. (2011). *Развој извлаштења у Хрватској*, докторска дисертација, Загреб.

Станичић, Ф. (2016). *Контрола над склапањем управних уговора*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту бр. 1, 232-252.

Томић, З. (2017). *Коментар Закона о општем управном поступку, са судском праксом и регистром појмова*, Београд.

Ђирић, А. Цветковић, П. (2016). *Ex ante и ex post контрола јавног интереса у споразумима о јавно-приватном партнерству*, Зборник радова Правног факултета у Нишу бр. 74, 145-159.

Филиповић, З. (2017). *Управни уговор као институт јавне управе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу.

Цветковић, М. (2008). *Начело једнаке вредности узајамних давања*, Зборник радова Правног факултета у Нишу бр. 52, 189-210.

Цветковић, П. (2012). *"Кључ" за читање и интерпретацију Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама Републике Србије*, Зборник радова Правног факултета у Нишу бр. 62, 245-263.

Цветковић, П. (2015). *Право јавно-приватних партнерстава*, Ниш.

Шмит, К. (2001). *Легалност и легитимност, Карл Шмит и његови критичари*, Београд.

Doc. Miloš Prica, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CONTRACT AND ADMINISTRATIVE AGREEMENT AS LEGAL INSTITUTES

Abstract

The article examines the difference between contract as a legal concept, contract as a legal act, and contract as a legal institute. Contract as a legal institute rests on the legal form (legal subject matter, legal relations, and legal situations), whereas contract as a legal act establishes and regulates the legal substance of the legal situation which the contract as a legal instrument rests upon. Contract as a legal concept is present in the legal order of every state and exceeds the scope of contract as a legal act, particularly bearing in mind that the constitution and functioning of the institutional order of public authority originates from a "political contract" concluded by consent of the subjects of a territorial community and their elected representatives.

The most important features of contract as a legal act are: (1) consent of the contracting parties, (2) diversity of legal interests and underlying goals of the contracting parties, and (3) the constitutive direct legal effect of contract as a legal act. On the basis of these characteristics of contract as a legal act, the paper focuses on the differences between a contract, an agreement, a joint act by multiple subjects, and an administrative act issued at the request of a party.

The definition of the contract as a legal institute rests on the following legal concepts: (1) the substantive sources of contract law; (2) the subject matter of a contract; (3) the legal substance of a contract; (4) the contractual legal situation; (5) the causa (the cause to contract); and (6) the purpose of the contract. As the nature of the presented concepts is not the same in all contracts, the author identifies and explains the difference between three distinctive types of contracts: civil law contracts, administrative agreements, and "relational contracts".

The author's standpoint is based on the distinction between the general, private and public interest in the legal order. The general interest is a dynamic expression of the general welfare, the private interest is a dynamic expression of individual legal goods, while the public interest is the regulatory determinant of the legal order. In civil law contracts, there is a primacy and balance of private interests; yet, there are civil law contracts with a prescribed objective goal and civil law contracts without an objective goal. The prevailing general interest as an objective goal shapes the legal substance of an administrative contract, while the so-called "relational contracts" entail a balance between the general interest and the private interest.

As a regulatory determinant of the legal order, the public interest has different contents in the observed contracts, which is particularly evident in respect of the legal principles applicable to the contracts under consideration.

Keywords: *contract as a legal concept, contract as a legal act, contract as a legal institute; civil law contract, administrative contract, "relational contract"; general interest, private interest, public interest.*

CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND LEGALITY

Abstract: *The Constitution is the fundamental law of the state, and all other laws must comply with the Constitution. In order to preclude a violation of the Constitution, control of the constitutionality and legality of general legal acts is of fundamental importance to the legal system. Using the comparative method, the author of this paper examines different models of constitutional control in different countries. The paper highlight the importance of the control of constitutionality and legality of legal acts, but also emphasizes the importance of constitutionality and legality as constitutional principles that must be respected in order to preserve the legal order and the society as a whole.*

Keywords: *constitutionality, legality, control, Constitution, Constitutional Court.*

1. Introduction

The European Court of Justice has always referred to the European Community (EC) as the “Rule of Law Community” or “a Community based on the rule of law”, where the legal acts of each Member State and the European Community (EC) institutions must go through review of conformity with the EC Treaty. In democracy, the Rule of Law is a concept of overwhelming importance, and has a crucial role in the functioning of any modern democratic state. It is ‘not only a safeguard but also a legal embodiment of freedom’ (Hayek, 1944). The terms “rule of law” and “state of law” have approximately the same meaning. The former term (rule of law) is of Anglo-Saxon origin, and the latter is of German origin (*Rechtsstaat*). The essence of both concepts is the resistance to the unlimited power of state authorities, especially the commitment to protect citizens and

* e-mail: katerina.klimoska@yahoo.com, katerina.klimoska@ukim.edu.mk

their rights, as well as to protect the state from citizens who violate social rules of conduct. This is the source of the deeply humanistic concept of the "rule of law", i.e. "state of law". As there is no law without society, one can say that legal phenomena are social phenomena; consequently, they reflect on the whole society, its organization and its structure. The significance of the law, legal acts, and their constitutionality and legality is great, particularly the control over the constitutionality of laws.

2. Legalism and legal acts

Law affects every aspect of living. So, what is 'law' and how is it different from other kinds of rules? Law is a set of rules, enforceable by the courts, which regulate the government of the state and govern the relationship between the state and its citizens and the relations among citizens. The legal order is defined as an organized order of social relations, regulated by legal norms; the legal order is a social normative order that expresses the unity of the legal norms and human behavior according to those norms in a historically determined time. The basic elements of the legal order are: the normative element, and the factual element.

"But ideological legalism - the attitudinal stance of lawyers - consists of more than a commitment to rules... Many lawyers, and many others who are not lawyers, hold out hopes for law, procedures and legal forms, even in circumstances where a bald commitment to rules for the sake of rules and rule abidance for the sake of conformity would be seemingly inappropriate, and even wildly so." (West, 2003: 127). From an ethical viewpoint, legalism is a moral conduct that must be embodied in a rule which has to be followed, but also a moral body of responsibilities and rights determined by rules. It can be seen in the attitude of a person, political ideologies, institutions and society as whole. It is a matter of human qualities. Therefore, one must take the law as part of a social continuum, in the sense of legalistic values and institutions, the courts of law and the rules they follow; "at the other end is the personal morality of all those men and women who think of goodness as obedience to the rules that property define their duties and rights. Legalism as an ideology does express itself in policies, in institutional structures, and in intellectual attitudes... Legalism is, above all, the operative outlook of the legal profession, both bench and bar."(Shklar, 1964)

The Preamble of the United Nations Charter (1945) shows the contours of a world in which life might be less brutal and better through law. In that context, legalism is understood as an endeavour "to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small; to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other

sources of international law can be maintained; and to promote social progress and better standards of life in larger freedom.”(Preamble of the Charter of the United Nations, 1945). In both international and national context, this is one of the most adequately constructed forms for protecting fundamental rights and the rule of law.

The legal act and the legal norm are the two elements of the normative part of the legal order. The legal act serves as an instrument for creating and applying the law. According to the main element or content of the legal act, they are divided into: *normative legal acts* and *non-normative legal acts*. Normative legal acts are those that create legal norms and in which such legal norms are contained. The normative legal acts, which create legal norms, are disproportionately more important than the non-normative legal acts, which stipulate the conditions for applying the legal norms. From the aspect of their content, normative legal acts are divided into *general* and *individual acts*. General legal acts contain general legal norms and, as such, they serve as a framework and basis for the adoption of individual legal norms or acts. General legal acts are also called sources of law, formal secondary sources of law. According to the European continental law, legal sources are arranged according to the hierarchical scale of the legal force they have, and appear in the following forms: the constitution; laws (legislative acts); state general legal acts of a lower legal force than legislative acts (decrees, decisions, rulebooks, orders, guidelines, and others); acts of social organizations (autonomous province, local self-government, institutions, organisations and associations); customs; collective agreement; judicial practice; legal science.

In Roman law, judicial practice and legal science were regarded as particularly important legal sources. Today, certain theoreticians challenge such a stance. The courts are expected to interpret the law, to apply the rules in line with the principles of the rule of law. This should be the primary preoccupation of judges. Nevertheless, losing parties often respond to judicial decisions by accusing the judge(s) of misconception or “legislating from the bench”, namely favouring partisanship over legal precedent or objective interpretation of the Constitution in reaching their verdicts. As long as dissatisfaction and frustration related to judicial decisions exists, there can be no advancement towards achieving the goal of a neutral judicial process. Law has the purpose to satisfy legally argued expectations.

3. Constitutionality

From a legal point of view, constitutionality is the highest form of the rule of law. It is also the highest form of legality (Klimovski, Deskoska, Karakamisheva, 2012: 485; Shkaric, Siljanovska-Davkova, 2007: 325). In the wider sense of the word, the

notion of constitutionality would mean that the basic social rules in a state are protected by the Constitution as the highest legal act of that state. This suggests that no other act can have a greater legal force than the legal force established in the Constitution. Constitutionality implies the existence of the Constitution, as the highest law of the state, with which all other legal acts must comply. In a narrower sense, constitutionality can signify the compliance of all individual legal acts (i.e. laws, regulations, decisions and other acts) with the Constitution. It also entails the so-called supremacy of the Constitution, as the highest act of the country, serving as the basis for enacting all other legal acts. The legal notion of constitutionality also contains the principle of priority of the Constitution, as well as the principle of functional constitutionality. Constitutionality serves as a defense mechanism against absolutism, autocracy, arbitrariness, and other forms of "factual" power.

4. Legality

Certain principles of legality may be traced back to the ancient Greek and Roman laws. In ancient Rome, there were well-known Latin sayings and legal rules on this matter: "The law is cruel, but it is law" (Latin: *Dura lex sed lex*), which implies that the law must be respected and executed without compromise or concession; "No ruler must violate the law" (Latin: *Lex non a rege est violanta*); and "Everyone shall respect the law" (Latin: *Omnes oboediant legi*). The famous English legal document "The Great Charter of Liberties" (*Magna Charta Libertatum* of 1215) guarantees the right of citizens to rebel against the rulers in case the ruler does not comply with the Charter.

In the hierarchy of legal acts, legislative acts come second in terms of their legal force, immediately after the Constitution; the principle of supremacy of the law (legislative acts) in relation to other general by-laws has been established here. In a wider sense, it implies that the activities of all institutions and state authorities shall be based on and undertaken within the framework of the law (the principle of legality in general). In a narrow sense, legality means that all lower legal acts (various decrees, decisions, rulebooks, orders, decisions, etc.) must comply with the law (legislative acts). In order to ensure the principle of legality, it is important to adhere to the following: the obligation to publish the laws or other general acts (*vacatio legis*); prohibition of the retroactive effect of the law (except in cases when it is more favorable for the citizens) or by-laws and other general acts; the principle according to which all separate acts, actions and measures of the state authorities, all court decisions, all measures of economic entities and institutions, as well as the measures of holders of public functions, must be based on the law and comply with the law; the principle of prohibition

of administrative intervention in the work of economic entities; the principle of using the mother tongue. Appropriate social and legal awareness is needed to ensure legality (Klimovski, Deskoska, Karakamisheva, 2012: 48; Shkaric, Siljanovska-Davkova, 2007: 336).

5. Protection of constitutionality and legality

According to the Constitution of the Republic of Macedonia (Official Gazete, 2011), the fundamental values of the constitutional order are: the fundamental freedoms and human rights of the individual and the citizen recognized in the international law and established by the Constitution; the free expression of national affiliation; the rule of law; the division of state power into legislative, executive and judicial; political pluralism and free direct and democratic elections; legal protection of property; freedom of the market and entrepreneurship; humanism, social justice and solidarity; local self-government; arrangement and humanization of the space and protection and promotion of the environment and nature, and respecting the generally accepted norms of the international law (Article 8 of the Constitution).

According to Article 51 of the Constitution, laws in the Republic of Macedonia must be in accordance with the Constitution, and all other regulations must comply with the Constitution and the laws (legislative acts). Everyone is obliged to respect the Constitution and the laws. The Constitution and the law lay down the rules of conduct (i.e. the legal order) that are binding for everyone. Hence, one can conclude that, in order to achieve a state of law and the rule of law, it is very important to ensure that the greatest power in the state shall be the power of the law, and that all citizens are equal before the law. In terms of constitutionality and legality, it is especially important to emphasize the compliance of laws and other legal acts with the Constitution, greater legal force of the law in relation to lower legal acts, the ban on the retroactive effect of the law, and the right of every citizen to equal protection of his rights before the courts and other state authorities.

In order to be considered lawful, a legal document should be in accordance with the higher legal act, usually a law (legislative act), especially concerning the process of adopting the form of a legal act (regularity in formal sense), and its content (the legality of the prepared material, in substantive sense). Unlawful acts entail a violation of the legal order, and they must be eliminated in every country, since they represent a phenomenon that endangers the society as a whole. Therefore, it is an obligation and responsibility of all state authorities and organizations to act and make decisions strictly within the framework of the law. This is the way to preclude and exclude the arbitrariness of state

authorities and civil servants from legal life, and to ensure the protection of human rights and interests.

In a legal sense, the rule of law as a principle based on constitutionality and legality means respecting the Constitution and the laws. The rule of law implies the establishment of an appropriate system of social and political relations, as well as a legal system that ensures effective application of the rule of law principle in everyday life, as well as in all areas of life. However, the rule of law also implies the existence of a necessary level of legal awareness among citizens, primarily concerning the awareness of their rights and obligations, but also the observance of the established legal rules. It is in the interest of the society as a whole, as well as in the interest of citizens themselves as its constituents. The law (legal norms) should be part of the morality, i.e. the moral convictions of a society in which they are installed. Legal norms contain rules on what is done or should be done. Yet, it is not always necessary for the citizens to have a regulation published in the Official Gazette in order to know what and how to do something, what is allowed or prohibited, what one can or should do. A citizen has to be able to distinguish right from wrong, what is good and beneficial to the individual and society as a whole from what is bad and detrimental. Hence, in a developed and civilized society, the laws are not so much a perception of fear of sanctions, but rather a sense of duty, respect for certain moral norms that are stronger than the legislation.

6. Control of constitutionality and legality

There is general agreement on the necessity of constitutionality and legality and their protection. There are two systems of protection of constitutionality and legality: the control and protection of constitutionality and legality is carried out by the legislative body (legislature) as well as by certain institutions outside the Parliament which exercise control of constitutionality and legality. In the Republic of Macedonia, the legislator has adopted the solution to entrust the control of the constitutionality and legality to a separate court, i.e. the Constitutional Court.

One of the competences of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia is the control of constitutionality and legality. The competence itself is defined in Article 112 of the Constitution of the Republic of Macedonia. Certain authorities may submit an initiative to the Constitutional Court for initiating a procedure for assessing the constitutionality and legality of certain legal acts, which is stipulated as a possibility in certain legal provisions. However, if the legal act that is contested does not have a character of a regulation, the Constitutional Court has the right not to accept the initiative, although the submission itself

was a result of a legal obligation. The Constitutional Court may also accept the competence even when it is an act that does not satisfy the form of a regulation, but it obviously regulates certain issues in a general way. Within the framework of this competence, the Constitutional Court decides on the constitutionality and legality of an act as a whole or in its separate parts and articles, depending on the allegations in the initiative and its own assessment. The Constitutional Court decides on the compliance of the laws with the Constitution, the compliance of the collective agreements and other regulations with the Constitution and laws, as well as the constitutionality and legality of the programs and statutes of political parties and civic associations. The control over the constitutionality and legality of normative acts is performed as an abstract *a posteriori* control, which applies to valid acts only. The Constitutional Court can evaluate only valid acts, except in the part where the Rules of Procedure provide for the Constitutional Court to decide on a normative act that ceased to be valid after the procedure for assessing its legality and legality has been initiated. Preventive control over legal acts is not possible and is not stipulated. A procedure may also be initiated before the Constitutional Court for challenging other normative acts (such as: rulebooks, decrees, decisions of state and public authorities and organizations) that regulate certain issues in general manner (Constitutional Court of R. Macedonia).

Assessment of the constitutionality and legality of general legal acts (the so-called control of power) is the basic competence of the Constitutional Court. When talking about the control of power, it is usually additional control of the constitutionality of the law, or the constitutionality and legality of other regulations and general legal acts. The control of constitutionality and legality applies to almost all general legal acts, except for those acts that have the power of the Constitution. The Constitutional Court has the power to assess the constitutionality and legality of the general normative acts, which arises from the general competence of the Constitutional Court to perform the constitutional-judicial review of the constitutionality of the general acts, which is stipulated in the Constitution. Pursuant to Article 110 of the Constitution, the Court decides on the conformity of the laws with the Constitution; as well as on the conformity of other regulations and collective agreements with the Constitution and the laws.

The principles of constitutionality and legality entail double legal protection: a) on the one hand, uniform application of these principles is a defense against illegal activities and arbitrary decisions and treatments of the state authorities and persons working in these authorities, as well as against unlawful conduct of citizens and their organizations; b) on the other hand, these principles safeguard the state against the illegal operation and arbitrariness of individuals. Thus, they ensure not only the legal and social security of the citizens, but also the

stability of the society as a whole. Life in a civilized society and a modern state implies the existence and observance of established social rules (legal norms) prescribed by the state as generally binding rules of conduct for all. If the state wants to preserve its stability and ensure the legal and social security of its citizens, there should be no deviations from these rules.

The proclamation of the principles of constitutionality and legality does not mean much itself if the legislator does not provide the socio-economic, political and cultural conditions for the implementation of these principles by establishing democratic political relations, introducing legal order, clarity, security and reality in legal regulation, monitoring the acts and those who need to apply them, demonstrating the desire to implement laws and regulations, raising the degree of legal awareness among the population, etc. One of the basic conditions for the realization of the constitutionality and legality principles is to ensure equality before the law. There is no democracy and freedom without equality. There is no rule of law without equality. Consequently, equality is a prerequisite for the development of a modern state.

6.1. Models of constitutional control

For the purpose of exercising control over the constitutionality and legality of normative acts, the Republic of Macedonia has accepted the model which involves the establishment of a separate Constitutional Court. Yet, many countries in the world opted for different models. Some authors point out that there are three models of determining the constitutionality of legislation. "First, there is *political review*, whenever a political body determines the validity of one of its own laws. This system prevailed in Europe until this century, and remains the rule in England and the Netherlands, where there is absolute legislative supremacy. Second, there is *jurisdictional or judicial review*, whenever there is a court empowered to set aside statutes conflicting with the constitution. Finally, there is a *mixed system of review*, whenever courts review one type of legislation and a political organ examines another type of legislation" (Fernandes de Andrade, 2001: 978-979). On the other hand, in comparative law, there are "two basic constitutional models. In one of the models, the traditional courts – headed by the Supreme Court of the State – compare the individual legal norms with the standards of the Constitution, and ultimately overrule the statute concerned. So, in this model, all courts are practically involved in the constitutional judicature but, due to appeals and legal remedies, the Supreme Court of the country is the authentic and principal body that interprets the Constitution. Therefore, constitutional judicature is said to be decentralized in the countries using this model. The other model is where an individual body is set up to review legal

acts and statutes in the light of the constitution. Obviously, this body may have other competences as well (Cservák, 2015:17-18).

With reference to research in this field, there are several models of constitutional review that may be distinguished from the organizational point of view. Below are some of the models that are used worldwide.

The American (USA) Model: There is no separate constitutional court in the US. The protection of constitutionality is in the hands of the judicial authorities. The role of the Supreme Court in to provides to the system the uniformity of jurisdiction. The course of the procedure in the model applied in the United States can be illustrated as follows: when hearing a particular case in a court, the parties to the case and the court itself have the right to call into question the constitutionality of laws, regulations, and other legal acts. Upon examination by the court, if a law, statute and some other legal act is found to violate the Constitution, the court is authorized to declare it unconstitutional and invalidate it. The basis of the doctrine stems from the landmark Supreme Court decision in *Marbury v. Madison* (5U.S.1Cranch137137, 1803) where the Court stated that if the Constitution is a legal document, then the judiciary has the power to interpret it. The power of the courts to annul laws that violate the constitutional mandate stems from the principle of the “higher law concept” or “rule according to the higher law”. Under the provisions of the US Constitution, when there is a conflict between the higher law and the lower law, which regulate the same area, the higher law will prevail. In its legal nature, the Constitution is the supreme law of the land and, accordingly, it will prevail over any contradictory legal solution. In Europe, this model is used Denmark, Sweden, Ireland, Norway, and Estonia.

The Austrian (Continental) Model: The European-continental model of constitutional review and designated constitutional courts is the invention of the renowned jurist Hans Kelsen, the “father’ of the Austrian Constitution (1920) who introduced the idea of constitutional review in the Constitution. On his initiative, this model was adopted in the Second Austrian Republic (1920-1934). Kelsen’s constitutional review model is based on the idea that the constitutional court should be independent from any other legislative, executive or judicial institution. Kelsen believes that the constitution should be interpreted by an authority other than traditional general courts. For this reason, he proposed the establishment of separate constitutional courts that will best protect the constitutional order (Ginsburg, 2008: 85). This model involves the interconnection or correlation between the principle of supremacy of the Constitution and the principle of supremacy of the Parliament. The constitutional matters are decided by specialized Constitutional Courts, or by Supreme Courts (High Courts or their special chambers), or by the Constitutional Council.

The decisions made by these courts have an *erga omnes* effect with absolute authority on the institution. The Republic of Macedonia has accepted this model of constitutional review and designated a Constitutional Court (with specially qualified judges). In Europe, this model is used in the following countries: a) *Constitutional Courts*: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaijan, Austria, Belarus, the Federation of Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, the Czech Republic, Georgia, Germany (with regional Constitutional Courts: Baden-Wuerttemberg, Bavaria, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt), Hungary, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Macedonia, Malta, Moldova, Poland, Romania, the Russian Federation, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Turkey, Ukraine; b) *High Courts or their special chambers*: Belgium (the Arbitration Court), Iceland, Liechtenstein, Monaco; c) *The Constitutional Council*: none.

The Mixed (American-Continental) Model: This model includes elements of both American (decentralized) and European-continental (centralized) system. Regardless of whether the constitutional review power is vested in the central Constitutional Court, or a Supreme Court (high court or its special chambers), lower courts cannot apply the laws which are not in conformity with the Constitution and which are declared unconstitutional. In Europe, this model is used in the following countries: Portugal (Constitutional Court); Greece and Switzerland (High Courts or their special departments).

The French (Continental) Model: On 7 November 1958, France was the first country which established the Constitutional Council (*Conseil Constitutionnel*) as a representative body in charge of constitutional supervision. In France, the constitutional matters are subject of review by the Constitutional Council or by special chambers of ordinary Supreme Courts in special proceedings, where the constitutional review is mainly a measure of preventative (consultative) character (except in reference to electoral matters, where the Council decisions have a repressive form of constitutional review). The Constitutional Council is the highest authority when it comes to deciding on constitutional issues. The Constitutional Council is a judicial body that serves as a Constitutional Court, as well as an advisory political body that works as a legal consultant to the President. Article 56 of the current French Constitution fully expresses that the Constitutional Council is a political and congruent body by nature. Article 61 of the French Constitution of 1958 clearly states that the Constitutional Council should follow two steps in the procedure during the constitutional supervision: first, before the laws and regulations of the parliament are implemented, the drafts should be handed over to the Constitutional Council which will adopt a decision whether these drafts are inconsistent with the Constitution; second, prior to the publication of any law, the President of the Republic, the Prime

Minister, the President of the National Parliament, the President of the Senate, 60 National Assembly members or 60 senators may submit it to the Constitutional Council for review (France's Constitution of 1958 with Amendments through 2008) In Europe, this model is used in France.

The New (British) Commonwealth Model (Mauritius): The legislature has the power of constitutional supervision. The procedure for the protection of constitutionality and legality lies with the highest court in the country, the Supreme Court, composed of regular judges who are not politically nominated. It involves preventative review and the consulting function of the Supreme Court, although repressive review is also possible. In this model, the protection of constitutionality and legality is granted to a special national legislative body or authority, which guarantees the implementation of the Constitution. This system follows the principle of "parliamentary supremacy" and "the state power belongs to the people." Parliament is formed through the election of the people, which is a benefit for the people. It is the highest authority of state power and a legislative body that does not have legislative power but is responsible for law enforcement. In this model, the decisions made by the highest court have the *erga omnes* effect (IPPR, 1991: 45-229).

There are also countries with highly specific systems of constitutional control, such as Finland where other bodies have been vested with the power of constitutional review. On the other hand, there are countries without constitutional control, such as Great Britain and the Netherlands. At the European Union level, there are judicial institutions which are entrusted to perform some of constitutional review functions (on specific matters), such as: the European Court of Human Rights in Strasbourg; the Court of Justice of the European Community in Luxembourg; etc.

7. Conclusion: How to protect constitutionality and legality?

The observance of constitutionality and legality, and abiding by the normative framework established within the legal system, are the basic means of exercising the rights and interests of citizens, enterprises, institutions and other subjects. At the same time, they are also the basic means for protection of the state and society, and preserving the legal order. Violation of constitutionality and legality is contrary to the legal order; it endangers the stability of the society and makes it difficult or even impossible to achieve the goals of the society. General acts that produce unconstitutionality and illegitimacy should be avoided and, when identified, they should be invalidated as socially dangerous acts because they produce harmful consequences not only for the individual whose freedom, rights and interests may be endangered, but also for the society as a

whole. The Constitution of each state provides a mechanism for the protection of constitutionality and legality of the courts and other judicial authorities, or formation of special bodies (such as constitutional courts, etc.). Without the protection of constitutionality and legality, there is no rule of law. When it comes to violation of the legality of individual legal acts, the legal system of each country provides for certain legal remedies which entitle citizens and organizations to file a request with the competent authorities (administration, courts) to examine the legality of individual legal acts. If the general legal act is considered to be unconstitutional and unlawful, then the injured party or public authority can initiate the procedure for assessing the constitutionality and legality of that act before the Constitutional Court. The constitutionality and legality is a duty of courts, especially of the Constitutional Court, but it is also the duty of all citizens and organizations, as well as public officials.

References

- Bajaldziev, Dimitar, (1999), Introduction to Law, Evropa 92, Skopje
- Borkowski, A.; Plessis, P. J. du (2005). Roman Law (textbook), Oxford University Press, Britan.
- Costa, P.; Zolo D. (eds.) (2002) Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica, Feltrinelli, Milano.
- Goyard-Faber, S.; Seve, R. (1986) The Great Questions of the Philosophy of Law, Paris: P.U.F
- Hayek, Friedrich (1944). The Road to Serfdom, Routledge Press, UK.
- Klimovski, Savo; Deskoska, Renata; Karakamisheva J., Tanja (2012). Constitutional Law and Political System, Prosvetno delo, Skopje, R. Macedonia
- Shkarik, Svetomir; Siljanovska-Davkova, Gordana (2007). Constitutional Law, Kultura, Skopje.
- Shklar, Judith (1964). Legalism: An Essay on Law, Morals and Politics, Cambridge: Harvard University Press. (Abstract at: <http://theoryofjurisprudence.blogspot.com/2006/08/legalism-law-and-ideology.html>)
- Tamanaha, Brian Z. (2004). On the Rule of Law: History, Politics, Theory; Cambridge University Press, Cambridge, London.

Journal articles:

- Cservák, Csaba. (2015) Models of Constitutional Courts? in: *Acta Universitatis Sapientiae*, Legal Studies 4, 1 (17–29)., Sapientia University, Romania. Available at: <http://www.acta.sapientia.ro/acta-legal/Legal41.htm>

Fernandes de Andrade, Gustavo (2001). Comparative Constitutional Law: Judicial Review, *Journal of Constitutional Law*, Vol 3:3. University of Pennsylvania Law School, USA. Available at: <https://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol3/iss3/6>

Ginsburg, Tom (2008). The Global Spread of Constitutional Review (paper/chapter 6), in *Oxford Handbook of Law and Politics*, Keith Whittington and Daniel Kelemen (eds), Oxford University Press, UK

West, Robin (2003) Reconsidering Legalism, Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 11-55, Georgetown Law Faculty Publications, Georgetown University Law Center, Washington; available at; <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.rs/&httpsredir=1&article=1274&context=facpub>

Zywicki, Todd J. (2003). The Rule of Law, Freedom, and Prosperity, George Mason Law & Economics Research Paper No. 02-20, George Mason University, Law School, USA.

Institution (as an author)(Electronic version):

XV Congress of the Conference of European Constitutional Courts (2011) National Reports, Constitutional Justice: Functions and Relationship with the Other Public Authorities, retrieved 10 March 2018 from <http://www.confeuconstco.org/en/common/home.html>.

Helsinki Committee for Human Rights of the Republic of Macedonia. (2016): Constitutional Court in the clamp of political interests and human rights (publication), R. Macedonia, available at: http://www.mhc.org.mk/system/uploads/redactor_assets/documents/1638/The_Constitutional_Court_26.07_web.pdf.

The Institute for Public Policy Research (IPPR), The Constitution of the United Kingdom, IPPR, London, 1991 available at: https://www.ippr.org/files/images/media/files/publication/2014/01/the-constitution-of-the-united-kingdom_1991-2014_1420.pdf.

Constitute project: France 1958 (rev. 2008), Comparative Constitutions Project, France's Constitution of 1958 with Amendments through 2008 (publication), available at: https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=en.

Legal documents and case law:

The Charter of the United Nations- UN Charter (1945), United Nations, San Francisco, USA.

Устав на Република Македонија (Constitution of the Republic of Macedonia), *Службен весник на РМ*, Скопје, 2011; Available at: <http://www.slvesnik.com.mk/content/Ustav%20na%20RM%20-%20makedonski%20-%20FINALEN%202011.pdf>

Уставен суд на Република Македонија (Constitutional Court of the Republic of Macedonia), <http://ustavensud.mk/>; http://ustavensud.mk/?page_id=5224&lang=en

U.S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803).

Катарина Климоска,
мастер правник, Студент докторских студија,
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопље
Република Македонија

КОНТРОЛА УСТАВНОСТИ И ЗАКОНИТОСТИ

Апстракт

Устав је основни закон државе, а сви остали закони морају бити у складу са Уставом. Да би се спречила повреда Устава, контрола уставности и законитости општих правних аката је од суштинског значаја за правни систем. Користећи упоредну методу, аутор овог рада разматра разне моделе уставне контроле у различитим земљама. Овај рад указује на важност контроле уставности и законитости правних аката, али и на важности уставности и законитости као уставних принципа који се морају поштовати ради очувања правног поретка и друштва у целини.

Кључне речи: уставност, законитост, контрола, устав, Уставни суд.

**ПРАВО И ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ -
Радноправна област**

LAW AND SOCIAL CHANGE - Labour Law

Prof. Christine Mengès-Le Pape,*

Professor, Faculty of Law,

Toulouse Center of History of Law and Political Ideas,

Toulouse 1 Capitole University

Republic of France

UDK: 331.5:340.15(44)

340.15

THE FLEXIBILITY OF WORK: BETWEEN HISTORY AND THEORY

Abstract: *To deal with this huge and highly current issue, it is necessary to propose a study of the past solutions and comments that have been elaborated on social justice in France, especially since the 19th century. Considering past and present constraints, the repercussions of which are fundamentally multidisciplinary, economists, lawyers and theologians specializing in the relationships between employers and employees have all shared the same concern about these social difficulties, often in order to denounce them. According to the historical and ethical prospects then glimpsed, the flexibility of labour imposed by the crisis should be based on doctrinal developments asserting the primacy of man over the labour market. At this stage, we have to question the motivations of the employers and legislators often inspired by lawless rules which lead to economic drift.*

Keywords: *crisis, flexibility of work, free-trade model, working conditions, common good, expression of human resources, austerity.*

* e-mail: cmlepape.ut1@gmail.com

** This article comes from a research and a conference for the 82nd Acfas Congress (2014). Montreal. Mengès-Le Pape C (2014). "Vers une justice distributive : Sous le signe de l'abondance", La dette, les religions, le droit ? Mengès-Le Pape C. sous la direction de, ed. université Toulouse 1 Capitole, 2014, p. 310 à 318. La flexibilisation du travail peut-elle sauver le capitalisme? Mengès-Le Pape C (2016). "Le crédit social, une pensée économique pour une finalité de justice", La justice, entre théologie et droit, Mengès-Le Pape C. sous la direction de, ed. université Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 693 à 700.

Introduction

Since the crisis of the free-trade model and its consequences on the labour market and on the granting of loans to enterprises, major questions have shaken up the working conditions, i.e. the conditions of employment in its modern form of wage-labour, brought by industrialization and transformed by the financial economy of the XX century. But, the present bankruptcy of post-industrial capitalism deprives enterprises of most of their funding sources. Through a globalised *malaise* coming from outside, the crisis is increasingly deconstructing enterprises. It prevents them from carrying out their various duties by demanding hasty low-cost adjustments meant to serve a single purpose, that of the economic perspective. And no matter if employers and employees forget that they have to contribute together to the common good of companies and of society and to exercise a real economic power together, the power to produce and give meaning to the production.

However, in the West, affected by the confusion of over-indebtedness that reaches the world of employment, constraints are getting tough. The recent idea of full employment, full-time job and full-pay for all, is over – even though we still talk about it. The XIX century insecurity and nomadism are back. The employee who is now a *de facto* co-investor, without having the status, discovers the leonine rule: "Heads, I win; tails, you lose". (Martin, 2010). He has become the anonymous force that contains so much the expression of human resources. And now, the flexibility of work seems to be the only solution to save the economic system or simply to strengthen it if it cannot be reformed by a law made sick by the diseases of society, and which has set aside the aims of goodness and justice defined by Roman law.

The definition of law given by Rome *-jus est ars boni et aequi-* has long served as a basis for Western legal systems; it was meant to encourage people to be good and fair. The crises of consciousness and the triumph of shareholder capitalism have abandoned this traditional objective and have replaced it by what was previously considered merely as a means, the financial efficiency or the criterion of money. Means have been changed into ends. And this confusion was bound to lead to disaster.elves unduly as the enlightened champions of science and of the interests of all mankind. The simplistic doctrine of free-trade, and its brutal enforcement, is one of the most disastrous errors that have dominated the policies of the last twenty-five years. It is our duty to denounce and fight this ignorance wherever it is asserted, in all universities, in all countries, and in all international organizations. The facts speak for themselves. Economic analysis confirms and explains them. The facts, like the theory, make it possible to affirm that, if the globalist free-trade policy of the Brussels Organization is pursued,

it will only lead to disaster. The present situation cannot last. It must not last. It is useless to remedy only the effects. It is the causes that must be attacked. And this fight must be pursued on the basis of a single principle, which must transcend all the others: the economy must be at the service of the man and not the man at the service of the economy. What it is about to make the blind see and the deaf hear. It is not too late to redress a situation that some people consider irreversible. It's never too late" (Allais, 1999).

The question at stake is the salvation or the rescue of the economic system - as if no other system could be imagined - even if it meant damaging the social link and beyond that the employee who had himself become part of the capital. Since industrial capitalism and flexibilisation (without being named so) serves as an instrument for economic profitability, it has become this possibility of making adjustments that worries economists, lawyers, theologians, as well as the actors of economic life.

Today, whereas there seems to be no way out of the crisis, apart from the staggering solutions of austerity, those of the lowering of wages, of the fiscal and social pressures that have failed, and especially (and it is much more serious) that caused bankruptcies, taking sides for or against flexibility seems to be a matter of urgency; the debates generated by the question are full of intense discontent. The interrogation can only express distress in front of economic crises more or less serious but installed in a permanent way. It says a lot about the desire for change, so as to make sense in places marked by the unbridled individualism and greed of economic actors. Flexibility can often be regarded as necessary to cope with crises but we must give it a strong basis and a right end; owing to such disorientation, can this still be done? Therefore, the future of an economic system that has mistaken means and ends, in order to celebrate the cult of money, is a major issue. It is necessary to try and answer the questions that have been left unanswered so far, questions recalled by the philosopher of law, Michel Villey: "Where do we come from? Where are we going?".(Villey,2001).

In the history of law and all along the developments of thought, the terms of "labour flexibility or flexibilisation" are nowhere to be seen. As we know, this vocabulary has only recently come into use; the present confusion of terms and their lack of stability make it difficult to give a definition for these words. In the present environment, where unrestrained relativism prevails, the main ideas are blurred and messed up. Add to this the double meaning of "work", and the novelty of the distinction between employment and activity, unknown in History and made uncertain by the scatterization of the theories built around this distinction. However, even if the terms have not been released up to recently, the situations have existed for a long time.(Hilaire, 1992, 11). However recent the expression

may be, it does not prevent the existence of a heredity. Today the question arises as to the future of shareholder capitalism through flexibility, but the historical dimension makes it possible to relativize the importance of crises, especially that of economic models established as absolute. In the background, there is the Nobel Lecture given by Maurice Allais, on December 9th, 1988; he denounced "established truth" in economic matters as in any other field because of the tyranny they impose: "Dominant ideas, however erroneous they may be, end up, simply through continual repetition, by acquiring the quality of established truths which cannot be questioned without conforing the active ostracism of the establishment"(Alliais, 1988). The French economist has spoken of the tyranny of the dominant doctrines: "These ideas -he said before the Royal Swedish Academy of Sciences- however erroneous they may be, end up by acquiring, by their simple and incessant repetition, the character of established truths that no one can question without opposing the ostracism of the establishments, ... the successful scientist is always the one who (perfects) improves these leading theories. On the other hand, he explained, if a theory goes offthe beaten tracks, it will inevitably face a general opposition. (Alliais, 1988).

To avoid this risk of the totalitarian tyranny imposed by the systems, today's decisions cannot dispense with the lessons of history through two major questions that will articulate the plan: 1) the working conditions with their pains, and 2) the questions of the areas of emancipation inherited from the past:

I - Pain and its denunciations

Contemporary history has been marked by liberal capitalism and the "laissez-faire" formula. We are far from to the old tripartition of functions which was part of the Trinitarian model and advocated equality of communion, according to the views of Bishop Gérard de Cambrai, expressed more probably in 1027: "Each of the three orders is warmed up on the right and left by the other two"¹. Yet primitive liberalism is synonymous with complete individual loneliness and goes beyond empirical flexibility. The contrast was very clear: the economic theories of the second part of the 18th century and even more so the social practice brought by industrialization were moving away from the traditional habits based on corporative and statutory regulations. The way was therefore widely open for all kinds of accommodations. The new purpose that altered work was profit motive only: it became suddenly obvious that material weath could be multiplied abundantly². The point was to lay the foundation for a fabulous

¹ *Gesta episcoporum cameracensium*, liv. III.

² *Laborem exercens*, John Paul II's Encyclical letter, on human work on the ninetieth anniversary of *Rerum Novarum*, 14 September 1981.

and vertiginous economic growth by working relations that were freely but unevenly discussed.

As a result, employees would remain isolated in front of their employers and two shattered figures were left facing each other - two caricatures! Only adversarial relationships between the working classes mistaken for dangerous classes and the owner classes living on the income from their properties would remain in people's minds. Beyond the clashes, this policy of liberalisation resulted in increasing social injustices, weakening wage-earners, giving birth to strict workshop regulations which did not take into account the distinction between men and women in the duration and organisation of working time. Above all, there was the exploitation of children: in employers' opinions, "docile employment" has always been of great benefit, here and elsewhere, yesterday as well as today... These very dark images of labour sufferings have been revealed by numerous surveys: the incredible length of the working day, more or less corrected by the legislator; a working time subject to profit requirements; working conditions that could never be negotiated because entirely depending on the hazards of the economic situation. Let's recall *A description of the physical and moral state of the workers*. In 1840, Dr. Louis-René Villermé highlighted the depths of the workers' poverty due to their being submitted to profit imperatives (Villermé L.-R., 1840)

Even then, these pains were already at the service of adaptation, i.e. flexibility (before the term appeared) to support the primacy of the material. Anyway, this materialistic superiority is nothing more than an ideology that caused a complete fracture.

Nevertheless, when the Academy of Moral and Political Sciences received these reports on the conditions of the workers, delight and hopefulness were still in the air, despite alarms; in *Le Journal des débats*, Michel Chevalier commented on Villermé's book and seemed fascinated by the impending progress announced, making observations filled with illusions about "the gradual improvement of the material conditions of the working classes", the progress in clothing, "the luxury of clothes and the taste for dressing" (Tyl, 1971), the progress in food, housing and hygiene... This atmosphere, in which popular suffering and optimistic delight paradoxically intertwined, is not without reminding our present time. The workers have become the support of an industrial glory tinged with paternalism. They were undergoing a tragic form of flexibility based on the principle of freedom. Flexibility was the daughter of "laissez-faire": responses to economic emergencies had to be provided. This policy was denounced. The denunciations resulted in the ethically just reactions that shook industrial Europe.

At the end of the 19th century and in the 1930s, those conditions evolved towards more consensual visions. But these approaches remained fragile, as they were

increasingly oriented towards financial market requirements. Annuitants were promised profit: those promises put pressure on the companies that had to adjust the work so as to achieve the benefits expected from them. (Gomez, 2013) These adjustments will drift towards an amplification of flexibility. Beyond the acceleration of the past, the necessities of competitiveness have been part of history since the 19th century. The legislator is facing them again with the present crisis, and market requirements are still making it necessary to adapt the working time and space to the logic of the business world. In this situation, the normal primacy of man remains subordinated to the worship of results which are sometimes carried out through hypertrophied work, even if it implies turning workers into slaves. It is this enslavement that philosophers and lawyers have denounced since Antiquity.

II Towards a return to the basics: the theories of social justice

From Antiquity, in philosophical and theological sources, there has been an essential imperative of social justice, which has nourished - throughout history - objections against poor working conditions. It is mainly the notion of distributive justice stated by Aristotle in the «Book V» of *Nicomachean Ethics*. In these pages titled «Theory of Justice», which deal with all kinds of exchanges, especially those within institutions, Aristotle delivers the essential maxim «of proportional equality between people and things». It is a geometric equality leading to the adage «To each his due». The expression has given the well-known Roman precept of the *sum cuique tribuere*, which signifies the respect of men. For the Roman jurisconsults who presided over the genesis of Western legal systems, one of the precepts of law is to give each one his due; and here we can imagine labour law encountering company law. Rome thus borrowed from Aristotle this doctrine of the balance of things or of golden mean. This is the classical vision recalled by the jurisconsult Ulpian, *juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, sum cuique tribuere*. Afterwards, this search for distributive justice towards the common good delivered by Aristotle was taken up by Thomas Aquinas in his *Summa Theologica*.

The prevailing objective was the happiness of man, *i.e.* of his temporal and eternal salvation. Today, however, our major concern is no longer the salvation of man but the salvation of the economic system, and very often the economy is no more than the need to save a failed system (Boulet-Sautel, 2010) In addition to these references to secular Antiquity that the Middle Ages endorsed, there are references to the biblical sources of which the ancient jurists are fully impregnated because they have long been involved in dialogue with theologians. And to express the finality of goodness and justice, the Pauline verses were recalled: «But just as you excel in everything - in faith, in speech, in knowledge,

in complete earnestness, and in the love we inspired in you- see that you also excel in this grace of giving. ...For I do not mean that others should be eased and you burdened, but that as a matter of fairness»(2 Cor, 8, 7-13).

In the Western tradition, proportional and distributive vision is kept and even transmitted. A kind of management education appeared very early, in the 13th century, in Italian consulate cities (Hilaire, 1992, 12). It contained doctrines rooted in secular values as well as in the Christian faith. These were already collections for educational purposes, intended to guide behaviour. Through the tripartite visions of society that gave each one a human vocation and therefore a purpose, and then through Thomistic thought, the idea of social justice was maintained in history. The principle was: «To each one his place, so that each one can become what he is». Much later, the formula was used again in the Catholic social doctrine with *Vix pervenit* in 1745, and *Rerum novarum* in 1891, then with the distributive justice and its various proposals for distribution. Among the social justice theorists who experienced a flood of misery, there were the dazzling writings of Chesterton and Hilaire Belloc, and Vincent Mac Nabb. In 1926, three years before the great crisis, Chesterton affirmed: «Capitalism is collapsing, and in a way we don't really mind» (Chesterton, 1926) and he wrote in favour of a human policy, where it is no longer just a minority that benefits from the work and effort of the majority, with the risk of destroying the social bond and leading to modern slavery.

In Canada, Hugh Douglas invented the concept of social credit based on the distribution of social dividends. Douglas announced the collapse of the existing debt-money system «which would eventually become unbearable»(Even, 1946). Clifford Hugh Douglas predicted that «the present debt-money system of the Bankers would become unworkable and fall by itself, because of all of the unpayable debts that it creates. All the countries in the world are struggling with skyrocketing debts and heading for disaster, even though everybody knows these debts can never be paid off», The same trend has been carried on in Canada by the economist Louis Even, who translated Crate Larkin's booklet, *From Debt to Prosperity*. In 1936, Louis Even proposed a tale on the economy, *Salvation island*. In this tale, the banker Oliver said: «Business is good. These men are good workers, but stupid. Their ignorance and naivety is my strength. They asked for money, and I gave them chains instead. They covered me with flowers while I was picking their pockets (Even, 1936). In 1946, Louis Even published *Sous le signe de l'abondance* (In This Age of Plenty), which is a theoretical follow-up to this fable. The book contains this question: «How many wage-earners have to accept employment or working conditions which are not at all suitable for them! Their bread is bound to conditions contrary to their choices. They are not free. Just as the slave of the past, today's wage-earner is not really free to accept or

refuse the working conditions of the master, the employer. No doubt, the worker can refuse to serve, or leave his employer. But, at the same time, bread leaves his table, and misery settles in at home. But is the employer much more independent than the worker? The employer is not the absolute master of the enterprise. There is the financier who, year by year, demands that his money be fertile». This fertility claimed by capitalism is the interest of debt-money that prevents work from bearing the particular mark of man and humanity, the mark of a person: «And therein lies the problem: it is not an unemployment problem, it is not a production problem, but a distribution problem». In Chapter 12, Louis Even notices the arguments of the employees: «No, not they (the employees), because they have a splendid moral outlook, a developed intelligence, and they will always be ready to work to raise their standard of living... But it is of the others that they are thinking about, the "mob", the publicans without virtue or intellect whom they do not deign to look at, much less educate. For these puritans, the "mob" exists to water the earth with its sweat and tears... and live in perpetual privation. Yet, each person today is entitled to the heritage bequeathed by past generations. When a person dies and leaves goods to his heirs, does he question whether these heirs are just people or sinners? Is their inheritance denied, under the pretext that they will not know how to use it profitably?» (Even, 1946). This raises the question of inventing a system that would give back to the workers the history of the work done. To answer this question, we can recall that in the vicinity of the University of Toulouse, the archbishopric resisted. In 1954, in his message for Lent, Cardinal Saliege wrote: «One forgets, one does not see, one does not want to see that there are people badly housed, people badly fed, insufficient wages, that there are entire countries suffering from hunger». The Archbishop of Toulouse moved towards a rupture: «An economic system that mass-produces poor, homeless, starving people; every Christian must make it his duty to fight and replace it» (Even, 1954).

References

- Boulet-Sautel, M. (2010). *Vivre au royaume de France*. Paris:ed. PUF.
- Gazzaniga, J.-L., Spiteri P. (1992). *Histoire, gestion et management*:ed université des sciences sociales de Toulouse.
- Even, L. (1946). *In This Age of Plenty*. Rougemont. Canada: ed. 2008 by the Institut Louis Even.
- Even, L. (1936). *Salvation island*.Rougemont. Canada
- Gomez, P.-Y. (2013). *Le Travail invisible. Enquête sur une disparition*. Paris: François Bourin.

Martin, F. (2010). *Mondialisation sans peur*. Paris: ed. Muller.

Tyl, Y. (1971) Introduction à VILLERME L.-R. (1840). *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*. Paris: Union Générale d'éditions.

Villey, M. (2001). *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*. Paris: ed. Dalloz.

Prof. dr Christine Mengès-Le Pape

Vanredni profesor, Pravni fakultet,
Centar za istoriju prava i političkih ideja Tuluz,
Univerzitet Toulouse 1 Capitole, Tuluz,
Republika Francuska

FLEKSIBILNOST RADA: IZMEĐU ISTORIJE I TEORIJE

Apstrakt

Da bi se pozabavili ovim značajnim i zaista aktuelnim pitanjem, potrebno je sagledati prethodna zakonska rešenja i teorijska shvatanja koncepta socijalne pravde u Francuskoj, naročito od 19. veka. S obzirom na sva prošla i sadašnja ograničenja, čije su reperkusije suštinski multidisciplinarne, ekonomisti, pravnici i teolozi koji se bave radnim odnosima između poslodavaca i zaposlenih dele zabrinutost zbog socijalnih teškočesto ih osuđuju. Iz istorijske i etičke perspektive, fleksibilnost rada koju nameće kriza treba da se zasniva na doktrinarnim kretanjima koja potvrđuju primat čoveka nad tržištem rada. U ovoj fazi, moramo preispitati motive poslodavaca i zakonodavaca koji su često inspirisani nezakonitim propisima koji dovode do ekonomskih devijacija.

Ključne reči: *kriza, fleksibilnost rada, model slobodne trgovine, uslovi rada, zajedničko dobro, ljudski resursi, mere štednje, socijalna pravda, Francuska.*

Проф. др Тодор Каламатиев,
редовни професор Правног
факултета „Јустинијан Први”,
Универзитета „Св.Кирил и Методиј”, Скопје,
Република Северна Македонија
Др Александар Ристовски,
доцент Правног факултета „Јустинијан Први”,
Универзитета „Св.Кирил и Методиј”, Скопје,
Република Северна Македонија

UDK: 349.2:331.31/.32](497.7:4-672EU)

ТРАЈАЊЕ И ОРГАНИЗАЦИЈА РАДНОГ ВРЕМЕНА И ПРОПИСИ О ПЛАЋЕНОМ ГОДИШЊЕМ ОДМОРУ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И У МАКЕДОНСКОМ РАДНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Апстракт: Дуго трајање радног времена узрокује повреде и незгоде на раду, повећава стрес и умор и ствара друге ризике који имају краткорочне или далекосежне последице по здравље и сигурност радника.

Директива 2003/88/ЕЗ о одређеним аспектима организације радног времена, истиче велики значај потребе да се успостави минимум заштите радника на раду.

Критичне тачке (дефиниција радног времена; „одступања” максималног лимита недељног радног времена и референтних периода за израчунавање радног времена - право на opt-out); ограничења трајања и организовања ноћног рада) које проистичу из поменуте Директиве, анализирани су кроз призму македонског законодавства о раду. Аутори се осврћу на постојећа решења актуелног (и још увек важећег) Закона о радним односима, али су узети у обзир и решења која су предвиђена у нацрту текста новог закона.

Кључне речи: Директива 2003/88/ЕЗ, радно време, ноћни рад, годишњи одмор.

* e-mail: tonikalamatiev@yahoo.com

** e-mail: a.ristovski@pf.ukim.edu.mk

*** Одређена питања у вези радног времена су обрађена у раду под насловом „Европска Директива о одређеним аспектима организације радног времена (2003/88/ЕЗ) и македонско радно законодавство – актуелна ситуација и критичке тачке (не усклађености” објављен у часопису за теорију и праксу радног и социјалног права „Радно и социјално право”, бр.1/2018, Београд

1. Увод

Прекомерно дуго радно време и неадекватна организација радног времена доводе до замора радника, што узрокује акутне и хроничне последице по њихово здравље. Дуго радно време током радног дана доприноси стварању несанице и губитку концентрације у раду који може на крају довести до повреда и несрећа на раду. Отуда, главна сврха прописа који регулишу трајање и организацију радног времена је заштита здравља и сигурности радника.

Правни режим радног времена у радном праву ЕУ је изузетно сложена и проблематична област, у кој се преламају интереси и позиције различитих институција (Европске комисије и Европског савет насупрот Европског парламента, једне државе чланице наспрам друге, Европске синдикалне конфедерација - ЕТУС насупрот удружења послодаваца итд). Атрибут „проблематичне” прати еволуцију нормирања у овој области од њеног почетка (т.ј. усвајања прве Директиве 93/104/ЕЗ о одређеним аспектима организације радног времена од 1993. године)¹ и наставља са бројним несугласицама у односу на одређене „критичне” тачке које проистичу из садржаја „нове” и још увек важеће Директиве 2003/88/ЕЗ о одређеним аспектима организације радног времена из 2003. године. Критичне тачке Директиве 2003/88/ЕЗ још нису усклађене. И поред предлога за измену Директиве 2003/88/ЕЗ из 2004. године који је поднет од Европске

¹ Правни основ за доношење Директиве 93/104/ЕЗ је члан 118 Уговора о оснивању Европске Заједнице, који се односи на потребу да се побољша „радно окружење” у земљама чланицама, у циљу повећања безбедност и здравље на раду радника. Овакав правни амбијент отворио је могућност примене такозваног гласања квалификованом већином (qualified majority voting) у Већу министара, супротно једногласном усвајању Директиве, за шта се залагало Уједињено краљевство. Уједињено краљевство се снажно противило усвајању Директиве 93/104/ЕЗ и због тога је покренуло поступак пред Европским судом правде (ЕСП) оспоравући правни основ на коме се Директива заснива. У случају *United Kingdom v Council* [1996] ECR I-5755, C-84/94 [1996] ЕЦР И-5755, ЕСП је одбацио жалбу Велике Британије и утврдио да се питање радног времена поклапа са садржајем члана 118а Уговора о оснивању Европске Заједнице. Наиме, термини „радно окружење” и „здравље и безбедност на раду” не смеју се тумачити рестриктивно. Напротив, они треба да се тумаче интегрално обухватајући све факторе који утичу на здравље и безбедност радника, укључујући ту и аспекте који се односе на организацију радног времена. Овакав став ЕСП инспирисан је и преамбулом Устава Светске здравствене организације (WHO), где термин „здравље” значи стање укупног физичког, менталног и социјалног благостања, а не само одсуство болести или слабости. На крају, став ЕСП је комплементаран и са традиционалним схватањем предмета проучавања права на здравље и сигурност на раду, који поред мера за избегавање повреда и несреће на раду, обухвата и питања као што су заштита од стреса, узнемиравања и мобинг на радном месту, као и регулисања радног времена.

комисије, до сада, ни органи ЕУ ни социјални партнери не успевају да превазиђу несугласице око спорних питања. Поред тога, Извештаји о хармонизацији Директива 2003/88/ЕЗ са националним правним системима земаља чланица ЕУ, показују очигледан празнине у односу на значајне аспекте режима радног времена, као што су: поштовање максимално трајање недељног радног времена и референтне периоде за његово прерачунавање, минимално трајање одмора и примјену правила за обавезни „компензацијски“ одмор и слично. Све ово намеће дилему, да ли је Директива о одређеним аспектима организације радног времена 2003/88/ЕЗ сазрела за промене и у ком правцу би требало извршити такве промене? Међутим, решавање ове дилеме није у оквирима напора и теме аутора овог рада. Директива 2003/88/ЕЗ, пре свега, биће анализирана у смислу постојећег нормативног опуса, који ће бити стављен у корелацију са садашњим (*de lege lata*) и потенцијалним (*de lege ferenda*) радним законодавством Републике Северне Македоније, као кандидата за чланство у Европској унији.

2. Појам и елементи радног времена

Термин „радно време“ у правном смислу, може послужити као механизам за интеграцију радних часова у оквиру којих се врше радне активности, а за које је заснован радни однос и радних часова у оквиру којих је радник, поред тога што у конкретном тренутку не врши радне активности на одређеном радном месту, доступан послодавцу (Rojet, Blanpain, 1997: 19). Другим речима, радно време обухвата период у којем се врши ефективни рад и временски период током којег је радник присутан на радном месту без вршења активне престације рада.² Квалификације „доступности радника послодавцу“ или „стављање радника на располагање послодавцу“ су кључне детерминанте у дефинисању радног времена у оквиру међународних стандарда рада.

Директива ЕУ 2003/88/ЕЗ о одређеним аспектима организације радног времена, дефинише радног времена као период у коме радник ради, стоји на располагању послодавца и извршава своју делатност или дужност у

² Пракса обилује случајевима у којима се природа радних активности за које је заснован радни однос састоји у пасивним периодима, који би требало да буду третирани као „неефикасни“ рад (нпр. вршење надзорних активности које врши један чувар представљају део ефективног радног времена, чак и ако се није појавила потреба за одговарајућом интервенцијом или неактивни период са којим се суочавају радници у угосистелству због немогућности да се предвиди тачан ритам њихових радних обавеза).

складу са националним законима и/или праксом.³ Дефиниција се односи на три важна елемента, т.ј. обавезе (обавеза запосленог на рад, обавеза запосленог да буде доступан за послодавца и обавезе запосленог на обављање задатака који произилазе из процеса рада) који морају бити испуњени кумулативно за период да буду третирани као радно време (Grant-Garwood, Grisenthwaite, 1998: 62).⁴ С друге стране, Директива 2003/88/ЕЗ дефинише појам „одмор” као *временски период који се не сматра радним временом*.⁵

Традиционални приступ радног права, доводи до закључка да термини „радно време” и „одмор” су појмови који су међусобно искључиви, засновано на принципу „или-или”, што значи да одређени временски период може да се квалификује или у оквирима радног времена или као време за одмор (Каламатиев, Ристовски, 2018: 29).

Савремени радни односи, пак, карактеришу бројне *граничне случајеве*, који узрокују општеприхваћени бинарни систем који се састоји од професионалног и приватног времена. У пракси се намећу различите дилеме које правилним тумачењем и применом дефиниција на термине „радно време” и „одмор” могу бити решене. Дилеме се односе на правни третман времена које је запослени провео на паузи, путујући, радећи код куће или обављајући друге активности у вези рада.

2.1. Дефинисање радног времена у македонском радном законодавству

Дефинисање појма „радно вријеме” и тачно тумачење елемената који чине овај појам представљају комплексан изазов с којим се сусреће радноправна доктрина, као и позитивно право Републике Северне Македоније. Основни извор којим се регулише радно време у Македонији је Закон о радним односима.⁶ Међутим, радно законодавство Републике Северне Македоније чекало је 16 година од усвајања првог закона из 1993. године или 4 године

³ Директива 2003/88/ЕЗ, члан 2, тачка 1.

⁴ На пример, у радно времена не може да се урачуна време у ком радник прихвати да за послодавца врши одређене баштованске или хоритикултуралне послове у слободне дане (дане који су предвиђени за викенд). У овом случају, испуњена су прва два елемента појма радног времена (радник ради и доступан је послодавцу), али не и трећи (радник обавља послове за које је засновао радни однос), осим ако обављање ових послова не представља обавезу радника која произилази из уговора о раду.

⁵ Директива 2003/88/ЕЗ, члан 2, став 1, тачка 2.

⁶ Закон за работните односи (Службен весник на Република Македонија, бр.62/05), Глава XIX – Работно време.

од усвајања Закона о радним односима из 2005. године, до коначног дефинисања овог изузетно важног института. Дефинисање овог појма учињено је законским новелама из 2009. године. Овим изменама радно време се одређује као *било који период у коме запослени ради и када је на располагању послодавцу ради обавља послова и радних задатка у складу са законом*.⁷ Под утицајем Директиве о појединим аспектима организације радног времена у ЕУ 2003/88/ЕЗ, ова дефиниција радног времена састоји од три кумулативно одређена елемената (радник ради, на располагању је послодавцу и обавља послове и задатке у складу са закон). Међутим, три године након њеног увођења у македонски радноправни систем, радно законодавство почело је да уводи нове измене у области појмовног одређивања института „радног времена“. Ове промене не представљају суштинско побољшање или прецизније одређивање појма или елемената радног времена. Напротив, законодавац је приступио елиминацији другог елемента (елемента „на располагању послодавцу“)⁸ из дотадашње дефиниције радног времена. Дакле, актуелна позитивноправна дефиниција која регулише радно време гласи: *радно вријеме је: време када радник ради и обавља своје послова и радних задатка у складу са законом, колективним уговором и уговором о раду*.⁹ Ипак, наглашавамо да изузимање овог елемента кумулативне дефиниције радног времена може негативно утицати на заштиту радника.

3. Ограничавање трајања радног времена

Правна ограничења у трајању радног времена приказана су кроз два основна облика. *Први облик*, односи на редовно ограничење трајање радног времена, а *друга* обухвата изузетке од редовног ограничења радног времена које се првенствено односе на допунска сата рада или тзв „прековремени рад“. Отуда, други облик законског ограничења радног времена назива се „максимално“ ограничење трајања радног времена.

Директива 2003/88/ЕЗ о одређеним аспектима организације радног времена ЕУ примењује технику ограничавања максималног трајања радног времена на седмичном нивоу. Она утврђује да *просечан број радних*

⁷ Закон за изменување и допуњавање на Законот за работните односи (Службен весник на Република Македонија, бр.130/09), член 1.

⁸ Разлог за елиминацију поменутог елемента дефиниције радног времена је последица Одлуке Уставног суда (бр. 263/2009, од 22. септембра 2010. године). Уставни суд сматра да термин „радник је на располагању послодавцу“, који је део дефиниције „радног времена“ може значити неограничено коришћење запосленог у обављању дужности од стране послодавца.

⁹ О овоме види: Закон за работните односи, член 5, став 1, точка 8.

сати у сваком седмодневном периоду не сме прелазити 48 сати, укључујући и прековремени рад.¹⁰ Број радних сати на седмичном нивоу одређује се законом, другим прописима или колективним уговорима или споразумима између социјалних партнера.¹¹ Ограничење радног времена утврђено Директивом 2003/88/ЕЗ не значи да радник не сме радити више од 48 сати у недељи. Правила ограничавања радног времена односе се на просечно недељно радно време у одређеном референтном периоду, а не на максималну границу која не сме бити прекорачена у току једне недеље. Просечна недељно радно време, само по себи представља апстрактан појам, јер радници у свакој појединачној недељи референтног периода, раде више или мање сати од просека, али при томе, треба имати у виду да укупно трајање радних сати не сме да прелази границе прописане законом или другим прописом (International Labour Office, 2005: 46). Отуда, приступ уређивању радног времена у оквирима европског комунитарног радног права може се поистоветити са такозваним моделом „прерасподеле радних часова“ (*hours averaging*).

Главни елементи ограничавања максималног трајања недељног радног времена су одређивање одговарајућим референтним периодом. Референтни период, без обзира на његово трајање (неколико недеља, месеци или годину дана), између осталог, служи за израчунавање просечног броја радних сати. Директива 2003/88/ЕЗ предвиђа да референтни период за максимално просечно недељно радно време не сме бити већи од 4 месеца.¹² Ово је заједнички стандард који важи за све запослене. Међутим, он предвиђа два одступања у односу на уобичајени референтни период од 4 месеца. Прво покрива такозване „посебне случајеве“ који се односе на: активности у којима су место рада и место боравка радника међусобно удаљени. Референтни период за одређивање трајања радног времена за раднике који се могу сврстати у групу такозваних посебних случајева не сме да прелази 6 месеци.¹³ Друго одступање од општег референтног периода од 4 месеца обухвата „случајеве који се могу регулисати колективним уговором“. У овим случајевима, референтни период може бити продужен до највише 12 месеци због одређених објективних или техничких разлога или разлога који произилазе из организације рада.¹⁴ Нивелирање радног времена у референтном периоду од 12 месеци је у ствари такозвана годишња

¹⁰ Директива 2003/88/ЕЗ, члан 6, став 1, точка 2.

¹¹ Директива 2003/88/ЕЗ, члан 6, став 1, точка 1.

¹² Директива 2003/88/ЕЗ, члан 16, став 1, б.

¹³ Директива 2003/88/ЕЗ, члан 19, став 1.

¹⁴ Директива 2003/88/ЕЗ, члан 19, став 2.

прерасподела радног времена.¹⁵ Референтни период може бити фиксна (његов почетак се одређује тачно одређеним датумом и о томе радник треба да буде обавештен у писаној) или континуиран (перманентно се обавља по истеку временског периода на који се односи референтни период) (McLynn.L, 2009: 57).

3.1 Ограничење трајања радног времена у радном законодавству Републике Северне Македоније

У поређењу са интегрисаним приступом у Директиви 2003/88/ЕЗ, која садржи границе како „редовног“ тако и „максималног“ радног времена (укључујући и сати прековременог рада), радна законодавство Републике Македоније успоставља другачији начин ограничавања радног времена. Закон о радним односима прво прописује правни механизам за ограничавање трајања „редовног радног времена“, а затим ограничава „максимално радно време“. Редовно радно време се може поистоветити са „пуним радним временом“, док максимално са „прековременим радом“.

Према Закону о радним односима, пуно радно време не сме бити дуже од 40 сати недељно.¹⁶ Анализирајући ову одредбу, долазимо до закључка да је законодавац обезбедио механизам за ограничавање трајања рада са пуним радним временом на недељном нивоу. *Argumentum a contrario*, радно законодавство Републике Македоније не поставља лимит за редовно радно време на дневном нивоу (нпр 8 радних сати). Закон о радним односима не одређује стварно време рада са пуним радним временом, већ само највишу границу која ограничава његово редовно трајање. Законом или колективним уговором може се одредити као редовно радно време и радно време које је краћи од 40 сати недељно, али не мање од 36 сати недељно.¹⁷ То значи да закон дозвољава могућност смањења радних сати утврђене границе од 40 сати недељно, са доњом границом радног времена од 36 сати седмично. У оквиру овог „клизне скале“ (од 36-40 сати), законодавац оставља простор социјалним партнерима за утврђивање броја радних

¹⁵ На пример, прерасподела радног времена са референтном периоду од једне године, постоји код предузећа која се баве производњом чоколаде и која се суочава повећање обима пословања и производне активности у периоду од октобра до априла (производња слаткиша у периодима више празника: Божић, Ст. Валентини и Ускрс), након чега следи период са мањим обимом пословних и производних активности који трају од маја до септембра. Стога, увођење дужег референтног периода који траје више од нормалног референтног периода од 4 месеца може се оправдати постојањем објективних разлога.

¹⁶ Закон за работните односи, член 116, став 1.

¹⁷ Закон за работните односи, член 116, став 3.

сати, који ће бити сматран као пуно радно време. Једини изузетак од овог правила је смањење пуног радног времена и испод доње границе (36 сати), али само у случајевима утврђеним законом, другим прописом у складу са законом или колективним уговором и само за послове у којима постоје веће опасности од повреда или здравствених поремећаја.¹⁸

Одступање од граница редовног радног времена обично се назива „прековремени рад“. Доктрина радног права у Републици Северној Македонији одређује институт „прековремено“ као изузетак од правила ограничавања радног времена у оквиру радне недеље од 40 сати (Каламатиев, Митревски, Ристовски, 2011: 19), док радно законодавство под прековременим радом подразумева обавезу запосленог, да на захтев послодавца, обавља рад преко пуног радног времена.¹⁹ Поред могућности успостављања прековременог рада, Закон о радним односима утврђује и правни основ, тј. разлоге за увођење овог облика радног времена.²⁰ На крају, Закон о радним односима одређује границе трајања прековременог рада, као и референтне периоде у којима ће се примењивати таква ограничења. Традиционално, у македонском радном законодавству, постоје недељни и годишњи референтни периоди у којима се примењују лимити трајања прековременог рада. Отуда, прековремени рад може трајати до осам сати недељно и 190 сати годишње, осим случајева када због специфичности процес рада не може бити прекинут или када не постоје услови и могућности да се организује рад у сменама.²¹ Недавне измене Закона о радним односима у области правног режима радног времена уводе нови и додатни референтни период за ограничавање прековременог рада. Према овим променама, прековремени рад у периоду од три месеца не може у просеку премашити осам сати недељно.²² Ограничавање просечног максималног трајања прековременог рада на осам сати недељно у референтном периоду од три месеца, имплицитно приближава правни режим који се односи на границе максималних радних сати у македонском радног законодавства са ограничењима прописаним у Директиви 2003/88/ЕЗ. Међутим, паралелно постојање референтног периода од три месеца и од једне недеље ствара колизију и неусаглашеност између референтних периода којима се ограничава прековремени рад.

¹⁸ Закон за работните односи, член 116, став 3.

¹⁹ О овоме види: Закон за работните односи, член 117, став 1.

²⁰ О овоме види: Закон за работните односи, член 117, став 1 (точка 1-5).

²¹ Закон за работните односи, член 117, став 2.

²² *Ibidem*.

Увођење референтног периода дужег од недељу дана, није непознато, али у исто време није ни полазна тачка у регулисању трајање и организацији радног времена у македонском законодавству. Традиционална шема радног времена гради се на распореду радног времена у недељном трајању која не би требало да буде више од 40 сати, а који се састоји од најмање четири радна дана недељно и најмање четири сата дневно.²³ Међутим, Закон о радним односима дозвољава да се изврши привремена прерасподела радног времена, тако да се сматра радно време које је потребно за просечну радну обавезу у периоду који не може бити дужи од шест месеци.²⁴ Заправо, ова одредба упућује на могућност поравнавања (или тзв. мање прерасподеле) радног времена у референтном периоду од шест месеци. Ова расподела радног времена треба да буде условљена одређеним објективним разлозима као што су привремено повећања обима посла, промена у наруџбини за појединим производима и сл. Увођење референтног период од шест месеци за све запослене у супротности је са правилима прописаним у Директиви 2003/88/ЕЗ, које овај референтни период предвиђа само за категорије радника који припадају тзв. посебним случајевима. Поред „мале прерасподеле“, Закон о радним односима традиционално дозвољава увођење „опште“ (класичне) редистрибуције радног времена. Док се у референтном периоду за такозвану „малу прерасподелу“ узима као радно време просечна обавеза у периоду који не сме бити дужи од шест месеци, „општа прерасподела“ обухвата укупно радно време које у проску не сме да буде дуже 40 сати током радне недеље у току године.²⁵ Овде, у референтном периоду и начину њеног утврђивања, налазимо највећу недоследност између македонског законодавства о раду и Директиве 2003/88/ЕЗ. Закон о радним односима не помиње колективне уговоре као могућу основу за успостављање прерасподеле радног времена у референтном периоду од једне године.

4. Ноћни рад и ограничење његовог трајања

Ноћни рад карактеришу знатно већи ризици за здравље и сигурност радника од стандардног дневног рада (Tucker, Folkard, 2012: 30).²⁶

²³ О овоме види: Закон за работните односи, член 123, став 3 и 4.

²⁴ Закон за работните односи, член 123, став 5.

²⁵ О овоме види: Закон за работните односи, член 124, став 2.

²⁶ Одређене медицинске студије показују да је склоност радника, који раде у ноћним смнеама, ка дигестивним поремећајима два до пет пута вћае од радника који раде искључиво током дана. Друге студије повезују ноћни рад са кардиоваскуларним проблемима, као што су: висок крвни притисак, ангина пекторис, исхемијска болест срца, инфаркт миокарда и слично. Трећа истраживања ноћни рад доводе у везу чак и

Директива 2003/88/ЕЗ регулише правни режим ноћног рада кроз: одређивање појмова „ноћни рад“ и „ноћни радник“; одређивање граница трајања рада ноћу; заштиту радника који су под претњом посебних ризика и опасности; здравствену проверу и прераспоређивање радника који раде ноћу на дневни рад; гаранције за ноћни рад; извештавање о редовној употреби ноћног рада; заштиту сигурности и здравља ноћног рада и организацији рада (Blanpain, 2012: 342-343).

Ноћни рад је дефинисан као период који траје најмање седам сати (као што је дефинисано у националном праву) и која мора укључивати период између поноћи и пет сати ујутро.²⁷ Поменута дефиниција даје одређену меру флексибилности у одређивању ноћног рада, који ће бити третирана као ноћни рад све док се обавља најмање седам сати, обухватајући време од 0:00 до 5:00 часова наредног дана.

Статус „ноћног радника“ (тј. радника који ради ноћу) може се стећи тако што радник ради ноћу најмање три сата од дневне радне обавезе.²⁸ У пракси, разграничење „стандардних“ (тј. дневних радника – радника који раде дању) од „ноћних радника“ није једноставна. Дилеме се обично јављају у тумачењу појма ноћног рада на „редовној“ основи. Отуда се поставља питање: колико би требало да траје период и која је динамика рада радника који раде ноћу најмање три сата, да би се третирали као радници који раде ноћу и на тај начин стекли одговарајућу заштиту која је прописана за ноћни рад? Редовни ноћни рад треба третирати као ноћни рад на редовној и унапред одређеној основи, тј. укључује ротирајуће сменске моделе који редовно укључују ноћни рад, без обзира на динамику ротације ноћне смене. Такође, статус радника који ради ноћу стиче се ако радник ноћу обавља одређени део своје годишње радне обавезе утврђене националним прописима и колективним уговорима.²⁹

Најважнији сегмент правног режима којим се регулише ноћни рад према Директиви 2003/88/ЕЗ је дужина трајања рада ноћу. С тим у вези, број редовних радних сати радника који раде ноћу у просеку не сме бити више од осам сати, у оквиру сваког 24-часовног периода.³⁰ Директива не прецизира референтни период у оквиру којег ће се израчунати просечно радно време ноћних радника, али уместо тога, она се упућује на одређивање

са појавама канцера, поремећаја мускулос-келетним поремећајима и материнством код жена.

²⁷ О овоме види: Директива 2003/88/ЕЗ, члан 2, став 1, точка 3.

²⁸ О овоме види: Директива 2003/88/ЕЗ, члан 2, став 1, точка 4 (а).

²⁹ О овоме види: Директива 2003/88/ЕЗ, члан 2, став 1, точка 4 (б).

³⁰ Директива 2003/88/ЕЗ, члан 8, став 1 (а).

тог периода националним законодавством или колективним уговорима.³¹ Директива предвиђа још једну, додатну компоненту која има своју примену у прорачуну просечног, редовног радног времена ноћних радника. Тако, недељни одмора од најмање 24 сата који улази у референтни период неће се рачунати у израчунавање просечног радног времена.³² Ограничење ноћног рада у Директиви 2003/88/ЕЗ не значи да запослени има апсолутну забрану да ради више од осам сати у било ком периоду од 24 сата. Напротив, ноћни радник може радити више од осам сати дневно, све док укупан број нормалних сати не прелази предвиђени просек израчунат у одређеном референтном периоду. Међутим, постоје случајеви у којима је ограничење трајања ноћног рада апсолутно и не сме се израчунати као збир просечних радних сати у одређеном референтном периоду. У том смислу, Директива 2003/88/ЕЗ предвиђа да радници који раде ноћу и током свог рада су изложени посебним опасностима или тешком физичком или менталном напору не могу да раде ноћу дуже од осам сати у току сваког периода од 24 сата.³³

Правни режим за регулисање ноћног рада према Директиви 2003/88/ЕЗ се заокружује са неколико додатних одредби које имају за циљ заштиту здравља и сигурности ноћних радника. Директива утврђује да радници који раде ноћу стичу право на бесплатну здравствену проверу пре ступања на ноћни рад, а затим и у другим редовним временским интервалима.³⁴ Бесплатан медицински преглед подлеже медицинској тајности и спроводи се у оквиру националног здравственог система.³⁵ Истовремено, раднике који раде ноћу и који имају здравствене проблеме који су повезани са радом ноћу, ако је то могуће треба поново распоредити на одговарајуће радно место које се врши у дневном радном времену.³⁶ Послодавац који након што исцрпи свих могућности да прераспореди радника на дневно радно место, односно да му понуди нови, измењени уговор о раду, може отказати уговор о раду раднику због личних разлога (тј. због недостатка способности за обављање рада).

³¹ О овоме види: Директива 2003/88/ЕЗ, члан 16, став 1 (с).

³² О овоме види: Директива 2003/88/ЕЗ, члан 16, став 1 (с).

³³ О овоме види: Директива 2003/88/ЕЗ, члан 8, став 1 (б).

³⁴ Директива 2003/88/ЕЗ, члан 9, став 1 (а).

³⁵ О овоме види: Директива 2003/88/ЕЗ, члан 9, став 2 и став 3.

³⁶ Директива 2003/88/ЕЗ, члан 9, став 1 (б).

4.1. Ноћни рад и његова ограничења у македонском радном законодавству

Радно законодавство Републике Северне Македоније дефинише појмове „ноћни рад“ и „радник који ради ноћу“ по узору на Директива 2003/88/ЕЗ. У том смислу, ноћни рад се одређује као рад у ноћном периоду, а то је рад између 22.00 и 6.00 часова.³⁷ Ноћни радници су они који раде ноћу најмање три сата свог дневног редовног времена, односно радниц који раде ноћној смени трећину радног времена своје годишње радне обавезе.³⁸ Очигледно је да су дефиниције „ноћног рада“ и „ноћних радника“ у складу са предметном директивом. Закон о радним односима не разјашњава обим појма „редовна дневна радна обавеза“, која има велики значај у одређивању раднике који би могли добити статус „ноћних радника“. Ова дилема се јавља и у одређивању обавезе послодаваца да обавесте инспекцију рада у условима увођења ноћног рада. Обавеза извештавања односи се на послодавце који редовно користе раднике за ноћни рад.³⁹ Међутим, пример позитивног усклађивања Закона о радним односима и Директива 2003/88/ЕЗ је одређивање истоветне пропорције укупног радног времена у току године у оквиру којег радник треба да ради ноћу да би се његов рад третирао као ноћни рад.

Радници који се квалификују да буду третирани као ноћни радници имају право на посебну заштиту за ноћни рад. Закон уводи неколико заштитних одредби које се односе на заштиту здравља и сигурности радника који раде ноћу, између осталог то су: право на дужи одмор; одговарајућа храна или накнада за храну у износу од 20% просечне нето зараде исплаћене у Македонији у претходној години, сразмерно за дане када радник ради ноћу; стручно руководство над радним, односно производним процесом; медицинске прегледе пре ангажовања радника у ноћном раду и у редовним интервалима утврђеним законом.⁴⁰ Закон налаже додатне ограничења у реализацији ноћног рада, међу којима су: обавеза да се ангажују радник на истим пословима дању, ако због ноћног рада, по мишљењу лекарске комисије, раднику може да се погорша здравствено стање;⁴¹ забрана распоређивања радника на ноћни рад, уколико послодавац не обезбеди превоз до и са посла;⁴² дужности обезбеђивања периодичне промене

³⁷ Закон за работните односи, член 127, став 1 и став 2.

³⁸ Закон за работните односи, член 128, став 1.

³⁹ О овоме види: Закон за работните односи, член 127, став 3.

⁴⁰ Закон за работните односи, член 128, став 3.

⁴¹ О овоме види: Закон за работните односи, член 128, став 2.

⁴² О овоме види: Закон за работните односи, член 128, став 5.

ноћних радника.⁴³ Обавеза да се периодично мењају радници који раде ноћу односи се на сменске раднике који раде у ноћним сменама. Коначно, Закон утврђује обавезу консултовања синдиката пре увођења ноћног рада.⁴⁴

Највећи јаз у усаглашености Закона о радним односима са Директивом 2003/88/ЕЗ, примећује се у вези са једним од најважнијих питања која проистичу из правног режима регулисања ноћног рада, а то је ограничавање његовог трајања (Каламатиев, Ристовски, 2018: 47). Док је Закона о радним односима правилно утврдио апсолутни лимит трајања ноћног рада од осам часова, за раднике код којих постоји ризик од веће опасности повређивања или оштећења здравља,⁴⁵ Закон не регулише лимит редовних радних сати радницима који раде ноћу, а не налазе се у таквој опасности.

5. Право на одмор и минимално трајање одмора у радном законодавству Европске Уније

У правној теорији, термин „годишњи одмор“ може се дефинисати као временско раздобље у којем запослени није подређен и „доступан“ послодавцу и нема обавезу да одговара на његове позиве за радне активности. У европском комунитарном праву „време одмора“ се дефинира као антипод појму „радно време“.

Директивом 2003/88/ЕЗ утврђено је неколико различитих периода одмора. То су: паузе (rest break), дневни одмори (daily rest), седмични одмори (weekly rest period). Директива такође дефинише годишњи одмор (annual leave).

Право на паузу има радник коме је дневно радно време дуже од 6 сати. Детаљи који се односе на трајање и услове коришћења паузе уређују се колективним уговорима или споразумима између социјалних партнера или, ако тог нема, националним прописима.⁴⁶ Пауза се не може користити на почетку или на крају радног времена. Требало би је користити у „средини“ радног времена радника, јер ће само тако испунити своју функцију заштите здравља и безбедности радника. Притом, послодавац треба омогућити запосленом да користи паузу на месту које је одвојено (тј. ван) од одређеног радног места, тј. на локацији која је на већој удаљености

⁴³ О овоме види: Закон за работните односи, член 128, став 4.

⁴⁴ Закон за работни односи, член 130.

⁴⁵ О овоме види: Закон за работните односи, член 128, став 2.

⁴⁶ О овоме види: Директива 2003/88/ЕЗ, чл.4

од просторије у којој запослени обавља своје редовне радне активности (McLynn.L, 2009: 80-81).

Дневни одмор је најмање 11 сати непрекидно унутар времена од 24 сата.⁴⁷ Директива 2003/88/ЕЗ гарантује коришћење 11 узастопних сати одмора у року од 24 сата, јер омогућава продужење дневног одмора на два календарска дана (Grant-Garwood et al., 1998: 100).

Поред дневног одмора, Директива 2003/88/ЕЗ гарантује и право радника на *недељни одмор*. Недељни одмор је најмање 24 сата непрекидног одмора за сваки период од седам дана, плус 11 сати непрекидног дневног одмора.⁴⁸ Дакле, радници имају право на одмор, од најмање једном недељно, у трајању од укупно 35 непрекидних сати (11 сати дневног одмора плус 24 сата недељног одмора) (Barnard, 2012: 53). Овај одмор се обично користи у року од једне недеље (тј. седам дана). Из претходне анализе видљиво је да су дневни и недељни одмори засебни и различити периоди одмора који се не смеју преклапати.

5.1. Право на одмор у македонском радном законодавству

Закон о радним односима Републике Северне Македоније регулише право на одмор као засебно право, изван скупа одредби које регулишу радно време. Право одмора се разликују у зависности од временског периода, па је Законом о радним односима предвиђено право на: паузу, дневни одмор, недељни одмор и годишњи одмор.

Пауза за раднике који раде шест сати и дуже од шест сати је 30 минута.⁴⁹ Закон такође предвиђа распоред паузе која се може користити тек након два сата рада и најкасније три сата пре истека радног времена.⁵⁰ Карактеристично је и то да се за разлику од многих земаља, у Македонији, време паузе током радног дана рачуна као радно време и за тај период радник прима плату.⁵¹ То значи да је пауза саставни део радног времена и доприноси смањењу ефикасног радног времена.

Правни режим регулирања права на паузу у македонском радном законодавству у потпуности је у складу са правом о раду Европске Уније.

⁴⁷ Директива 2003/88/ЕЗ, чл.3.

⁴⁸ Директива 2003/88/ЕЗ, чл.5, став 1

⁴⁹ Закон за работните односи, чл. 132, ст.1

⁵⁰ Закон за работните односи, член 132, став 4

⁵¹ О овоме види: Закон за работните односи, чл.132, став 5

Дневни одмор износи најмање 12 сати непрекидно између два узастопна радна дана у току 24 сата.⁵² Минимални дневни одмор од 12 часова поставља ограничење за максимално могуће трајање радног дана. У недостатку одредби о максималном ограничењу дневног радног времена у случају прековременог рада и прерасподеле радног времена, дневни одмор је природна баријера која ограничава трајање радног дана на највише 12 сати.

Недељни одмор радника траје најмање 24 сата без престанка, на шта се надовезује и дневни одмор од 12 сати.⁵³ То значи да радник има право на најмање 36 узастопних сати одмора током недеље који укључују недељни одмор и дневни одмор. Закон о радним односима не одређује референтни период за коришћење недељног одмора. У том смислу, док Директива 2003/88/ЕЗ предвиђа 14-дневни референтни период у ту сврху, македонски закон не повезује употребу загарантованог минималног недељног одмора са периодом од седам дана (што је основни временски оквир за недељни одмор), нити са референтним периодом од 14 дана. Постоје одређене разлике између Директиве 2003/88/ЕЗ и Закона о радним односима у одређивању дана коришћења недељног одмора. Законом о радним односима, недеља је дан одмора, али дозвољава да се одреди и други дан у недељи. Слична одредба је била садржана и у претходној Директиви о одређеним аспектима Организације радног времена из 1993 године.

6. Плаћени годишњи одмор у радном праву Европске Уније

Поред осталих аспеката трајања и организације радног времена који се јављају у облику „законских ограничења” (максимално радно време током недеље или ноћног рада) или „субјективних права” (паузе, дневни одмор, недељни одмор), Директива 2003/88/ЕЗ такође регулише право на плаћени годишњи одмор. Формално, плаћени годишњи одмор (тј. плаћено годишње отсуство) је субјективно право радника које се надовезује на друга права на одмор, регулисаних дотичном Директивом. Правила Директиве 2003/88/ЕЗ која уређује право на плаћени годишњи одмор односе се на све запослене. То потврђује и Европски суд правде, окарактеризирајући плаћени одмор као „основно социјално право” које припада радницима који уживају посебну судску заштиту (Vogg, 2016: 281).

Према Европској директиви 2003/88 о одређеним аспектима организације радног времена, сваки радник има право на плаћени годишњи одмор у

⁵² Закон за работни односи, член 133

⁵³ Закон за работните односи, чл.134, ст.1

трајању од најмање четири седмице у зависности од услова за стицање тог права утврђених националним прописима и праксом.⁵⁴

С обзиром на суштинско значење овог права (које је подигнуто на ниво основног принципа социјалног права ЕУ), главна сврха Директиве је омогућити радницима да стварно остваре право на плаћени одмор у трајању од најмање 4 недеље.⁵⁵ Једини предуслов за осигурање стварног коришћења годишњег одмора у складу са његовом сврхом (обнављања радне снаге и релаксација радника) је третирање овог права као права за које радник прима одговарајућу накнаду. Стога је плаћање годишњег одмора саставни елемент права на годишњи одмор. Међутим, појам плаћеног одмора је сам по себи „растегљив” по својој правној природи. У пракси је посебно важно одредити висину плате и структуру накнаде која се исплаћује запосљеном у погледу годишњег одмора. Европски суд правде разрешава ове дилеме и утврђује правну природу термина „плаћени” годишњи одмор, наводећи да плаћање годишњег одмора треба свести на исплату „нормалне” (просечне, редовне) плате коју запослени обично прима током рада (Bogg, 2016: 282).

Директива 2003/88/ЕЗ садржи још једну одредбу која обухвата правни режим који регулише право на плаћени годишњи одмор у европском комунитарном радном праву. С тим у вези, прописано је да се *минимално трајање плаћеног годишњег одмора не може заменити новчаном накнадом, осим у случају престанка радног односа*.⁵⁶ Ова одредба изнова потврђује потребу за обавезним фактичним коришћењем годишњег одмора, са јединим изузетком на основу којег финансијска компензација може бити у случају престанка радног односа. Правну претпоставку да се минимална дужина плаћеног годишњег одмора не може заменити новчаном накнадом подржао је Европски суд правде. У случају *Federatie Nederlandse Vakbeweging*⁵⁷, Суд налази да послодавац не сме „откупити,” неискориштени годишњи

⁵⁴ Директива 2003/88/ЕЗ, чл.7, став 1.

⁵⁵ О овоме види: Joined Cases C-131/04 and C-257/04 Robinson-Steele [2006] ECR I-2531.

⁵⁶ Директива 2003/88/ЕЗ, чл.7, став 2.

⁵⁷ Случај *Federatie Nederlandse Vakbeweging v Staat der Nederlanden*, односи се на спор између Холандске синдикалне федерације и Холандије због могућности новчане надокнаде одређеног дела минималног годишњег одмора акумулираног током наредне и претходне године. У брошури холандског Министарства социјалних послова и запошљавања наведено је да се послодавац и запослени могу договорити о новчаној надокнади за неискориштени одмор или део годишњег одмора сљедеће године ако радник не искористи своје право у текућој години. Холандски синдикални савез поднео је тужбу проти таквог наратива у брошури Министарства, наводећи да су њене одредбе кршење Директиве 2003/88/ЕЗ.

одмор (тј. део годишњег одмора) плаћајући раднику одговарајућу новчану накнаду (обештећење) у случају да се годишњег одмора не користи у текућој години и преноси се на следећу годину. Могућност надокнаде плаћеног одсуства за годишњи одмор „охрабрила би” раднике да траже новчану накнаду уместо стварног коришћења годишњег одмора који је намењен ефикасној заштити здравља и безбедности на раду (Blainpain, 2012: 762).

6.1. Право на годишњи одмор у македонском радном законодавству

Составни део Закона о радним односима је и право на годишњи одмор. Радник има право на плаћени годишњи одмор у трајању од најмање 20 радних дана. Годишњи одмор се може продужити колективним уговором или уговором о раду до 26 радних дана.⁵⁸ Закон одређује најнижи и највиши лимит (од 20 до 26 радних дана) у којем се креће годишњи одмор.

У складу са чланом 139. Закона о радним односима, радник који први пут заснива радни однос стиче право на пуни годишњи одмор истеклом непрекидног посла од најмање шест месеци, без обзира да ли ради пуно радно време или краће радно време од пуног радног времена.

Трајање годишњег одмора одређује се сагласно времену које је радник провео у процесу рада, условима рада и сагласно другим критеријима утврђеним колективним уговором. Као дан годишњег одмора сматра се сваки радни дан, изазимајући све празнике, суботе и недеље у току коришћења годишњег одмора.

Право на годишњи одмор је неотуђиво право запосленог. Запослени не може одустати од права на одмор. Годишњи одмор по правилу се користи у току календарске године. Притом, може се користити одједном, али се може користити и у неколико делова, с тим да један део годишњег одмора мора трајати најмање две непрекидне радне седмице које се морају икористити до краја текуће календарске године. Остатак годишњег одмора мора се икористити до 30. јуна наредне године. Годишњи одмор се користи у сагласности потреба радног процеса и потребе радника за одмором и рекреацијом, имајући у виду и његове породичне обавезе.

Радник има право на накнаду за неискоришћени део годишњег одмора кад дође до престанка радног односа мимо његове намере и воље.⁵⁹

⁵⁸ Закон за работните односи, чл. 137

⁵⁹ Закон за работните односи, чл.145

7. Закључак

Основни циљ прописа којима се регулишу трајање и организација радног времена је заштита здравља и сигурности радника. Овај циљ је препознат и од стране европског комунитарног радног права, те је преточен је у Директиву 2003/88/ЕЗ о одређеним аспектима организације радног времена из 2003 године.

Директива 2003/88/ЕЗ уређује више питања која се односе на трајање и организацију радног времена, а међу њима су питања која су анализирана у овом раду: максимално трајање недељног радног времена, трајање и услови за обављање ноћног рада, референтни периоди који служи за израчунавање трајања просечног недељног радног времена и ноћног рада и сл. Директива 2003/88/ЕЗ уређује неколко различитих видова одмора. То су: *пауза* (анг. rest break), *дневни одмор* (анг. daily rest), *недељни одмор* (weekly rest period). Поменута Директивата уређује и право на *годишњем одмору* (анг. annual leave),

Директива 2003/88/ЕЗ представља значајан „нормативни фактор” који стоји у позадини потребе за континуираним усклађивањем и модернизацијом правног режима трајања и организације радног времена у Републици Македонији. Међутим, македонско радно законодавство у одређеним сегментима још није усаглашено са Директивом 2003/88/ЕЗ, реч је о референтном периоду за израчунавање максималног радног времена, као и прецизном дефинисању ноћног рада и његовом трајању.

Референце

- Barnard.C,(2012), *EU Employment Law*, Forth Edition, Oxford University Press.
- Barnard.C, (1999), *The Working Time Regulations 1998*, Industrial Law Journal, Vol. 28.
- Blanpain.R, (2012), *European Labour Law-Thirtheened Revised Edition*, Wolters Kluwer Law and Business.
- Bogg.A, Costello.C, A.C.L Davies, (2016), *Research Handbook on EU Labour Law*, Edward Elgar Publishing
- Grant-Garwood.C, M.Grisenthwaite, (1998), *Practical Guide to the Working Time Directive and Regulations*, Tolley's.
- Govič.I I D.M.Drača, (2005), *Ugovor o Radu*, TIM press, Zagreb.
- International Labour Office, (2005), *Hours of Work-From Fixed to Flexible?*, International Labour Conference, 93th Session.

Каламатиев.Т и А.Ристовски, (2018), *Европска Директива о одређеним аспектима организације радног времена (2003/88/ЕЗ) и македонско радно законодавство – актуелна ситуација и критичке тачке (не) усклађености*, „Радно и Социјално Право”, бр.1/2018, Београд.

Каламатиев. Т, Ж. Митревски и А. Ристовски, (2011), *Права од Работен Однос на Младите и Жените во Република Македонија*, Фондација „Фридрих Еберт”-Канцеларија во Македонија, Скопје.

Ковачевић. Љ, (2013), *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду.

McLynn.L, (2009), *Working time and Holidays – a practical legal guide*, Oxford University Press.

Nowak.T, (2018), *The turbulent life of the Working Time Directive*, Maastricht Journal of European and Comparative Law.

Rojot.J, R.Blanpain, (1997), *General Report, Legal and Contractual Limitations to Working Time in the European Union*, Peeters Press, Leuven.

Tucker.P, S.Folkard, (2012), *Working Time, Health and Safety: A Research Synthesis Paper*, International Labour Office – Geneva, Conditions of Work and Employment Series No.31.

Закон за работните односи (Службен весник на Република Македонија, бр.62/05).

Одлуки на Европскиот Суд на Правдата:

- „*SIMAP v Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*” C-303/98, случај „*Landeshauptstadt Kiel v Jaeger*” C-151/02.

- C-131/04 and C-257/04 Robinson-Steele [2006] ECR I-2531

Одлука на Уставниот Суд на Република Македонија (бр. 263/2009, од 22. септември 2010. година).

Professor Todor Kalamatiev, PhD,

*Iustinianus Primus Faculty of Law – Skopje,
Ss. Cyril and Methodius University – Skopje,
Republic of North Macedonia*

Aleksandar Ristovski, PhD,

*Docent Professor,
Iustinianus Primus Faculty of Law – Skopje,
Ss. Cyril and Methodius University – Skopje,
Republic of North Macedonia*

***DURATION AND ORGANIZATION OF WORKING TIME AND
REGULATION OF THE PAID ANNUAL LEAVE IN THE EU LAW
AND IN THE MACEDONIAN LABOUR LEGISLATION***

Summary

Basic goal of the regulations governing duration and organization of working time is protection of the health and safety at work of employees. This goal is recognized by the EU law and is reflected in Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organization of working time.

Directive 2003/88/EC regulates many issues which refer to the duration and organization of working time, including those analyzed in this paper: maximum duration of working time, limitations of night work, reference periods for calculating the duration of average weekly working time and night work, etc. Directive 2003/88/EC also regulates different rest periods, such as: rest breaks, daily rest and weekly rest periods. The right to paid annual leave is also governed by the Directive.

Directive 2003/88/EC is a significant normative factor which stands behind the need for continued harmonization and modernization of Macedonian legal regime of duration and organization of working time. However, in certain segments (such as the reference periods for calculating the maximum duration of average weekly working time and the definition and limitation of night work) Macedonian labour legislation has not yet been adequately harmonized with the Directive.

Keywords: *Directive 2003/88/EC, opening hours, night work, holidays.*

ЗАШТИТА ЗАПОСЛЕНОГ ЗАРАЖЕНОГ ВИРУСОМ ХИВ-А СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА МОГУЋНОСТ ПОСЛОДАВЦА ДА ЗАПОСЛЕНОГ ТЕСТИРА НА ХИВ**

Апстракт: ХИВ представља обољење које може имати велики утицај на друштво, свијет рада, запослене и њихове породице. Специфичност овог обољења огледа се у чињеници да обољеле особе могу дужи временски период нормално обављати редовне животне активности, односно да не морају имати медицинске проблеме који утичу на њихову способност за рад. Од значаја је и чињеница да је могућност преношења ХИВ-а са једне особе на другу ограничена. Ове двије околности у многоме опредјелују начин на који се питање ХИВ-а посматра на радном мјесту. У том контексту и аутор овог рада анализира радноправни положај запосленог обољелог од ХИВ-а, водећи рачуна о потреби заштите његовог физичког интегритета и достојанства. У раду се долази до закључка да, све док не постоје медицински симптоми и сметње за обављање послова радног мјеста, ХИВ статус представља дио приватног живота запосленог у који послодавац не мора имати увид и на бази кога запослени не смије бити дискриминисан. Међутим, питања везана за заштиту од стигматизације и дискриминације постају сложенија у ситуацији када запослени има јасне манифестације болести које утичу на обављање радних задатака. У овом случају запослени који је оболио од ХИВ-а треба да ужива исту заштиту као и сваки други запослени који болује од неког озбиљног обољења или има неки инвалидитет. У раду се разматра и право послодавца да запосленог тестира на ХИВ-а, имајући у виду да подаци о здравственом стању спадају у нарочито осјетљиву категорију личних података.

* e-mail: milica.kovac@udg.edu.me

** Овај рад представља прерађени и проширени дио докторске дисертације „Право запосленог на приватност и његова заштита”, одбрањене на Правном факултету Универзитета у Београду 2018. године.

Кључне ријечи: запослени са ХИВ статусом, дискриминација, разумно прилагођавање радног мјеста, тестирање на ХИВ, заштита приватног живота.

1. Увод

ХИВ и СИДА представљају обољења која имају огроман утицај на друштво, економију, свијет рада, запослене и њихове породице. Лица заражена вирусом ХИВ-а спадају у једну од најмаргинализованијих група у друштву којима није посвећена адекватна пажња, нити се њихов положај на раду посебно регулише и анализира. Као социјално искључени појединци, ова лица имају отежан приступ образовању, послу и могућностима зараде, а истраживања показују да губе посао у тренутку када обољење почне да се развија, не усуђујући се, притом, да траже заштиту својих права по основу рада.¹ Стигма и дискриминација јесу, дакле, основни узроци неповољног третмана лица заражених вирусом ХИВ-а, али укупној незаинтересованости за њихов положај на раду доприноси и чињеница да се не ради о тако бројној популацији.² Овдје, међутим, не треба изгубити из вида да сваки појединац има право на (достојанствен) рад, право на једнак третман у запошљавању и на раду, право на адекватну здравствену заштиту и право на заштиту података о здравственом стању као дијелу приватног живота.

За правилно разумијевање радноправног положаја лица зараженог вирусом ХИВ-а, потребно је познавати основе овог обољења и његове медицинске индикације. Под ХИВ-ом (лат. *human immunodeficiency virus*) се подразумева вирус који погађа имуни систем човјека, а који се након одређеног времена развија у обољење СИДА (фр. *syndrome d'immunodéficience acquise*). *Могућност преноса* овог вируса са једне особе на другу је *ограничена*, а његово присуство у организму се открива тестирањем (ILO, 1993:38). Период који је потребан да се ХИВ вирус развије у сиду варира од случаја до случаја али, захваљујући напретку медицине и фармације, данас је могуће тај период продужити на више од десет година. Чак и када се појаве први симптоми сиде, они могу бити успјешно медицински третирани. Без обзира на то што овај вирус значајно умањује отпорност организма, обољеле особе обично могу нормално обављати редовне животне активности, а што укључује и *радне активности*. Другим ријечима, запослени са дијагнозом сиде може, али и не мора имати медицинске проблеме који утичу на његову *способност за рад* (ILO, 1993:38). Ове околности у многоне одређују начин на који се питање ХИВ-а посматра на радном мјесту.

У контексту радног права, ХИВ се разматра из два угла: а) положај на раду и заштита од дискриминације запосленог обољелог од ХИВ-а; и б) могућност, односно право послодавца да тестира запосленог на ХИВ. Треба, међутим, имати на уму да је и питање *превенције* веома важно за поједина радна мјеста. Циљ превенције је умањење могућности преноса ХИВ-а на радном мјесту. Ово се постиже различитим мјерама као што су адекватно информисање и едукација запослених, поштовање свих мјера заштите на раду, смањење могућности инцидената на раду итд.³ Отуда, ако запослени долази у додир са крвљу, тјелесним течностима или ткивима, на таквом радном мјесту треба да постоји процедура која омогућава управљање ризиком који таква изложеност носи са собом, или ризиком од несрећа на раду (ILO, 2001:15). У контексту превенције, Међународна организација рада препоручује подстицање запослених на добровољно консултовање и тестирање, при чему организације радника и послодаваца треба да промовишу значај ових питања на радном мјесту, а све у складу са националним стратегијама из ове области.

2. Положај на раду и забрана дискриминације запосленог зараженог вирусом ХИВ-а

У вези са положајем на раду запосленог зараженог вирусом ХИВ-а треба разликовати двије ситуације, ону у којој код запосленог још увијек не постоје медицински симптоми и сметње за обављање послова радног мјеста, и ону у којој се код запосленог јављају симптоми који бар привремено умањују његову способност за рад. У првом случају ХИВ статус представља лично својство о чијем евентуалном објелодањивању одлучује искључиво запослени на кога се оно односи,⁴ док се у другом случају разматра питање положаја и заштите запосленог обољелог од ХИВ-а, и разумно прилагођавање радног мјеста његовим потребама (потенцијалним сметњама), све док је он генерално способан за рад.

У првом случају, дакле, ХИВ статус је још увијек дио приватне сфере запосленог, па се поставља питање да ли је он у обавези да пријави послодавцу свој статус или да одговара на питања везана за овај статус. Опште је прихваћен став да запослени који је оболио од ХИВ-а није у обавези да о томе информише послодавца, нити послодавац има право да му поставља питања ове природе. Ово, између осталог, и због тога што се

³Тачка 16 Препоруке о НИВ-у и сиди на радном мјесту број 200.

⁴Према тачки 3 под х Препоруке бр.200, Запослени, чланови њихових породица и друга зависна лица уживају заштиту приватности, укључујући повјерљивост података који се односе на ХИВ статус.

подаци о здравственом стању сматрају најинтимнијим дијелом приватног живота⁵ и што се сврставају у нарочито осјетљиву категорију личних података који се могу обрађивати само под посебним условима.⁶ У складу са тим, кандидат за запослење није у обавези да послодавцу саопшти податке о здравственом стању, а медицинско особље није овлашћено да открије евентуално обољење запосленог, али може да укаже на његову способност за рад (Weiss, Geck, 1995:6). Свако другачије тумачење довело би у питање право лица зараженог вирусом ХИВ-а на једнаку доступност радних мјеста под једнаким условима и угрозило остваривање других права по основу рада. Ипак, и поред права на заштиту приватног живота, запослени је дужан да обавијести послодавца о битним околностима које утичу, или би могле утицати на обављање посла.⁷ Ово даље значи да је запослени дужан да свој ХИВ статус пријави послодавцу у случају када се ради о занимањима код којих постоји висок ризик преноса обољења на друге запослене или већи број лица. Листа ових занимања, међутим, није унапријед одређена, па се и ова обавеза запосленог да послодавцу пријави ХИВ статус процијењује од случаја до случаја, баш као што се у зависности од околности конкретног случаја процијењује и забрана саопштавања података о ХИВ-у од стране здравственог радника. Премда ХИВ статус, у складу са правилима лeкарске етике и правилима о заштити права пацијената, представља повјерљив податак који се не може саопштавати трећим лицима, обавеза повјерљивости није апсолутна и може се прекршити онда када то захтијева јавни интерес (када постоји опасност од преноса вируса већем броју људи), али и тада се ова информација открива само оним особама које имају нужну потребу да то знају.⁸

⁵ Према једној од теорија плуралитета приватних сфера, укупност приватног живота чине: интимна сфера, приватна сфера и приватно-јавна сфера. Интимну сферу приватног живота чини све оно што свако већ по свом осјећају мора претпоставити као интиму, као себи недоступно, даље, и оно што лице видљиво и оправдано скрива од осталих или као тајну дијели само с одређеним лицем. Приватна сфера укључује све оно што лице не таји пред свим другим лицима, него дијели са извјесним, по разним основима, блиским му лицима (породичне прилике, односи пријатељства, односи са познаницима и сл.), али што не треба да буде доступно и осталима, нити посредовано јавности. Приватно-јавна сфера укључује оно што се одвија у јавности, односно на опште доступним мјестима, па самим тим јавност стиче право да се обавијести о свему што је од важности у конкретном случају (Водинелић, 1978:918).

⁶ Чл. 9, став 1, тачка 7 и члан 13 Закон о заштити података о личности, *Сл. лист ЦГ*, 79/08, 70/09, 44/12.

⁷ Чл. 9, став 1, тачка 7 Закона о раду, *Сл. лист ЦГ*, 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14.

⁸ У случају *X v. Y and another*, штампа је објавила податак о томе да лекар који ради у систему јавног здравства болује од сиде. Без обзира што је суд у овом случају препознао

Питање положаја на раду запосленог зараженог вирусом ХИВ-а постаје нарочито важно у ситуацији када он већ има манифестације болести које утичу на извршавање радних задатака.⁹ Основни принцип који треба примјенити у овој ситуацији је да запослени који је оболио од ХИВ-а ужива исту заштиту као и сви други запослени који болују од неког озбиљног обољења, или који имају неки инвалидитет (ILO, 1993: 225). Отуда, ХИВ статус, или привремено одуство са рада узроковано разлозима везаним за овај статус не могу, сами по себи, бити разлог за отказ уговора о раду (ILO, 1993: 225). Основно мјерило у одређивању положаја ових лица је њихова способност, односно *неспособност за рад*, будући да она не могу бити дискриминисана по основу здравственог стања, све док су способна за извршавање послова радног мјеста. У том смислу, послодавац може одбити да запосли, односно може да отпусти особу обољену од ХИВ-а у случају када је љекар утврдио неспособност за рад. Али у овом случају ХИВ статус не представља *отказни разлог* (нити разлог због кога појединац није запослен), већ је то неспособност за рад или дуготрајно одсуство са рада због болести (ILO, 1993: 225).

Од значаја је и то што се отказ уговора о раду запосленом зараженом вирусом ХИВ-а сматра незаконитим и онда када његово присуство на радном мјесту доводи до одређених тешкоћа у пословању или када други запослени одбијају да раде са њим.¹⁰ Тако је ЕСЉП у случају *И. Б. против Грчке* оцијенио да се незадовољство осталих радника, те потреба да се очува мир на радном мјесту не могу сматрати оправданим отказним разлозима, посебно у ситуацији када не постоје медицински разлози за такав отказ. Ово је, дакле, још један случај у коме је Суд, захваљујући својој интерпретативној техници, омогућио посредну заштиту запосленог од незаконитог отказа, а све кроз заштиту његових људских права на

одређени интерес јавности да буде упозната са чињеницом да љекар заражен сидом још увијек ради, ипак је предност дао интересу да они који имају обавезу чувања повјерљивих података буду лојални и не откривају такве информације (ILO, 1993: 311).

⁹ Постављање питања кандидату/запосленом о обољењу које у будућности може да створи проблеме, није дозвољено. Ово правило се односи и на ситуацију када ХИВ позитивна особа још увијек нема симптоме болести, или на особу која има генетске предиспозиције које касније могу довести до обољења. Међутим, послодавац може да поставља питања о постојећим симптомима и инвалидитету, а истинит одговор је пожељан. Ово се односи на лица која имају очигледне симптоме сиде. У случају када послодавац не поставља питања у вези са очигледним симптомима, запослени је у обавези да их саопшти послодавцу уколико вјерује да представљају инвалидитет који ће умањити радну способност или се на други начин одразити на способност рада (ILO, 1993: 236).

¹⁰ *I. B. v. Greece*, Judgment of 3 October 2013, no. 552/10.

радном мјесту. У питању је метод интерпретације који Европски суд за људска права примјењује у својим одлукама, а захваљујући коме је могуће обезбиједити заштиту економско-социјалних права која нису садржана у Конвенцији онда када је то неопходно за остваривање, у њој гарантованих, грађанских права (Mantouvalou, 2005:573).

Особе обољеле од ХИВ-а углавном желе да раде јер на тај начин побољшавају своје физичко и ментално стање, па им то треба и омогућити. У складу са тим, запослени или кандидат за запослење не смије бити дискриминисан на темељу постојећег или претпостављеног ХИВ статуса.¹¹ Мада се ХИВ статус, по правилу, не дефинише као посебан дискриминишући основ, захваљујући тзв. *отвореним клаузулама* које само *exempli causa* наводе могуће основе дискриминације, кандидати за запослење и запослени уживају заштиту од дискриминације и по овом основу. Ово тим прије што се ХИВ статус подводи под појам *здравственог стања* као посебно забрањеног основа разликовања. Препознавајући значај овог питања, Међународна организација рада је у појам тзв. *нове форме дискриминације* укључила и ону која се врши у односу на особе обољеле од ХИВ/СИДА. ХИВ статус не може, дакле, бити разлог за ускраћивање посла, нити могућности за напредовање на раду, већ је, на супрот томе, потребно омогућити лицима обољелим од ХИВ-а да се, кроз различите врсте тренинга, оспособе за обављање одређених послова. Лица заражена вирусом ХИВ-а не смију се, ускраћивањем једнаких шанси са запослење, осудити на „економску смрт“.¹² Различит третман запосленог зараженог вирусом ХИВ-а био би оправдан само ако је неопходан ради постизања легитимног циља и ако између мјере коју послодавац предузима, у конкретном случају, и циља који се жели постићи постоји адекватна сразмјера.¹³

2.1. Разумно прилагођавање радног мјеста потребама запосленог зараженог вирусом ХИВ-а

За запосленог обољелог од ХИВ-а од пресудне важности је подршка друштва и послодавца. У већини европских држава, међутим, није експлицитно предвиђена заштита запосленог зараженог вирусом ХИВ-а, али им се у неким системима заштита обезбјеђује на начин што се њихов статус поистовјеђује са статусом који имају лица са инвалидитетом. Овакво поимање у складу је са широким одређењем појма лица са инвалидитетом, које, поред медицинских, узима у обзир и социолошке

¹¹ Тачка 3 под ц) Препоруке о HIV-у и сиди на радном мјесту број 200.

¹² *Hoffman v. South African Airways*, 2000.

¹³ *I. B. v. Greece*, Judgment of 3 October 2013, no. 552/10.

факторе, захваљујући чему се, у одређеним ситуацијама, и здравствени проблеми, ако трају довољно дуго, могу сматрати инвалидитетом (Nießl, Boot, 2013:122). Ово значи да би се и она оштећења која се јављају периодично, односно која периодично умањују животне и радне активности појединца могла сматрати инавалдитетом, чиме је проширен круг лица која уживају заштиту од дискриминације по основу инавалдитета, а у складу са Директивом 2000/78/ЕЗ (Nießl, Boot, 2013:125). На ову могућност упућују нас и неки други упоредноправни системи, попут америчког. Тако се, Закон о американима са инавалдитетом, односи и на запослене са ХИВ статусом, захваљујући чему и ова лица имају право на разумно прилагођавање радног мјеста њиховим потребама (Guegin, 2011:26).

Дакле, разумно прилагођавање радног мјеста представља најзначајнији вид подршке лицима са ХИВ статусом, уз уважавање чињенице да је у питању обољење чији се симптоми јављају периодично. Циљ прилагођавања услова рада је да се лицима са ХИВ статусом омогући да што дуже остану радно активни. Отуда, уколико то налаже здравствено стање запосленог обољелог од ХИВ-а, лекар може препоручити прилагођавање радног мјеста његовим потребама, или трансфер на друго радно мјесто, с тим да не мора послодавцу саопштити конкретан разлог за овакав предлог.¹⁴ Штавише, послодавац би вио у обавези да изврши разумно прилагођавање радног мјеста запосленом обољелом од ХИВ-а (ILO, 1993:331). Подршка запосленом обољелом од ХИВ-а треба да буде приступачна и бесплатна, а важно је и да им послодавац омогући одсуство са рада ради консултација и одговарајућих третмана (ILO, 2001:16).

Под *разумним прилагођавањем* радног мјеста обично се подразумејева техничко-технолошко опремање радног мјеста, средстава за рад, простора и опреме које, међутим, не представља веће финансијско оптерећење послодавца (Лубарда, 2012: 65). Али то може бити било која модификација или подешавање посла или радног окружења, које се разумно може извести, а које омогућава особи обољелој од ХИВ-а или сиде приступ, учешће и напредовање на раду.¹⁵ Разумно прилагођавање радног мјеста може да подразумејева и могућност чешћег одсуствовања са посла, могућност рада од куће, флексибилно радно вријеме, рад са скраћеним радним временом и сл.

¹⁴ Према Закону о превенцији сиде (*The AIDS Prevention Act*) у Јапану, лекар може да саопшти име инфициране особе у два случаја. Онда када заражена особа не поступа у складу са препорукама лекара и ризикује да вирус пренесе великом броју особа и када је лекар дошао до сазнања да постоји велика вјероватноћа да ће инфицирана особа заразити велики број особа (ILO, 1993: 251).

¹⁵ Тачка 1 под ц) Препоруке о HIV-у и сиди на радном мјесту број 200.

3. Тестирање запосленог на ХИВ

Тестирање на ХИВ спада у специфичне форме *медицинског тестирања* попут тестирања на присуство алкохола, дрога и других опојних средстава, или попут генетског испитивања и тестирања менталног стања. Медицинским тестирањем долази се до података о здравственом стању појединца који представљају дио његове интиме и који, као нарочито осјетљиви, уживају посебну заштиту.¹⁶

Постоји више ралога који у пракси могу оправдати медицинско тестирање запосленог, с тим да оно ни тада не смије бити прекомјерно (не може залазити у приватност запосленог више него што је то неопходно), нити се може спроводити супротно принципу једнаког третмана.¹⁷ Могуће је и законски унапријед предвидјети све ситуације у којима послодавац има право да медицински тестира запосленог, мада листе ових ситуација обично нису исцрпне у упоредним радноправним системима.¹⁸ У принципу, медицинско тестирање запослених треба да буде предмет преговора и сагласности међу социјалним партнерима. У оним правним системима у којима се код послодавца формирају одређена тијела за праћење квалитета радне средине, односно заштите здравља и безбједности на раду, тестирање запослених на ХИВ, алкохол, дроге и генетске предиспозиције, по правилу, спада у круг питања која захтијевају консултовање између послодавца и ових тијела.

Према општеприхваћеном становишту, послодавац не може захтијевати од запосленог да се *тестира* на ХИВ, нити заснивање радног односа може условити овим радњама. Многи послодавци заговарају обавезно тестирање запослених и кандидата на ХИВ, сматрајући да на тај начин могу у већој мјери да изађу у сусрет здравственим потребама запослених, али и да се на

¹⁶ Директива 95/46/ЕЗ предвиђа обавезу држава чланица да, *inter alia*, забране обраду личних података у вези за здрављем појединца, па, у том смислу, и медицинско тестирање запослених подлијеже строгим правилима и ограничењима. Директива предвиђа и изузетке од овог општег правила, а најзначајнији, у контексту радног права, су они који се тичу изричите сагласности за обраду података и извршавања обавеза у области запошљавања, у оној мјери у којој је то допуштено националним законодавством које обезбјеђује одговарајућу заштиту, *Official Journal* L 281, 23/11/1995.

¹⁷ Подаци о здравственом стању запосленог могу се прикупљати када је то неопходно за утврђивање његове способности за рад на одређеном радном мјесту, или ради извршавања обавеза у вези са заштитом здравља и безбједности на раду, и када је то потребно ради остваривања права на социјалне бенефиције (ILO, 1997: 3).

¹⁸ Белгијско радно право прописује који запослени се подвргавају медицинском тестирању: запослени који су изложени ризику професионалног обољења, који обављају послове обезбјеђења, који раде са храном, запослени са инвалидитетом, запослени млађи од 21 године живота (Hendrickx, 2002: 54).

тај начин штити јавни интерес, јер се спријечава неконтролисано ширење овог вируса (ILO, 2009:11). Међутим, у већини случајева тестирањем на ХИВ не постиже се већи степен заштите и подршке за особе обољеле од ХИВ-а, већ се, сасвим супротно, снижава радни морал и продуктивност на радном мјесту, будући да су радници уплашени да ће тестирање умањити њихова права по основу рада и довести у питање сигурност запослења (ILO, 2009:11).

Међународна организација рада је изричито подржала став по коме се тестирање на ХИВ не може захтијевати од запосленог (укључујући раднике мигранте), од тражиоца посла или кандидата за запослење.¹⁹ Такође, рутинско медицинско тестирање запосленог не може да укључи обавезно тестирање на ХИВ (ILO, 2001:15). Без обзира на овај опште прихваћен став, мали је број примјера директне забране тестирања запосленог на ХИВ у упоредном праву (ILO, 1993:48). Ипак, овај принцип је индиректно садржан у бројним прописима који се баве заштитом запосленог од дискриминације на бази здравственог стања или инвалидитета, заштитом приватне сфере човјека, али и заштитом оног што се зове узајамно повјерење радника и послодавца. Постоји и широко прихваћено мишљење радничких и послодавачких организација, као и професионалних медицинских асоцијација да се ХИВ не може преносити на уобичајеним радним мјестима, те да стога тестирање није пожељно, нити се треба захтијевати од запосленог (ILO, 1993:38). Управо је ограничена могућност преноса овог вируса учинила да тестирање запосленог на ХИВ буде могуће само у виду изузетака који се уско тумаче и који се везују за одређене професије у циљу заштите других запослених или корисника производа и услуга. У овом случају је неопходно досљедно примјенити принципе *релевантности* и *нужности*, будући да тестирање мора бити повезано са послом (енг *job-related*) и нужно за његово обављање (енг. *business necessity*). У том смислу, начела легитимности (релевантности), сразмјерности и транспарентности примјењују се као неопходни услови ограничења права запосленог на приватност, кад год је то могуће (Vigneau, 2002: 3), док *bona fide* извршавање обавеза из уговора о раду подразумијева и то да је послодавац дужан унапријед обавијестити запосленог о свим радњама које намјерава предузети, а које могу угрозити његову приватност (Ray, Rojot, 1995: 7).

Могућност тестирања запосленог на ХИВ углавном се односи на оне дјелатности чијим обављањем уједно настаје и ризик преноса болести. Овдје се, у првом реду, мисли на медицинско особље. Ово особље спада у групу запослених који су изложени највећем ризику да буду заражени и да

¹⁹ Тачка 25 Препоруке о HIV-у и сиди на радном мјесту број 200.

заразе друге, будући да се у раду користе иглама и шприцевима, да обављају отворене операције и пружају прву помоћ у случају несреће (ILO, 1993:38). Могуће је, отуда, одсуство ове болести сматрати *одлучујућим условом* за обављање одређених послова, у ком случају је и тестирање запосленог/ кандидата дозвољено. Ово је у складу са идејом о томе да је изузетно могуће лично својство кандидата за запослење предвидјети као посебан услов за заснивање радног односа. Лично својство као посебан услов за заснивање радног односа послодавац одређује у *доброј вјери*, а на њему је и терет доказивања да оно у конкретном случају представља стваран и одлучујући услов за обављање посла (Guerin, 2001: 339). Принцип по коме се лично својство може сматрати одлучујућим условом за заснивање радног односа примјењује се само у погледу запошљавања и премјештаја са једног на друго радно мјесто, и не може оправдати различит третман у погледу услова рада (Deaken, Moriss, 2009: 589-590).

Постоје и друге професије код којих се тестирање на ХИВ сматра препоручљивим. Тако, у ред запослених чије се тестирање на овај вирус често узима као оправдано спадају: војно особље, дипломатско особље, полицајци, затворски чувари, ватрогасци, запослени који се ангажују за рад у иностранству, проститутке, запослени на пословима који подразумевају пенетрацију коже или ткива, запослени који рукују са храном и запослени који обављају сигурносно осјетљиве послове.²⁰ Потребно је, међутим, у свим овим случајевима преиспитати оправданост тестирања на ХИВ и предвидјети евентуалне услове под којима се оно може вршити. Тако, примјера ради, оправдан је став по коме нема епидемиолошких и лабораторијских доказа

²⁰ У САД се на ХИВ тестирају кандидати за војну службу и активно војно особље. Кандидати који су позитивни на вирус аутоматски се елиминишу. Активно војно особље код кога се идентификује овај вирус може остати у служби све док нема симптоме болести али је под мониторингом. У Италији се провјера ХИВ статуса захтијева од полицајца, ватрогасаца, затворског особља и других лица која раде на заштити сигурности других. Одбијање тестирања може резултирати немогућношћу запослења, што је пракса која је увелико критикована као неконзистентна са тенденцијом коју ЕУ има у погледу тестирања на радном мјесту. У Канади је дозвољено тестирање запослених који путују у земље у којима је забрањен улазак особама обољелим од ХИВ-а. У Аустралији особе позитивне на ХИВ не могу се бавити дјелатностима које подразумевају пенетрацију коже или ткива (акупунктура, депилација, пирсинг, тетоваже и сл.). У Шведској, према мишљењу Националне комисије за сиду (*National Commission on AIDS*), здравствена контрола која укључује ХИВ тест препоручљива је код послова код којих се захтијева посебна ефикасност и сигурност у раду. У Финској послодавац је обавезан да захтијева сертификат да кандидат не болује од заразних болести, укључујући и ХИВ, када запошљава раднике који ће радити у прехранбеној индустрији или пружати услуге које подразумевају контакт са неупакованом храном (ILO, 1993: 41-45).

о томе да овакве врсте инфекција могу бити пренешене приликом припремања и сервирања хране, па, у том смислу, запослени који ради са храном, а заражен је ХИВ-ом не треба бити аутоматски искључен са рада.²¹ Другим ријечима, свако систематско тестирање запосленог на ХИВ требало би бити забрањено. Овакво становиште у складу је и са резултатима истраживања Свјетске здравствене организације о томе да не постоје докази да особе заражене ХИВ-ом имају неуролошке поремећаје који би утицали на њихову менталну способност и концентрацију (ILO, 1993:224-225).

У принципу, тестирање запосленог на ХИВ врши се уз његову претходну сагласност, с тим да се сагласност за тестирање крви уопште, не може тумачити као аутоматска сагласност за тестирање на ХИВ (ILO, 1993:242). Генерална сагласност са медицинским испитивањима не значи одрицање од права на приватност, односно права појединца да не буде тестиран у погледу својих интимних својстава, укључујући и његово здравствено стање (French, 2002:5). Уопштено узевши, тестирање на ХИВ без сагласности запосленог представља кршење његовог права на физички интегритет, а што је обухваћено правом личности (French, 2002:297). Но, запослени у радном односу прихвата ограничење свог права личности у мјери у којој је то неопходно за постизање реалних циљева послодавца, па се, отуда, обавезно тестирање неће сматрати повредом интегритета запосленог уколико је разумно и нужно у датим околностима. Према томе, сасвим је разумљиво становиште суда по коме није оправдано предвидјети обавезно тестирање на ХИВ запосленог који се бави његом ментално обољелих лица (лични асистенти, инструктори, његоватељи, вође стручних програма и др.), будући да је ризик преноса вируса у овом случају изузетно мали.²² Очекивано је и становиште суда по коме је сасвим разумно захтијевати од ватрогасаца обавезно тестирање на ХИВ због чињенице да се ради о веома осјетљивом занимању са аспекта безбједности.²³

У вези са овим је и питање да ли послодавац може отказати уговор о раду запосленом који одбије да се тестира на ХИВ. У давању одговора на ово питање мора се поћи од околности случаја односно, од врсте послова који се обављају, ризика који ти послови носе са собом и могућности преноса вируса на друге запослене или клијенте послодавца. Одговор у многоме

²¹ У питању је мишљење Јавног здравственог сервиса Сједињених Америчких Држава (*The United State Public Health Service*) (ILO, 1993: 45).

²² Савезни апелациони суд у случају *Glover v. Eastern Nebraska Community Office of Retardation* (ILO, 1993: 330).

²³ Савезни окружни суд Охаја у случају *Anonymous Fireman v. City of Willoughby* (ILO, 1993: 330).

зависи од тога да ли се захтјев за тестирање може сматрати разумним у свијетлу конкретних здравствених и безбједносних околности везаних са радну позицију запосленог (ILO, 1993:284). На послодавцу је, међутим, терет доказивања да је тестирање на ХИВ оправдано, односно релевантно са аспекта заштите здравља и безбједности на раду.

4. Закључак

Премда се радна законодавства, у принципу, не баве заштитом запосленог зараженог вирусом ХИВ-а, радноправни положај ових лица заслужује да буде посебно анализиран, имајући у виду веома изражену стигму и дискриминацију лица која живе са ХИВ-ом. За разматрање проблематике ХИВ-а на радном мјесту, од пресудног значаја је чињеница да лица заражена вирусом ХИВ-а дужи временски период, након појаве болести, не морају имати медицинске проблеме који итучу на њихову радну способност, али и чињеница да је могућност преноса овог вируса са једне особе на другу ограничена.

У складу са тим, закључује се да, све док не постоје медицински симптоми и сметње за обављање послова радног мјеста, ХИВ статус представља дио приватног живота запосленог у који послодавац не мора имати увид и на бази кога запослени не смије бити дискриминисан. Отуда, ХИВ статус, сам по себи, не може бити разлог за отказ уговора о раду, нити разлог за ускраћивање запослења или другог права по основу рада. Међутим, питања везана за заштиту од стигматизације и дискриминације постају сложенија у ситуацији када запослени има јасне манифестације болести које утичу на обављање радних задатака. У овом случају запослени који је оболио од ХИВ-а треба да ужива исту заштиту као и сваки други запослени који болује од неког озбиљног обољења или има неки инвалидитет. Осим тога, посебна заштита запосленог зараженог вирусом ХИВ-а подразумијева и обавезу послодавца да у разумној мјери прилагоди радно мјесто потребама запосленог обољелог од ХИВ-а.

Будући да се тестирањем на ХИВ долази до података о здравственом стању појединца, као нарочито осјетљивој категорији личних података који уживају посебну заштиту, могућност послодавца да кандидата за запослење или запосленог тестира на ХИВ своди се на минимум. Могућност тестирања запосленог на ХИВ везује се само за одређене професије код којих постоји висок ризик преноса вируса на друге особе, али и тада је оно условљено принципима нужности, релевантности и транспарентности.

Литература

An ILO code of practice on HIV/AIDS and the world of work. (2001). Geneva: International Labour Organization.

Водинелић, В. В. (1978). „Поједина лична права“ у: О. Станковић, С. Перовић, М. Трајковић (ур.). *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*. Службени лист СФРЈ.

Vigneau, C. (2002). Information technology and worker's privacy: regulatory techniques. *Comparative Labour Law & Policy Journal*. Vol.23.

Vigneau, C. (2002). Information technology and workers' privacy: a comparative study: Part II: national studies: information technology and workers' privacy: the French law. *Comparative Labour Law & Policy Journal*.

Guerin, L., J.D. (2011). *Employment Law - The Essential HR Desk Reference*. Nolo.

Deaken, S., Morris, G. S. (2009). *Labour Law*. Fifth edition, Hart Publishing. Oxford.

Equality at work: Tackling the challenges. (2007). Report of the Director-General. Geneva: International Labour Conference, 96th Sessions, Report I (B).

Ковачевић, Љ. (2016). *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Лубарда, Б. (2012). *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Mandatory HIV testing for employment of migrant workers in eight countries of South-East Asia: From discrimination to social dialogue. (2009). Bangkok: ILO Subregional Office for East Asia International Organization for Migration..

Mantouvalou, V. (2005). Work and private life: Sidabras and Dziautas v. Lithuania. *European Law Review*. Vol.30.

Препорука број 200 о ХИВ-у и сиди у свијету рада (Recommendation concerning HIV and AIDS and the World of Work).

Protection of worker's personal data. (1997). An ILO code of practice. Geneva: International Labour Office.

Ray, J.-E., Rojot, J. (1995). Worker privacy in France. *Comparative Labour Law & Policy Journal*.

French, S. (2002). Genetic testing in the workplace: the employer's coin toss. *Duke Law & Technology Review*.

Hendrickx, F. (2002). *Protection of workers' personal data in the European Union: general issues and sensitive data*. University of Leuven, University of Tilburg.

Hießl, C., Boot, C. (2013). The application of the EU framework for disability discrimination in 18 European countries. *European Labour Law Journal*. Vol.4. Број 2.

ХИВ/АИДС у законодавству Црне Горе. (2012). Акција за људска права. Подгорица. www.ilo.org/aids/legislation/WCMS_233467/lang--en/index.htm. Преузето 22.09.2019.

Conditions of work digest, Workers' privacy Part III: Testing in the workplace. (1993). Geneva: International Labour Office. Vol.12. Број 2.

Weiss, M., Geck, B. (1995). Worker Privacy in Germany. *Comparative Labour Law & Policy Journal*.

Правни извори

Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. Official Journal L 281, 23/11/1995.

Закон о заштити података о личности. *Сл. лист ЦГ*. Бр.79/08, 70/09, 44/12.

Закон о раду. *Сл. лист ЦГ*. Бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14.

Судска пракса

Пресуда ЕСЉП у случају И. Б. (I. V.) против Грчке од 3. октобра 2013. године (поднесак бр.552/10).

Пресуда Уставног суда Јужноафричке Републике у случају Хофман (Hoffman) против Јужноафричке авиокомпаније од 2000 године.

Milica Kovač-Orlandić, PhD,

*Teaching assistant at the Faculty of Law,
The University of Donja Gorica, Podgorica, Montenegro*

PROTECTION OF HIV POSITIVE EMPLOYEE WITH A SPECIAL CONCERN TO THE POSSIBILITY OF HIV TESTING IN THE WORKPLACE

Summary

Even though labour legislation usually doesn't regulate status of HIV positive employee, it should be additionally analysed because of very common discrimination and stigmatisation of people with HIV. For this kind of analyze significant is the fact, that persons infected with HIV do not have to have any health-related problems that could affect their fitness for work, as well as the fact that the possibility of transferring HIV from one person to another is limited.

Within this context, it could be said that, until the medical symptoms start showing up and work capacity diminishes significantly, HIV status is a part of employee's private life and should be off limits for employer. Additionally, such employee must not be discriminated because of his HIV status. In accordance with that, the HIV status, by itself, could not be reason for dismissal, unemployment or denial of any labour rights. However, questions pertaining to stigmatisation and discrimination become more complex in the situation when an employee clearly shows some HIV-related symptoms that affect the way somebody carries out his/her work obligations. In this case, the employee suffering from HIV should have the same level of protection as any other employee that has some other serious medical condition or disability. Additionally, special protection of employee with HIV status implies the employer's obligation to make reasonable accommodation within the workplace in order to meet needs of employee suffering from HIV.

It should be kept in mind that HIV testing is a kind of medical testing which obtain medical and health-related data that are highly sensitive personal data, and because of that, the possibility of HIV testing in the work place is very restricted. The possibility of testing an employee for HIV is related only to certain professions where there is a high risk of transmission of the virus to other persons, but even then it is conditioned by the principles of necessity, relevance and transparency.

Keywords: *employee with HIV, discrimination, reasonable accommodation within the workplace, HIV testing, respect for private life.*

ПРАВО НА ЗДРАВЉЕ – ПРАВНА РЕГУЛАТИВА И ПРИМЕНА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**

Апстракт: Иако је правни оквир у области здравствене заштите у Републици Србији унапређен кроз доношење стратешких докумената и законских прописа и даље је здравствена заштита на лошем нивоу, недовољно приступачна и тешко остварива у пракси. Задњи покушај унапређења овог правног оквира огледа се у доношењу нових Закона о здравственој заштити и Закона о здравственом осигурању који су ступили на снагу 11. априла 2019. године. У овом раду покушаћемо да кроз навођење и анализу законских прописа, анализом стања и последица у примени, као и кроз излагање примера из праксе, ближе појаснимо ситуацију у области здравствене заштите са освртом на особе са инвалидитетом у Републици Србији. Посебну пажњу заслужује анализа прописа и стања о правима пацијената. И поред доброг правног оквира, дешавају се спорадични пропусти законодавца приликом увођења нових решења, о чему ће бити речи у овом раду.

Кључнe речи: право на здравствену заштиту, особе са инвалидитетом, ментално здравље, права пацијената, дискриминација, социјална заштита.

1. Увод

Право на здравље спада у социјална права, тзв. права друге генерације, која почивају на начелу једнакости и солидарности и циљ им је пружање помоћи грађанима који се налазе у лошем материјалном и социјалном статусу, односно постизање општег благостања у друштву. Развојем грађанских и политичких права долази и до развоја и препознавања

* e-mail: draganapetkovicbs@gmail.com

** Рад је усмено изложен на међународној научној конференцији „Право и мултидисциплинарност“ одржаној 12. априла 2019. год. на Правном факултету у Нишу.

значаја социјалних права која касније почињу и да се нормирају и уносе у документе националних устава, а потом и у акте на међународном нивоу (Рапајић, 2015, 289). Ова права су уређена на међународном нивоу и гарантована су Универзалном декларацијом о људским правима из 1948. и Међународним пактом о економским, социјалним и културним правима из 1966. године.¹ На регионалном нивоу европских земаља, обавезујући су акти Европске уније, као и акти Савета Европе и појединих организација, попут Европске конвенције о људским правима из 1950. године. Устав Србије („Сл. гласник РС“, број 98/06.) гарантује низ социјалних права, међу њима и право на здравље. Поједине групе грађана који су економски слабија страна препознате су као значајан чинилац у развоју друштва и напретку државе ради бољитка свих грађана и задовољства ширег друштва (Рапајић, 2015, 289). Носиоци ових права су групе грађана иако сваки појединац има загарантована ова права у модерним уставима и међународним документима, укључујући и особе са инвалидитетом (Више о томе видети: Стојановић, В. 2017). Особе са инвалидитетом укључују оне који имају дугорочна физичка, ментална, интелектуална или чулна оштећења која у интеракцији са разним препрекама могу ометати њихово пуно и ефикасно учешће у друштву на једнакој основи са другима.² Особама са инвалидитетом је гарантована и посебна заштита и у области здравствене заштите како би се њихов положај побољшао укључивањем на једнакој основи у друштвену заједницу.

Дискриминација особа са инвалидитетом често је присутна и у области здравствене заштите, где се суочавају са различитим препрекама и проблемима, због чега је додатно отежан њихов положај у заједници. Уставом Србије и појединим законима изричито је забрањена дискриминација по основу инвалидности. Положај и права особа са инвалидитетом, као једне од посебно осетљивих група, уређени су Законом о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом („Сл. гласник РС“, бр. 33/06 и 13/16) којим је уређен општи режим забране дискриминације по основу инвалидности и препознати посебни случајеви дискриминације, попут оне у области здравља.

Економска криза и увођење мера штедње негативно су се одразиле и на здравствену и социјалну заштиту, јер је постепено долазило до смањења обима ових права, као и до смањења неких од услуга здравствене заштите и сервиса подршке особама са инвалидитетом. Кроз овај рад имаћемо прилику да увидимо да су здравствена и социјална заштита уско повезане и да се не могу се одвојено посматрати у процесу њиховог остварења.

2. Право и остварење здравствене заштите са освртом на особе са инвалидитетом

Уставом Србије, као највишим и најважнијим актом у нашем правном систему, прописано је да свако има право на заштиту свог физичког и психичког здравља. Деца, труднице, мајке током породичног одсуства, самохрани родитељи са децом до седме године и стари остварују здравствену заштиту из јавних прихода, ако је не остварују на други начин, у складу са законом. Здравствено осигурање, здравствена заштита и оснивање здравствених фондова уређују се законом.³ Анализирајући цитиране одредбе Устава, може се закључити да је загарантовано право на заштиту здравља грађана Србије, с посебним освртом на осетљиве групе грађана чији је положај у заједници додатно тежак. Међутим, учача се да особе са инвалидитетом нису посебно поменуте у овим одредбама о здравственој заштити, као што је то учињено код одредби Устава које регулишу социјалну заштиту. Уставом се препушта законодавцу да ближе пропише услове и начин остварења права на здравствену заштиту.

Систем здравствене заштите, организација здравствене службе, друштвена брига за здравље становништва, општи интерес у здравственој заштити, надзор над спровођењем овог закона и друга питања од значаја за здравствену заштиту уређена су Законом о здравственој заштити који је ступио на снагу 11. априла 2019. године.⁴ У области здравствене заштите дошло је до одређених промена доношењем новог закона у овој области. Здравствена заштита обухвата спровођење мера за очување и унапређење здравља грађана, спречавање, сузбијање и рано откривање болести, повреда и других поремећаја здравља и благовремено и ефикасно лечење, здравствену негу и рехабилитацију. Друштвеном бригом о здрављу обухваћене су и особе са инвалидитетом чији је инвалидитет утврђен у складу са законом.⁵

Законом о здравственој заштити уређена су начела на којима се темељи здравствена заштита тако да све прописане одредбе морају бити усклађене са њима и тумаче се у духу начела. Начела која прокламује овај закон су следећа: начело људских права и вредности и права детета у здравственој заштити, правичности, приступачности, свеобухватности, начело континуираности, начело сталног унапређења квалитета

³Чл. 68. Устава РС.

⁴Закон о здравственој заштити („Сл. гласник РС”, број 25/19). До ступања на снагу овог закона, био је на снази Закон о здравственој заштити из 2005. године са изменама и допунама („Сл. гласник РС”, бр. 107/05...и 105/17 - др. Закон).

⁵Чл. 11. 333.

здравствене заштите и начело ефикасности. Може се уочити да је новим законом уведено ново начело које прокламује поштовање људских права и вредности кроз обезбеђивање највишег могућег стандарда људских права и вредности у пружању здравствене заштите, с тим да се посебно наглашавају права детета. Овим начелом, у складу са Уставом, посебно је истакнута здравствена заштита трудница, породиља, деце, самохраних родитеља са децом до седме године живота и старих (Види: стр. 3. овог рада).

Други значајан закон за ову област је Закон о здравственом осигурању, који уређује права из обавезног здравственог осигурања и друга питања од значаја за систем обавезног здравственог осигурања („Сл. гласник РС”, број 25/19). У овом раду укратко ћемо се осврнути на обавезно здравствено осигурање које спроводи Републички фонд за здравствено осигурање. Обавезно здравствено осигурање обухвата осигурање за случај болести и повреде ван рада и осигурање за случај повреде на раду и професионалне болести.

Обавезним здравственим осигурањем обухваћено је право на здравствену заштиту, право на накнаду зараде за време привремене спречености за рад осигураника и право на накнаду трошкова превоза у вези са коришћењем здравствене заштите. Значајне новине су уведене по питању накнаде зараде за време привремене спречености за рад осигураника. Поједина решења се могу критиковати, јер су ригорознија у односу на претходна, а правдају се уоченим злоупотребима у појединим случајевима.

3. Права пацијената

Доношењем Закона о правима пацијената („Сл. гласник РС”, број 45/13) додатно је у правном систему наше државе унапређен и ојачан положај корисника права из области здравствене заштите (Миланковић-Васовић Љ. 2013). Овим законом уређују се права пацијената, начин остваривања и заштита тих права, као и друга питања у вези са правима. Права пацијената су детаљније, јасније и прецизније уређена доношењем поменутог прописа. Једно од значајних права пацијената јесте право на доступност здравствене заштите што значи да свако има право на доступну и квалитетну здравствену заштиту, у складу са својим здравственим стањем, а у границама материјалних могућности система здравствене заштите.⁶ Пацијент има право на једнак приступ здравственој служби, без дискриминације. Прописано је да пацијент има право на поверљивост свих личних информација, док подаци о здравственом стању спадају у нарочито осетљиве податке о личности (Рајић Н, 2015).

Поменути закон, међународни документи, као и међународни стандарди, гарантују пацијенту право на добијање потребног обавештења како би могао да донесе одлуку да ли да пристане на предложену медицинску меру, јер се без пристанка пацијента не сме, по правилу, над њим предузети медицинска мера. Конвенција о правима особа са инвалидитетом признаје особама са инвалидитетом право на остваривање највишег могућег здравственог стандарда без дискриминације засноване на инвалидитету.⁷

Када су у питању лица лишена пословне способности дешавају се пропусти којима се на драстичан начин крше права када је у питању њихово учешће у доношењу одлуке о пристанку на предложену меру. Кршења права дешавала су се у случају одлучивања на рађање када су у питању жене са инвалидитетом, које су смештене у психијатријским установама, где су често предузимане мере без њиховог ваљаног информисања, учешћа у одлучивању и пристанка.⁸

Механизми заштите права пацијената, када су повређена или ускраћена поступањем запослених код пружалаца здравствене заштите (здравствене установе, приватна пракса и друга правна лица која обављају одређене послове из здравствене делатности), уведени су Законом о правима пацијената кроз саветника пацијената и образовањем Савета за здравље. Свеобухватном анализом одредби које регулишу положај ових контролних тела примећује се да не поседују делотворне мере које би довеле до санкционисања здравствених установа због начињених пропуста у раду. Сагледавајући ове одредбе може се уочити да саветник пацијената сачињава извештаје, док Савет за здравље може да даје препоруке. Здравствена установа је једино обавезна да, уз претњу новчане санкције, достави одговор о предузетим мерама из извештаја сачињеног поводом приговора. Тумачењем овог закона јасно је да пружалац здравствене услуге није обавезан да поступи по мерама.

4. Заштита менталног здравља

Заштита менталног здравља становништва је препозната као значајно питање здравствене заштите које заслужује додатну пажњу кроз

⁷ Чл. 25. Конвенције о правима особа са инвалидитетом детаљно уређује право на здравље и које је мере држава чланица дужна посебно предузети. Шире је распрострањено мишљење да сагласност за лечење подразумева информисаност, добровољност и функционалну способност.

⁸ Овим питањем бавио се Национални механизам за превенцију тортуре Заштитника грађана. Доступно на: https://npm.rs/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=89&Itemid=82&limitstart=115.

гарантовање посебних права и прописивање обавеза држави како би се ова заштита ефикасно и квалитетно спровела. Ментално здравље је у тесној вези са менталном способношћу која подразумева вештину лица да доноси одлуке у зависности од многих околности укључујући и социјалне (више о томе: Општи Коментар бр. 1 (2014) Комитета за права особа са инвалидитетом 11/2014). Бројни међународни и домаћи документи посвећују пажњу овом сегменту здравствене заштите. Србија је донела Стратегију и Акциони план развоја заштите менталног здравља („Сл. гласник РС”, број 8/07) и ратификовала Конвенцију о правима особа са инвалидитетом.⁹ После дугогодишњег чекања донет је и Закон о заштити лица са менталним сметњама („Сл. гласник РС”, број 45/13) којим су уређени поступак заштите менталног здравља, као и питања у вези са лечењем и смештајем без пристанка лица са менталним сметњама у стационарне и друге здравствене установе (Више о томе вид: Права особа са менталним инвалидитетом. књ. 3, 2014). Овај закон је, ипак, веома лоше оцењен од стране међународних тела тако да се предлаже доношење новог закона, с обзиром на његове бројне недостатке којима се ова осетљива група грађана доводи у неповољан положај и не постиже се њихова пуна заштита и једнакост у друштву¹⁰

Стратегијом развоја заштите менталног здравља предвиђен је приоритет у процесу организације служби за ментално здравље. Према овом стратешком документу особе са менталним сметњама морају бити укључене у процес заштите менталног здравља. У установама у којима није формирано тело као што је *савет пацијената*, надлежно тело за мониторинг ових установа и спречавања тортуре и сличних понашања упућивао је препоруке.¹¹

У складу са принципима стратегије о менталном здрављу, службе за ментално здравље треба да пруже лечење које подразумева био-психосоцијални приступ и које треба да се одвија у заједници, што је могуће ближе породици оболеле особе. Иако је оснивање служби за ментално здравље предвиђено стратешким документима, ове службе нису

⁹ Требало би да се донесе нова Стратегија заштите менталног здравља пошто су рокови за спровођење претходне протекли. Надлежно министарство за послове здравља треба да учини доступним јавности извештај о спровођењу ове стратегије и акционог плана.

¹⁰ Закључна запажања о Иницијалном извештају о Србији Комитета за права особа са инвалидитетом, 2016).

¹¹ Током мониторинга Националног механизма за превенцију тортуре Заштитника грађана утврђено је да су само у појединим психијатријским установама организована тела као што је Савет пацијента, које учествује у доношењу одлука које су важне за боравак и лечење пацијената у болници. Доступно на: https://npm.rs/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=89&Itemid=82.

реализоване у превиђеном року. Основано се поставља питање колико је заиста у пракси дошло до рационализација служби у секундарним и терцијарним психијатријским институцијама или је само дошло до премештања пацијената из једне установе у другу.¹²

С друге стране, ванинституционална заштита је и даље неразвијена и лоше организована, а један од разлога који се помиње јесте лоша и недовољна сарадња између надлежних органа задужених за овај процес и недостатак финансијских средстава услед рестриктивне фискалне политике. Анализом стања у пракси уочило се да су поједини пацијенти дужи низ година остајали у психијатријским установама, јер нису имали решено социјално питање. Као што смо и указали, долазило је до кршења права ових пацијената на обавештеност и на њихово пуно укључивање у доношење одлуке о избору медицинске мере (Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2017. годину: 64). Приметно је у пракси, што је уочио и Комитет за права особа с инвалидитетом, да се особе са менталним сметњама смештају без пристанка у психијатријске установе, да се присилно смештају деца и одрасли са менталним сметњама у овакве институције. Уочени проблеми у овим установама од надлежних тела су: недостатак броја запослених, посебно медицинског особља, медицинско-техничких помагала, претерана употреба лекова и ускраћивање адекватног медицинског третмана, као и неједнак третман пацијената.¹³

У контексту остваривања права, треба поменути да је Заштитник грађана утврдио да су међу лицима лишеним слободе најугроженији они који су лишени слободе у психијатријским установама и установама социјалне заштите домског типа. Утврдио је да процес деинституционализације отежава и недовољан број центара за ментално здравље у локалним заједницама који би преузели бригу о пацијентима након завршеног хоспиталног лечења (Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2017. годину: 58).

5. Поједини проблеми у пракси приликом остварења права у области здравља

Приликом примене прописа у области здравствене заштите појавили су се у пракси одређени системски проблеми чије је решавање захтевало укључивање низа чинилаца и фактора. Поједини од ових проблема су

¹² Годишњи извештаји Заштитника грађана, доступно на: <https://www.ombudsman.rs/index.php/izvestaji/godisnji-izvestaji>.

¹³ (Закључна запажања о Иницијалном извештају о Србији Комитета за права особа са инвалидитетом: 2016).

успешно решени, једни се постепено решавају, док се други занемарују и одлаже њихово решавање уз разне изговоре. Познато је да су се до доношења наведених нових закона у овој области пацијенти најчешће жалили на дуго чекање на заказивање прегледа. У последњим годинама, посебно од увођења програма ИЗИС, као један не тако занемарљив и небитан проблем у функционисању здравства појавио се у виду немогућности пријема код лекара специјалисте у прописаном року.¹⁴

Грађани су у овим случајевима могли да се обрате саветницима за заштиту права пацијената који су помагали грађанима да врате новац којим су платили специјалистички преглед, уколико у државној установи нису добили термин за преглед у прописаном року. Поводом овог проблема, реаговао је и Заштитник грађана упућивањем препоруке ради отклања пропуста у раду надлежних органа управе.¹⁵

Један од великих проблема у овој области, коме није довољно посвећена пажња од надлежних органа, јесте кршење података о личности чија се обрада може уређивати искључиво на основу закона, у складу са Уставом. Према Закону о раду надлежна министарства дужна су да донесу нови правилник који би уредио начин и садржину потврде о спречености за рад.¹⁶ Потврде о спречености за рад, као и дознаке, садрже нарочито осетљиве податке о личности, као што је дијагноза болести и шифра што представља потезијалну могућност продора у приватност запосленог и настанка озбиљних последица по њега.¹⁷ Иако је Закон о раду донет 2005. године, нови правилник није донет и поред тога што је Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података личности 2013. године указао надлежном министарству за рад на овај и читав низ проблема које је нужно решити што пре.¹⁸

¹⁴ Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2016: 216

¹⁵ Доступно на: <https://www.ombudsman.rs/index.php/2012-02-07-14-03-33/5521-zb-gr-pr-pus-rfz-p-ci-n-inji-n-guc-n-r-fund-ci-r-sh-v>.

¹⁶ Закон о раду („Сл. гласник РС“, бр. 24/05...95/18 - аутентично тумачење),чл. 103. и 277. ст. 1. тач. 3.

¹⁷ Важећи Правилник о начину издавања и садржају потврде о наступању привремене спречености за рад запосленог у смислу прописа о здравственом осигурању објављен је у Службеном гласнику под бројем 1/2002.

¹⁸ Доступно на: <https://www.poverenik.rs/sr/press-releases-and-publications/2312-potvrde-o-privremenoj-sprečenosti-za-rad-problematicne-sa-stanovista-zastite-podataka-o-licnosti.html>.

Као један од битних проблема у овој области који је у тесној вези са остваривањем права на здравствену заштиту јесте неприступачност објеката установа и служби здравствене заштите.¹⁹

Као један од примера можемо навести и ситуацију у пракси да још увек нису основане социјално-здравствене установе или посебне социјално-здравствене организационе јединице у оквиру установа социјалне заштите, односно у оквиру здравствених установа, иако је ова могућност додатног ојачања положаја ове групе грађана предвиђена законским одредбама још 2011. године. У контексту формирања ових установа, иако је Законом о социјалној заштити уведена обавеза министрима надлежним за социјалну заштиту и здравље да пропишу стандарде за пружање услуга у овим установама, до тога није дошло.²⁰ Као један од разлога неформирања оваквих установа могу да буду мере штедње, односно ограничена буџетска средства услед чега није било могуће обезбедити средства и за ове намене.

Комитет за права особа са инвалидитетом уочио је проблем око недовољне идентификације и интервенције код деце особа с инвалидитетом. Такође је уочио и проблем органичног приступа здравственим услугама особа са инвалидитетом, нарочито приступа услугама у вези са сексуалним здрављем и репродукцијом. Осим тога, Комитет је запазио и проблем недовољне обучености здравствених радника за пружање неге особама са инвалидитетом и неприступачности здравствених услуга и у том смислу упутио је препоруке²¹.

6. Контрола спровођења здравствене заштите

Закон о здравственој заштити уређује проверу квалитета стручног рада здравствених установа, другог правног лица, приватне праксе, здравствених радника и здравствених сарадника, као и надзор над радом ових установа, односно инспекцијски надзор.²² Према Закону о правима пацијената пацијент има право да поднесе приговор здравственом раднику који руководи процесом рада или директору здравствене установе, односно оснивачу приватне праксе или саветнику за заштиту права пацијената.²³

¹⁹ Заштитник грађана је промовисао „Мапу приступачности“. Доступно на: <https://www.osobesainvaliditetom.rs/>

²⁰ Чл. 60. Закона о социјалној заштити („Сл. гласник РС“, број 24/11). Одредбе овог члана требало је да почну да се примењују од 1. јануара 2012.

²¹ Закључна запажања Комитета за права особа са инвалидитетом о Иницијалном извештају Србије, 2016).

²² Чл. 187-188. ЗЗЗ.

²³ Чл. 30. ЗПП.

Такође, овде је значајно напоменути да постоје органи који су ван система здравствених установа и њихових оснивача, а контролишу поштовање и остварење права грађана у овој области попут независних органа, свако у својој надлежној области, попут Заштитника грађана.

У том контексту овде ћемо се кратко осврнути на један пример из праксе када је заштита права из области здравља остваривана пред Уставним судом Србије. Уставни суд представља додатну заштиту и контролу органа јавне власти по питању заштите људских права кроз оцену уставности и законотости општих аката.²⁴ Подсетимо се да је 2011. године уведена одредба у наш правни систем да се под повредом на раду не подразумевају професионална обољења, као и повреде при доласку, односно повратку са посла. Том променом је дошло до повреде права из области здравља и смањења достигнутог нивоа загарантованих права грађана и повреде међународних аката и опште прихваћених међународних правила, о чему се Уставни суд Србије изјаснио у својој одлуци.²⁵ Ова спорна одредба је уз помоћ Уставног суда уклоњена из нашег правног система.²⁶

7. Закључак

Анализом прописа може се приметити да је Уставом Србије, потврђеним међународним актима и општеприхваћеним правилима међународног права препознато право на здравље, његова реализација и механизми заштите. Свеобухватно гледајући када је у питању примена права на здравље у пракси, не може се потврдити да се она у пуном обиму остварује и штити пред надлежним органима у нашој држави. Додатно ускраћивање и угрожавање права на здравље, може се приметити кроз покушаје нормирања неких нових решења којима се достигнути ниво овог права умањује под утицајем или под изговором економске кризе и мера штедње предузетих на свим нивоима власти, а које посебно погађају осетљиве групе грађана. Такође, може се констатовати да разлози за недоношење подзаконских аката нису оправдани и представљају класичан пример недостатка и лоше сарадње између надлежних органа јавне власти, као што је то случај нпр. код уређења социјално-здравствених установа. Веома озбиљан проблем који постоји у пракси представља чињеница да није увек донет нови правилник који би уредио питање начина издавања и

²⁴ Вид: чл. 194. Устав РС.

²⁵ ИУз-314/11 од 18. октобра 2012. Сл. гласник РС, бр. 110/12.

²⁶ Одредба чл. 33. ст. 5. Закона о здравственом осигурању („Сл. гласник РС”, бр. 107/05, 109/05 - испр. и 57/11) престала је да важи на основу Одлуке УС ИУз број 314/11 од 18. октобра 2012, објављене у „Сл. гласнику РС”, бр. 110/12 од 20. новембра 2012.

садржине потврде о наступању спречености за рад. Примена постојећег правилника у пракси доводи до драстичног кршења права пацијената, јер подаци о здравственом стању представљају осетљиве податке о личности пацијента. Подсећамо да је 20. августа 2019. године ступио на снагу нови Закон о заштити података о личности који детаљније и ригорозније регулише област података о личности.

У међувремену су донети нови закони у области здравља, који предвиђају доношење подзаконских аката у одређеном року. Сагледавајући ове одредбе закона, аутор је мишљења да су остављени рокови за доношење подзаконских аката предуги те да их је требало истовремено припремити са доношењем закона ради њихове ефикасније имплементације.

Значајно постигнуће државе на унапређењу положаја особа са инвалидитетом у области здравља огледа се у доношењу Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом. Међутим, поједине законе је неопходно изменити, уважавајући препоруке Комитета за права особа са инвалидитетом, како би се спречио смештај особа са менталним сметњама без пристанка у психијатријске установе, присилан смештај деце и одраслих са менталним сметњама у институције.

Доношење Закона о правима пацијената је значајна прекретница у области здравствене заштите. Међутим, познато је да није довољно да законодавац загарантује права грађана већ је потребно и њихово спровођење у пракси кроз успостављен ефикасан и делотворан систем контроле и заштите у овој области. Из искустава у разним областима, показало се да је најефикасније спровођење уведених новина и пожељних етичких понашања, едукација кроз добро организоване и редовне обуке медицинског особља, брига о њиховом професионалном и личном развоју како би се обезбедила мотивисаност и квалитет рада подигао на виши ниво. Потребно је више превентивно деловати и у области здравствене заштите како би се спречиле или свеле на што мањи број могуће злоупотребе законских решења. Законодавац није адекватно дефинисао положај контролних тела чија је улога да штите пацијенте и посредују између пацијената и медицинског особља, а пре свега да спрече судске спорове који би се водили због повреда права пацијената.

Иако је прописана загарантована партиципација особа са инвалидитетом у доношењу одлука по питању лечења и примене медицинских мера, потребно је обезбедити све услове неопходне за пуну примену овог у пракси, укључујући и његову промоцију ради упознавања особа са инвалидитетом и њихових породица о правима и њиховој заштити.

Једна од битних замерки стручне јавности јесте лоше спровођење процеса „деинституционализације“, који осим здравственог, између осталог, у великој мери подразумева и социјални аспект. Неопходно је да се формирају службе за ментално здравље у заједници што би допринело смањењу броја корисника који се налазе у великим и безусловним психијатријским установама. Потребно је створити и друге предуслове за остварење права на здравствену заштиту попут приступачности објеката здравствених установа.

Сагледавајући правну регулативу, стање у пракси и примени и настале последице у области здравствене заштите, може се закључити да се наша држава постепено удаљава од система здравствене заштите заснованог на принципу солидарности и једнакости у овој области. Посебно у тешком положају налазе се особе са инвалидитетом када је у питању остварење права на здравље.

Примена нових закона у овој области показале временом кроз праксу која су новоуведена правила корисна и добра, а која доводе до проблема у примени. Понекад је погрешно да се поједини проблеми у пракси до којих долази због злоупотребе појединих законских решења од појединих осигураника или других учесника у овом процесу решавају кроз измене постојећих законских решења. Такве злоупотребе у пракси треба спречити делотворном контролом и оштрим санкцијама које би превентивно деловале на све потенцијалне виновнике.

Литература

Миланковић-Васовић Љ. (2013). *Здравствена заштита и права пацијената*. Београд: Интермех

Пријић, Т. (2012). Процена радне способности и могућности запослења или одржавања запослења особа са инвалидитетом. *Правни живот: часопис за правну теорију и праксу*. 1.1. 587-599.

Права особа са менталним инвалидитетом. Књ. 3, (2014). У сусрет новим правним правилима. *Зборник радова на конференцији*. У. Гајин С. Београд : Центар за унапређивање правних студија.

Рајић, Н. (2015). Заштита података о личности и остваривање права из области здравствене заштите – Анализа Одлуке Уставног суда. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/15. (797-812).

Рапајић М. (2015). Економска и социјална права у Уставу Србије, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2015. 273-298.

Стојановић, В. (2017). Положај особа са инвалидитетом у међународним документима и домаћем законодавству. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 1974.14.193-206.

Устав Републике Србије, Службени гласник РС“, бр. 98/06.

Универзална декларацијом о људским правима из 1948.

Закон о ратификацији Конвенције о правима особа са инвалидитетом („Службени гласник РС - Међународни уговори“, бр. 42/09.

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом „Службени гласник РС“, бр. 33/06 и 13/16.

Закон о здравственој заштити, „Службени гласник РС“, број 25/19.

Закон о здравственом осигурању, „Службени гласник РС“, бр. 25/19

Законом о правима пацијената „Службени гласник РС“, бр. 45/13.

Закон о социјалној заштити „Службени гласник РС“, бр. 24/1.1

Стратегија и Акциони план развоја заштите менталног здравља 2007. године „Службени гласник РС“, бр. 8/07.

Одлука Уставног суда Србије бр. ИУз-314/11 од 18. октобра 2012, „Службени гласник РС“, бр. 110/12.

Општи Коментар бр. 1 (2014) Комитета за права особа са инвалидитетом 11/2014. Преузето 31. 1. 2019. <http://www.ljudskaprava.gov.rs/sh/node/19868>.

Закључна запажања о Иницијалном извештају о Србији Комитета за права особа са инвалидитетом 2016, које је усвојио на седници 267. одржаној 21. 4. 2016. Преузето 31. 1. 2019. <http://www.ljudskaprava.gov.rs/sh/node/19868>.

Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2016. годину. Доступно на: <https://www.ombudsman.rs/index.php/izvestaji/godisnji-izvestaji>.

Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2017. годину. Доступно на: <https://www.ombudsman.rs/index.php/izvestaji/godisnji-izvestaji>.

www.zastitnik.rs.

MSc Dragana Petković,

Senior advisor,

Protector of Citizens of The Republic of Serbia

THE RIGHT TO HEALTH – LEGAL REGULATION AND APPLICATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Considering the positive law, perceived problems and obstacles in the realization of health care in Serbia, as well as the consequences in practice, it can be concluded that the legal framework in Serbia is quite regulated and harmonized with the legislation of the European Union countries. The guaranteed right to human dignity is also reflected in the guarantee of the right to health. However, when regulating the legal framework and its harmonization with the legislation of the more developed countries it is necessary to foresee and provide financial means and remove perceived obstacles that may lead to their non-impementation. In a particularly disadvantageous situation, when it comes to achieving this guaranteed right, there are people with disabilities because they face numerous and more complex problems. Persons with mental disabilities are in a particularly difficult position within this group. We emphasize in particular that it is necessary to amend the health legislation to comply with the Convention on the Rights of Persons with disabilities, respecting the recommendations of the Committee on the Rights of Persons with disabilities and other bodies for the protection of human rights.

Without adequate analysis of the situation in practice and studying the consequences, getting to know and training of all participants in the process, there is no talk of establishing a valid system or mechanism for quality implementation of certain health measures and actions.

Keywords: *right to health care, persons with disabilities, mental health, patients'right, discrimination.*

**ПРАВО И ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ -
Кривичноправна област**

LAW AND SOCIAL CHANGE - Criminal Law

Prof. Olga Koshevaliska, LL.D.*
Associate Professor,
Faculty of Law, University Goce Delcev - Shtip,
Republic of North Macedonia

UDK: 343.26-055.2(497.7)
343.8-055.2(497.7)
343.91-055.2(497.7)

Doc. Elena Maksimova, LL.D. **
Assistant Professor,
Faculty of Law, University Goce Delcev - Shtip,
Republic of North Macedonia

THE PROFILE OF FEMALE OFFENDERS SENTENCED TO IMPRISONMENT IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA***

Abstract: *This paper focuses on gender as a very important characteristic of the criminal offender, which necessarily calls for a different approach to analysis of criminal conduct, prediction and prevention of crime. In order to provide a comprehensive research on this matter, it is necessary to distinguish the important characteristics of female offenders and to discuss other parameters that are linked to the primary one. Biological, psychological, social, socio-cultural and, to a large extent, economic determinants have different implications on one's mental development. In terms of gender, there is also a range of various external impacts. Age, education, employment status, marital status, association (etc.) are the key parameters that require a detailed analysis in order to distinguish certain characteristics of criminal offenders, to establish models of behaviour for prediction purposes, and to provide efficient prevention measures. The analysis presented in this paper refers to the criminological characteristics of female criminal offenders who have been sentenced to imprisonment in the Republic of North Macedonia. The research addresses four basic fields of interest: general criminological characteristics of female offenders sentenced to imprisonment, their prior victimization, recidivism, and treatment in prison. By answering these questions, we may contribute to profiling the female perpetrators convicted for the commission of serious*

* e-mail: olga.gurkova@ugd.edu.mk

** e-mail: elena.ivanova@ugd.edu.mk

*** This paper has already been presented under the same name at the international scientific conference held on Faculty of Law in Nish, R. Serbia, in may 2019.

crimes, and establish the reasons for being sentenced to imprisonment. It would be a huge step forward in understanding and preventing crimes committed by woman.

Keywords: *woman, perpetrator, imprisonment, prevention, gender, victimization, recidivism.*

Introduction

We live in a society that is tailored according to the needs of the man, and driven by competitiveness, performance, success and self-confidence. For this reason, criminality has for years been perceived only as a "male craft", mostly because of the physical and psychological predispositions distinguishing men from women. Having in mind the women's sensitive nature and physical fragility, in criminology women are generally perceived as secondary perpetrators of criminal acts.

By the 1970s and 1980s, the theoretical study of criminality was mainly based on male perpetrators of crimes as primary offenders, whereas the so-called female criminality was regarded as a subspecies of criminality and criminal activities, which was not examined as a separate area of study. The traditional theories about the criminality of women were based on the existence of a personal disorder and the emotional inadequacy of the individual. The overall explanation for the low degree of revealed criminal activity among women, at the time, was related only to their specific biophysical features¹ or, later on, to the socio-cultural role² that woman has. Thus, the women who are registered as perpetrators have been exposed to dual conviction: by courts and by society as a whole. From the perspective of the society and the courts, these women have crossed both social and gender boundaries.

The more recent feminist movements and researches in terms of criminology leave their own impact in this field. They emphasize the need for a separate study on the criminality of women, which is often (quite wrongly) referred to as "feminist criminology". However, as women's involvement in criminal activities gradually increases, criminal statistics worldwide show a trend of increase and greater presence of women in all types of crime. This also raises certain issues, such as: are there some specificities in women's criminality, viewed from the aspect of gender differentiation? Is there a need for a separate and different treatment of women who committed a crime? If so, is there a need for distinct approach to prevention? In particular, what are the main motives that trigger women's antisocial behavior that can lead to imprisonment, and what are the specific manifestations of such conduct?

Bearing in mind the scientific influence from abroad and the development of research in this field all over the world, there is a scientific basis and a need for a more detailed study and deeper understanding of the criminal behavior of women in our country as well.

All estimates on women's participation in the total crime rate have proven to be incorrect, particularly having in mind that the women do not perform all the crimes which are committed by men, nor are women crimes committed with the same intensity. Over the years, women representation has been mostly concentrated in certain categories of crimes. Therefore, it is considered that the criminality of women will continue to increase in those crimes that women are more likely to be involved in and which are most consistent with the traditional gender norms, whereas women's participation would be reduced or would be low in the crimes that go hand in hand with traditional norms and which women are less likely to participate in (Schwartz, Steffensmeier, 2008: 65)

However, we must say that men and women nowadays increasingly play non-traditional roles and, accordingly, it is more and more difficult to predict the increase or decrease in criminality rate in general. Traditional stereotypes maybe limit women's engagement in criminal activity but many researchers are inclined to point out that the rate of female crime will increase in the long run as a result of the atypical role of women today and their approach to the male role. However, the preservation of the traditional women's role and living under the stereotypes did not prove to be so positive in terms of women's engagement in crime. Wives who play such traditional roles in patriarchal families are also at risk, not just from victimization but also from committing violent crimes, which often have fatal consequences. Moreover, emotionally subordinate women are much more susceptible to criminological manipulation by men, which makes them accomplices in crime. So, given the parameters that contribute to women's criminality and the dismal estimates, we consider that the study of crimes committed by women, as well as their predispositions to become female offenders, are essential for further successful projection of the crime rate in our country (and in general), the manner of committing specific crimes and, above all, the successful suppression and prevention of crime.

1. Female Perpetrators in the Republic of North Macedonia

The participation of women in the overall crime in the Republic of North Macedonia is not very different from their low representation in global terms. From today's point of view, the established 10-20 % participation of women in crime at the global level can even be said to be far from the actual situation in the Republic of North Macedonia. Namely, before the independence, the

criminologists who researched this issue emphasized a significantly lower participation of women in the total percentage of committed crime as compared to men, recording inter alia a notable downward trend in crimes committed by women. Thus, Sulejmanov noted that in 1973 women's participation in crime was 16.6%, whereas the official statistics of the Socialist Republic of Macedonia in 1984 registered a share of 13.0% of woman's participation in the total crime rate (Sulejmanov, 2009:55). However, even then, woman's criminality ranged within the determined limits of 10% - 20% participation.

In order to examine the current situation and capture the essence of phenomenology of women's crime, it is necessary to provide a statistical overview of women's representation in the total number of crimes committed in Macedonia in the period from 2005 to 2017, and thus determine the trends of women's criminality in the period under observation.

Accused and convicted adult women in the Republic of Macedonia 2005-2017			
year		accused	convicted
2005	total	10639	8845
	female	789	574
2006	total	11317	9280
	female	837	560
2007	total	11648	9639
	female	922	622
2008	total	11310	9503
	female	945	635
2009	total	11905	9801
	female	1022	695
2010	total	11239	9169
	female	957	669
2011	total	12219	9810
	female	1037	661
2012	total	11311	9042
	female	949	624
2013	total	12297	9539
	female	1105	701
2014	total	13699	11683
	female	1372	1126
2015	total	11951	10312
	female	1182	865
2016	total	9320	8172
	female	868	723
2017	total	7423	6273
	female	677	550

Table no. 1: Accused and convicted adult women in the Republic of Macedonia 2005-2017

Source: State Statistical Office of Republic of Macedonia (2005-2017)

In 2005, there was a notable difference between the initial 7% share of the adult women's participation in the total crime, as compared to 93% of male participation. However, we cannot neglect the slight upward trend in the analyzed period. Namely, when compared to the data from the period prior to the independence of the FRY Macedonia, there is a slight increase in the participation of adult women perpetrators in the total crime rate in the period from 2005 to 2017. Although their participation is not greater than 10% in the last research period, there is an increase of up to 9%.

Analyzing the participation of women in total crime committed between 2005 and 2017, we can notice the greater presence of women in some groups of crime than in others. In the tables given below, we present some of the crime groups, where women's share is notable and greater than in others.

Accused persons 2005-2017										
	total	female	female							
			Crimes against life and body	Crimes against property	Crimes against traffic safety	Crimes against legal trans-actions	Crimes against official duty	Crimes against marriage, family and youht	Crimes against public finances, payment operations and economy	Crimes against honor and reputation
2005	10639	789	85	204	67	53	38	58	48	89
2006	11317	837	81	220	81	57	34	70	43	95
2007	11648	922	78	230	119	76	33	69	44	111
2008	11310	945	71	238	117	59	83	70	46	125
2009	11905	1022	96	318	124	65	76	55	28	109
2010	11239	957	99	289	103	72	48	65	34	121
2011	12219	1037	89	285	110	81	109	69	35	113
2012	11311	949	91	266	95	61	77	61	41	113
2013	12297	1105	102	368	110	45	68	69	58	144
2014	13699	1372	122	376	115	431	68	68	52	8
2015	11951	1182	91	440	82	162	59	67	41	3
2016	9320	868	80	398	80	34	43	62	39	/
2017	7423	677	80	285	70	16	37	58	26	/

Table no. 2: Accused persons 2005-2017

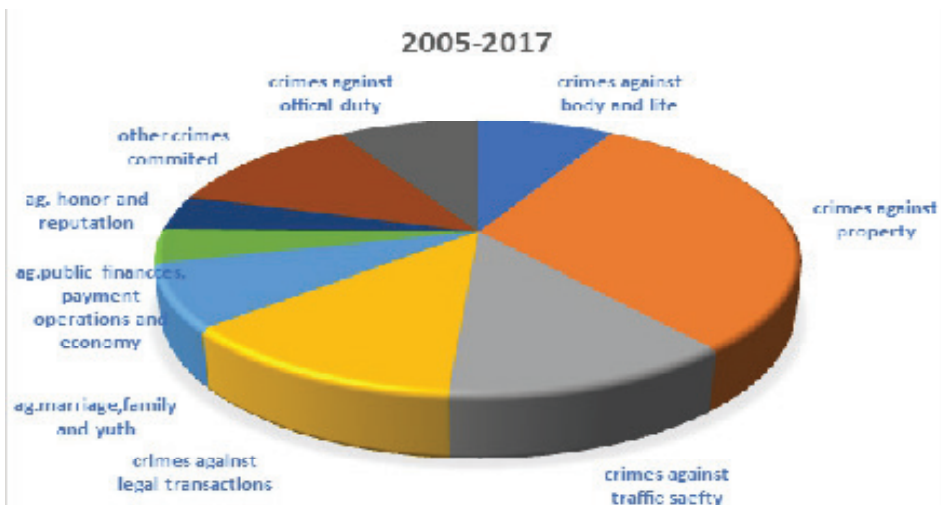
Source: State Statistical Office of Republic of Macedonia (2005-2017)

Convicted 2005-2017										
	total	female	female							
			Crimes against life and body	Crimes against property	Crimes against traffic safety	Crimes against legal transactions	Crimes against official duty	Crimes against marriage, family and youth	Crimes against public finances, payment operations and economy	Crimes against honor and reputation
2005	8845	574	60	183	51	42	19	53	42	45
2006	9280	560	52	139	70	48	14	61	26	53
2007	9639	622	34	179	104	65	18	59	27	39
2008	9503	635	40	196	106	47	35	53	34	45
2009	9801	695	61	243	114	50	23	45	19	38
2010	9169	669	62	229	95	63	21	58	24	38
2011	9810	661	50	213	97	63	28	56	28	30
2012	9042	624	63	189	83	47	32	48	25	37
2013	9539	701	55	286	104	36	27	53	44	5
2014	11683	1126	63	289	105	414	46	56	38	/
2015	10312	865	61	352	71	142	43	64	34	/
2016	8172	723	59	353	78	23	19	58	32	/
2017	6273	550	42	258	63	15	21	53	19	/

Table no. 3: Convicted persons 2005-2017

Source: State Statistical Office of Republic of Macedonia (2005-2017)

Thus, in relation to the total percentage of women’s participation in crime, women’s participation in certain groups of crimes in the period from 2005 to 2017 looks like this:



Source: Official annual publications of the State Statistical Office (2005-2017), processed, selected and summarized data

Referring to the types of crimes committed by women, presented in the tables and the graph above, we singled out the most specific groups of crimes involving the participation of women in the Republic of Macedonia. Notably, in the entire research period (2005-2017), we can constantly observe the highest number of crimes against property committed by adult women and juvenile perpetrators, as well as an increase in the commission of property-related crimes throughout the period under observation.

According to the statistics provided in the analyzed publications issued by the State Statistical Office (SSO) of the Republic of Macedonia³, within the group of crimes against property, adult women are mostly the perpetrators of *burglary and theft*. Such data are not very surprising, particularly considering the unfavourable economic situation at the global level, the weak state economy and the sharp division into the high and the low class, and the absence of the middle class. So, we can agree with Sulejmanov's stance that the largest percentage of property-related crimes is caused by capitalism; they are committed either as a means of survival or as a result of the sense of injustice that demoralizes the individual. The rich are also not immune from committing crimes but their motives are different, arising from the power and social erosion of morale in the bourgeois society; these cases rarely come to court. On the other hand, the poor commit crimes through which they can easily acquire some means of subsistence, and they are most frequently the ones that enter the official criminal statistics. Crime flourishes in poor, remote, and unsafe districts, in the environments of overpopulation, poverty and economic endangerment, where one's existence is threatened by a lack of money and means of life, social schism, endemic discrimination in all relations and on different grounds (Arnaudovski, 2004/2005: 54). These circumstances are reflected in the development of woman's mental structure in general, as well as in woman's decision to resort to illegal action, which is the starting point of her transformation into a perpetrator. Throughout the observed period, pick-pocketing and mugging were the most common forms of property-related crimes committed by women⁴. As perpetrators, women usually work in pairs; one of them creates a situation for "paging" while the other does the work. We often come across articles about women who cheat potential buyers of products they allegedly offer, smoothly enter into their homes under false pretenses and, eventually, commit theft. Less

³ The analysed SSO publication are: "Perpetrators of crimes" in the period from 2005 to 2015 and "Women and Men in Macedonia (year)" in the period from 2005 to 2015, State Statistical Office of Republic of Macedonia 2005 - 2015

⁴ Sulejmanov noted that "pocket-theft" implies fast, skillful and imperceptible taking of money from one's pocket or women's bag, and quickly fleeing from the scene. This "craft" has been perfected and modernized over the year (Sulejmanov, 2009: 438)

frequent, but still present, are cases where women appear as perpetrators of criminal fraud and electricity or heating gas theft.

Although women are still significantly less present in professional roles than men, they are also prone to committing criminogenic acts in the workplace. It must be noted that this kind of criminality, professional (white-collar) crime, may be particularly difficult to detect, regardless of whether the leading position is taken by a man or a woman. The absence of an active victim objectively contributes to a very rare activation of the mechanisms of persecution, whereby the dark figure is extremely high, both at the national and global level. Emancipation, however, did not go very far in this regard. When it comes to professional crimes, man is almost always perceived as the primary perpetrator, for the reason that he is most often the one who is entrusted with the power and finances. Despite the impressive lower representation of women as perpetrators of these criminal offenses in the Republic of Macedonia, the determined percentage of female participation in the total number of recorded crimes is not different from what has been said so far. Namely, over the years under observation, women's participation in the commission of these crimes ranged from 10% to 20%, with minor oscillations from year to year. They are mainly involved in falsifying money or documents, but it is not constantly present throughout the observed period; actually, such cases are extremely rare. According to the data issued by the State Statistical Office, when it comes to the crimes against public finances, payment operations and the economy, women are most often convicted of committing the crime of *tax evasion*. They are also less represented among the perpetrators of *counterfeiting money or money laundering and other proceeds from a criminal offense*. From the group of criminal offenses against official duty, most female perpetrators were convicted of *misuse of official position and authorization*, while a smaller number of women were convicted of *falsifying an official document, and receiving a bribe* (SSO, 2005-2017).

Prior to introducing the key amendments to the Criminal Code of the Republic of Macedonia, concerning the group of criminal offenses against honor and reputation and decriminalization of certain crimes, a large percentage of women's participation in criminal activities involved the commission of *defamation* and *insult*. When it comes to the group of criminal acts against the traffic safety, women are mostly involved in the commission of the criminal offence of *endangering the traffic safety* and crimes against life and body, where the highest percentage of offences pertains to causing *bodily injuries*. In the Republic of Macedonia, the recorded percentage of women's participation in the commission of homicides or murders, as the mostly serious crimes from this group of criminal acts, is not large. Women in our country are twice as likely to be victims of the crime of murder, rather than perpetrators, which is also the case

in many other jurisdictions worldwide. However, given the fact that the criminal act of murder is one of the crimes that entails a sentence of imprisonment, it is in our interest to observe the occurrence of this crime among the adult population in Macedonia, with specific reference to women's participation in the commission of this crime, so that we could explain, predict and prevent such behavior. In that context, Table 4 shows the selected, processed and summarized data from the annual publications of the State Statistical Office issued in the period from 2005 to 2017.

Statistical review of data on the criminal act of "murder" (Article 123 of the Criminal Code of the Republic of Macedonia)				
Year	<i>Accused adults</i>		<i>Convicted adults</i>	
	total	female	total	female
2005*	47	2	35	/
2006	51	5	36	3
2007	42	1	36	/
2008	40	2	32	1
2009**	52	1	49	1
2010	35	3	31	2
2011	44	2	35	1
2012	45	2	37	2
2013	38	4	30	2
2014	39	/	32	/
2015	43	3	32	3
2016	33	/	28	/
2017	25	1	20	1

Table no. 4: Statistical review of data on the criminal act of "murder"

*Source: Official annual publications of the State Statistical Office (2005-2017),
processed, selected and summarized data*

*According to the State Statistical Office data for 2005, one adult woman was accused and convicted for the criminal act of manslaughter (Article 125 of the CC of the Republic of Macedonia), and one woman was convicted for murder from negligence (Article 126 from the CC of the R. Macedonia).

**According to the State Statistical Office data for 2009, three adult offenders were recorded to have committed the criminal act of manslaughter (Article 125 of the CC of the R. Macedonia), two of whom were women.

2. The Sentence of Imprisonment for Women in the Republic of Macedonia

2.1 General remarks and comparative view

Regarding the penitentiary situation in Macedonia, we can say that it is a true exemplar of recommendations that are constantly issued by all world organizations. The risk of violating a woman psychological and/or physical integrity begins and may be especially drastic at the most sensitive stage – detention. Thus, we consider that everything that needs to be done to improve the life of women in jail must start and be applied at the very beginning.

Macedonia has four detention units which detained woman may be referred to. These departments are part of the prisons in Bitola⁵, Prilep⁶, Skopje⁷ (Shuto Orizari) and Tetovo⁸.

In the state that has a penitentiary capacity of eleven penitentiary institutions, the Idrizovo Penitentiary is the only penitentiary institution that has the conditions enabling female prisoners to serve their sentences. Female prisoners from all over the Republic of North Macedonia, who are sentenced to imprisonment or juvenile imprisonment (irrespective of the imposed sentence) serve their sentences here. The female section is physically detached from the male section. The female detainees are accommodated in separate rooms in the detention units in semi-open prison facilities. Idrizovo Prison is the only penitentiary for serving the sentence of life imprisonment for both men and women, as well as for foreign nationals and stateless persons of both sexes.

The existence of only one facility where women can serve prison sentences is not in accordance with the Bangkok Rules⁹. Namely, according to Article 4 of these rules, the prison should be located near the convicted offender's home or rehabilitation center in order to enable one's regular social contact with the family, which is particularly important for reintegration and social inclusion after serving the sentence. Given the current arrangement, women in the Republic of Macedonia are prevented from regular contact with the family, which makes

⁵ <http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis03>

⁶ <http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis04>

⁷ <http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis07>

⁸ <http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis10>

⁹ UN Resolution 2010/13, United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules), adopted by the UN General Assembly on 21 December 2010, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ENG_22032015.pdf

it difficult to serve their prison sentence and has a destructive effect on the treatment itself, thereby reducing the success rate of reintegration treatment. This is also a problem in all the countries in former Yugoslavia.

In the Republic of Serbia, there is only one penitentiary institution for female prisoners that is located in Požarevac. The Serbian Victimological Society emphasizes that prisons are built for men and that the specific needs of women are totally neglected (Ćopić, Šaćiri, 2012: 26). Thus, it is impossible for the prisoners to maintain regular contact with the family due to physical distance, which is considered unacceptable and negative for the treatment and overall resocialization of female convicts. For many years, the overall picture of the penitentiary establishment has been evaluated as being far from satisfactory, which is recognized as a problem by the authorities, which announced renovations. Although the evident increase of female prisoners in Serbia has been observed over the years, they still constitute a very small percentage of the total prison population, which has not led to the development of more detention centers across the country. According to data from the Ministry of Justice of the Republic of Serbia, between 2005 and 2013, women made up only 3% of the total prison population in the country.¹⁰

The Republic of Croatia has been facing the same problem detected in North Macedonia and in Serbia, which also entails non-compliance with Article 4 of the Bangkok Rules. Namely, Croatia also has only one penitentiary institution in Požega where female prisoners can serve their sentences but the conditions in the female penitentiary in Croatia are slightly better than the ones found in Serbia and in North Macedonia. Architectural conditions are not ideal, but are they are far better; it may also be said about the methods of treatment, which are particularly diverse and accepted by women there. The closed section is said to be in need of reconstruction, but the architectural arrangement is considered to be a solid (Babić, Josipović, Tomašević, 2006:13).

The Republic of Montenegro, being a significantly smaller country with just over half a million people, is expected to have only one facility where female convicts can serve their prison sentences. The female prison in Spuž (Spuzh) is completely physically separated from all other pavilions in the penitentiary, which fulfills the legal presumptions based on gender¹¹ for serving a separate prison sentence. An observations made on penitentiary facilities in Montenegro

¹⁰ Annual reports on work of the Sanctions Administration for the years 2005-2013 <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/cr/articles/izvestaji-i-statistika>;

¹¹ Zakon o izvršenju krivičnih sankcija Republike Crne Gore (Act on the Enforcement of Criminal Sanctions of Montenegro), Službeni list RCG br. 25/94, 29/94, 69/2003, 65/2004, i Službeni list RCG br. 32/2011;

in 2016 provides data that female prisoners have satisfactory living conditions (YiHR, 2016: 18)¹².

In the Federation of Bosnia and Herzegovina, the only female prison is the Women's Unit in Tuzla Penitentiary Correctional Facility. In addition to Tuzla, the only female prison in Republika Srpska is the Kula Correctional Facility in East Sarajevo, with a capacity of 22 beds¹³. Although both prisons reported an increase of 3-10% in the total number of female prisoners, no overcrowding was reported in the prison institutions by 2015 and the number of inmates did not reach the available capacity in the facilities¹⁴.

In the Republic of Slovenia, the growing number of the total female population in penitentiary facilities has also been observed. Slovenia has only one institution in Ljubljana for confinement of woman deprived of liberty but, when it comes to implementing the right treatment towards the female prisoners, Slovenia is always one step ahead the other countries in the region. Thus, based on the principles of humanistic psychology and penology, Slovenia conducted an experimental project, based on rehabilitation ideas in the treatment of prisoners and sociotherapy suitable for female prisoners. The project gained significant political, media and public interest and support as it was aimed at improving the emotional and social climate in the institution, which despite all the prejudices and overall skepticism about the success of group therapy, which was also present among inmates, has shown considerable success and progress (Petrovec, Meško, 2006: 365-376)¹⁵.

By analyzing the laws and regulation of all the countries above, we may observe the initial gender sensitization in terms of pregnancy, motherhood, breastfeeding and health care. However, women prisoners are largely subject to the same treatment and they are provided the same rights and obligations as men, with minimal gender bias. Although all these countries have adequate and well-established legislation and by-laws, no separate methods have been developed

¹² Inicijativa mladih za ljudska prava, Crna Gora/Youth Initiative for Human Rights (2016). Prava lica lišenih slobode u zatvorskom sistemu Crne Gore i drugim zatvorenim institucijama (Rights of prisoners in penitentiary system of Montenegro and other closed institutions, EU-funded project: Building free of torture and impunity societies in Western Balkans), YiHR Montenegro, Podgorica, 2016, p.18, <http://www.yihr.me/wp-content/uploads/2010/03/Prava-lica-lisenih-slobode-u-zatvorskom-sistemu-cg-i-drugim-zatvorenim-institucijama.pdf>

¹³ World Prison Brief (online database): Federation of Bosnia and Herzegovina, <http://www.prisonstudies.org/country/bosnia-and-herzegovina-federation>

¹⁴ Večernji list.ba: U zatvorima 62 osuđene žene iz BiH, Lj, Vidačak, 20.lipanj 2016; <https://www.vecernji.ba/vijesti/u-zatvorima-62-osudene-zene-iz-bih-1093404>

¹⁵ Petrovec, D., Meško, G., Back to the Future: Slovenia's Penological Heritage, *Journal of Criminal Justice and Security (Varstvoslovje)*, 2006, pp.365-376;

for the successful treatment and resocialization of female prisoners, which is undermined by the inobservance of generally accepted legal standards, such as the distance from the family which we have noted in all these countries.

From this brief comparative view, we can deduce that currently (in the 21st century) all countries of the former Yugoslavia, with the exception of Bosnia and Herzegovina, have only one single institution where women can serve their prison sentences. In all these countries, there is no deviation from the overall 3 - 10 % representation of women in the total prison population; except in Serbia, other countries do not face overcrowding in female units or prisons. Croatia is leading the way in innovative project solutions for inmates who are parents, and Slovenia has improved rehabilitation in inmate treatment and included sociotherapy for female inmates. These two countries are at the top of the scale in terms of new penitentiary solutions. In Montenegro, new facilities have provided better living standards for women inmates. However, there are still deep problems such as the distance from the environment in which they live, detecting the causes of financial incapacity, etc. However, the largest problem is the lack of motivation of the institution and inobservance of certain standards. The problem will continue as long as the emphasis is on isolation rather than on crime deterrence and re-education (rehabilitation).

3. Research conducted in the Penitentiary-Correctional Institution Idrizovo

3.1. The survey conducted in the PCI Idrizovo

The survey conducted in the the Penitentiary-Correctional Institution Idrizovo by the end of 2017, the only female correctional facility in the Republic of Macedonia, confirmed that the number of imprisonment sentences for female offenders has been increasing over the years. However, we need to take the presented figures with some reservation because they do not provide exact statistics on how many new inmates are admitted to penitentiary/correctional institutions in the Republic of Macedonia every year, but only provide an overview of the total number of women who currently serve (or served at the specific time) the sentence of imprisonment, regardless of when they started serving the term of imprisonment. At the time when the research was conducted, the PCI Idrizovo housed a total number of 69 active female prisoners. Table 5 shows the number of female prisoners per year in the period from 2005 to 2017.

Total number of female prisoners between 2005 -2017													
year	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
number	33	42	45	51	55	52	51	52	75	93	105	97	69

Table 5: Total number of female prisoners in the period 2005 -2017

Source: Primary unit of Correctional institution Idrizovo

The survey was aimed at obtaining data from four categories of interest:

1. Obtaining general data on the profile of female prisoners in the Republic of Macedonia (age, ethnicity, education, working status and income, marital status, committed crime, etc.)
2. Recidivism among women prisoners,
3. Pre-victimization (representation and connection with the commission of crimes), and
4. Institutional treatment while serving the sentence of imprisonment.

3.2. Data received from the Administration for the Execution of Criminal Sanctions and the Office of the Institution

Firstly, we tried to find some information from the administration of the institution. And then, with the received data in mind, we reached for the same answers with the survey made between the inmates. Not much has been obtained from the data requested from the Administration for Execution of Sanctions and the Office of the Institution:

1. Regarding the prisoners' profiles, the total prison population was versatile and there were no stereotypical groups in terms of age. The youngest inmate was 25 years old, while the oldest one was 80 years old. As for the prisoners' ethnicity, the prisoners were mostly Macedonians, the Roma and Albanians. The Office noted that both women and men had been the perpetrators of all types of crimes in the period from 2005 to date, with the exception of pedophilia, and that there were no woman serving a life sentence. The most severe punishment and the highest prison sentence was a term of 20 years' imprisonment awarded for committing a crime of murder.
2. Regarding the recidivism of female prisoners in the Republic of Macedonia, the researcher were informed that recidivism is significantly less present in female offenders as compared to the recidivism in male offenders. Women who are returning to prisons are usually sentenced for neglecting and mistreating a

juvenile (often women from Roma population), property-related crimes, or acts related to the abuse of narcotics. We did not receive more precise data.

3. Pre-victimization of female convicted population exists but we did not obtain specific data on the number of women who had been subjected to violence, which led to the commission of a criminal act. We were informed that there were such prisoners who had sustained long-lasting domestic violence, and who were mostly convicted of murder.

4. Regarding the treatment of inmates, we obtained information that specific treatments for female convicts which are provided in the Administration's Annual Reports had not yet begun, but that gender sensitization was present. Most of the prisoners were engaged in the work within the institution, as hygienists, kitchen personnel, etc. At that moment, none of the inmates was trying to finish her education or started one within the institution. The inmates maintained constant contact with their families. Their benefits included regular visits, special marital visits, delivery of post and packages, etc. These benefits are considered to have positive impact on their re-socialization and overall treatment during the time of serving the sentence. Besides the basic treatment, victimized women are also provided psychiatric assistance if they ask for it. All inmates have regular contact with tutors who are at the inmates' disposal for communication at any time.

3.2. Data received from the survey questionnaire

3.2.1. The Profile of female prisoners

In December 2017, a survey was conducted by distributing questionnaires to all women who were currently serving a prison sentence. Of the total number of 69 convicted persons, the questionnaires were filled out by 41 prisoners. The questionnaires were filled out on a voluntary basis, while maximally respecting the inmates' identity. Taking into account that the data from 2017 that 29 inmates out of the total number of prison population are illiterate, we believe that the obtained data reflect the reality of the inmates' life in this institution.

The questionnaire was designed to provide answers to the above-mentioned areas of interest, to create a database of general data and to provide the profile of female prisoners in the Republic of Macedonia, information on recidivism of female prisoners, the inmates' prior victimization, and their treatment in the institution. The obtained data were processed by using the "SPSS" program for analyzing qualitative data. All survey questions were appropriately encoded, and the responses were cross-referenced in order to meet the survey objectives.

The questions were devised to enable the analysis of some phenomenological characteristics of the female prison population and to present the most frequent age of women in penitentiary institutions, their degree of education, working status and income, type of committed criminal act, marital status, illegitimate status, household situation, and motherhood as a necessary integral part of women's nature.

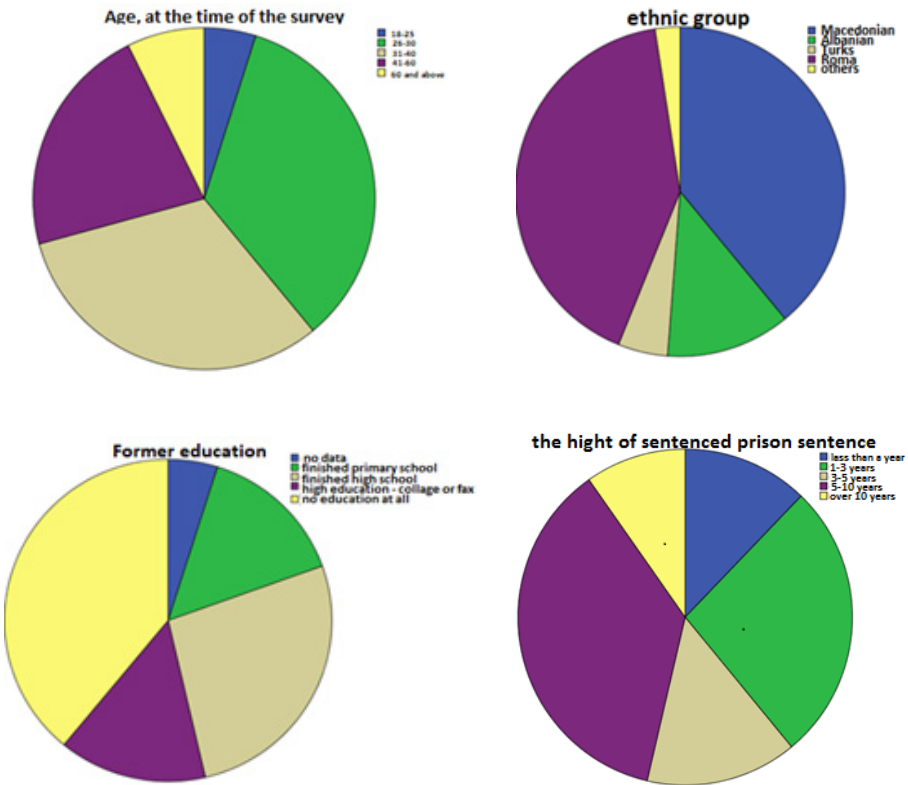
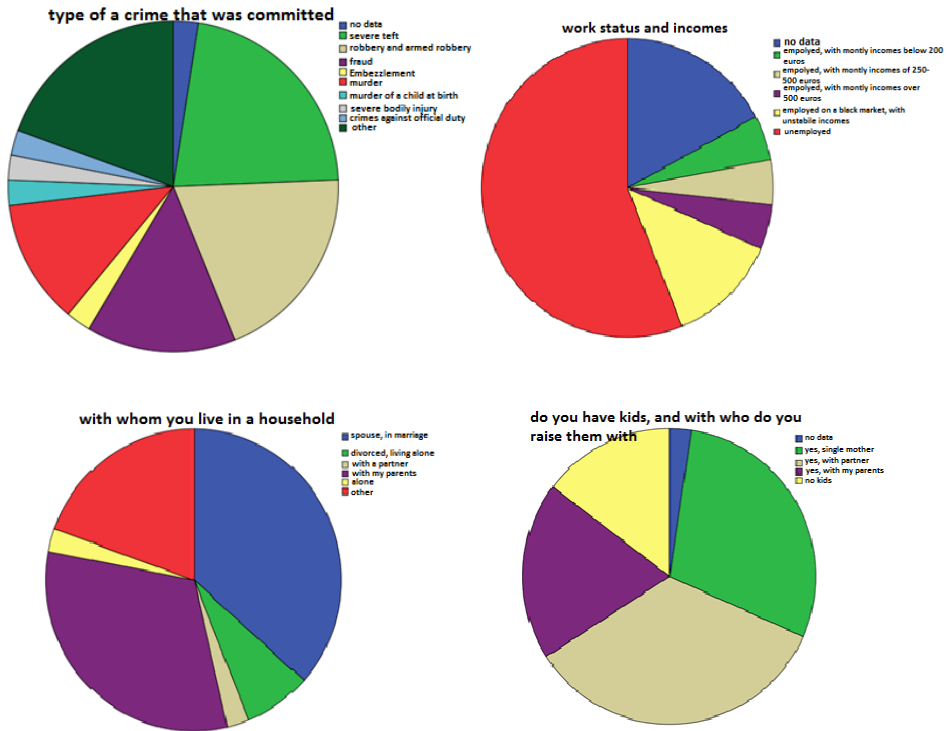


Figure 2: Phenomenological characteristics of female prisoners
 Source: Results of the Survey conducted in the PCI Idrizovo (2018)



The significance of age in the process of serving a prison sentence is inextricably linked to its criminal and criminological significance. At the core of this is the realization that man is a being capable of changing; therefore, it is not the same if the ones who have violated the social values are minors, young adults, adults, or the elderly (Sulejmanov, 2009: 55).

In the Republic of Macedonia, women who commit crimes punishable by a prison sentence most commonly fall into the category of adult offenders aged 26 - 30 (34.1%) and to the 31-40 years age group (31.7%), which are followed by the 41-60 years age group (22%). So, when it comes to more serious crimes which are punishable by the most severe punishment, we can conclude that women in Macedonia reach the peak of their criminal activity at the age of 25-30, or at the age of 30 only, which is in line with the global trends (Lombrozo, 1911: 182). Women aged 18-25 make 4.9% of the total number of female prisoners, while women above the age of 60 make 7.3% of the total female prison population, which confirms the known fact about old-age criminality.

Regarding the inmates' ethnicity, the survey has shown that the highest percentage of women who were serving prison sentences in the said period, are of Roma ethnic origin (41.9% of the respondents). They are followed by women of Macedonian ethnicity (39%), women of Albanian ethnicity (12.2%), women of Turkish ethnic origin (4.9%), and members of other ethnic communities (2.4 %) of the respondents.

Women who are sentenced to imprisonment and who have committed serious crimes are usually not educated and have not completed formal education. As many as 39% of them reported that they did not have any education, which is a serious alarm about the degree of criminality. A total of 26.8% of the respondents stated that they had completed secondary education (or started it, at least), 14.6% completed primary education and 14,6% had higher education (college or university education). Two respondents did not respond to the question.

Regarding their working status outside the correctional institution, and their monthly incomes, 56.1% (23 respondents) said that they were unemployed and with or without social benefits, and 12.2% replied that they worked on the black market with unstable incomes. Six respondents were employed; two of them had monthly incomes of up to 10.000 denars (less than 200 euros), two of them had incomes of 15-30.000 denars (250-500 euros), and two of them had incomes of over 30.000 denars (500 euros). The remaining seven of the respondents did not respond to this question.

As for their marital status, 36.6% of the respondents stated that they were married, 31.7% were single and still living with their parents, 7.3% were divorced, one woman lived alone, and one with a partner in an extramarital community. Eight of the respondents had different living arrangements, which were not covered by the offered answers. A total of 34 respondents (basically, the half of them) were mothers; 34.1% of them were mothers of children whom they raised together with their husbands or partners, while 29.3% were single mothers. This category of mother-prisoners is the most risky category in terms of providing adequate care for children and their overall future; in Macedonia and worldwide, the percentage of this category is rather high. A total of 19.5% of the respondents had children whom they raise with their parents. Six inmates did not have children, and one of them did not respond to this question.

In terms of the type of crimes, women were most frequently convicted for committing property-related delicts (misdemenaours). A total of 22% of the respondents were imprisoned for severe theft, 19.5% for robbery or burglary, 14.6% for fraud, and one prisoner was imprisoned for tax evasion. From the group of violent crimes, 12.2% of respondents were imprisoned for committing murder, one inmate was imprisoned for infanticide, one inmate was imprisoned

for inflicting serious bodily injury, one inmate was imprisoned for a crime committed during the provision of official public duty, and eight inmates stated that they were imprisoned for committing some other criminal offense (which was not covered by the offered answers). As for the length of imprisonment, most of the respondents (36.6%) were sentenced to 5-10 years's imprisonment; 26.8% of inmates were sentenced to 1-3 years' imprisonment; 14.6% were punished by 3-5 years' imprisonment; 12.2% were sentenced to less than one year in prison, and 9.8% of inmates were sentenced to over 10 years in prison.

Most of the respondents from the 18-25 years, 26-30 years, 31-40 years and 41-60 years age groups had committed property-related crimes. Violent crimes were most common in the age group over 60 years. Women of Roma ethnicity were mostly imprisoned for committing crimes against property, especially robbery and armed robbery, which accounts for as much as 75% of the total participation of female prisoners in this crime. Most women of Macedonian ethnicity committed fraud and murder; 66% of them were convicted of fraud, and 60% of them were convicted of murder. Just like the women of Roma origin, the women of Albanian ethnicity were imprisoned for crimes against property and other types of crime.

Regarding the link between the inmates' education and the type of committed crime, the survey shows that largest number of violent crimes and property-related misdemeanours were committed by female convicts without any education. Property-related crimes were most common in the group of women with completed higher education; these women were convicted for robbery (one respondent), fraud, crimes committed in official duty for robbery, and murder (one respondent). Property-related crimes were also committed by unemployed inmates. Out of the total of 23 prisoners from this group, 6 inmates committed aggravated theft, 6 inmates committed robbery/armed robbery, and 2 inmates committed fraud. Out of the 5 inmates working on the black market, two committed a property-related crime.

3.2.2. Recidivism among women in prison

Recidivism is a serious indicator of the existence of a serious social anomaly and improper operation of the re-socialization system. This issue should be the subject of serious consideration, particularly because it entails a person who had committed an illegal act before. Figure 3 presents the data obtained after analyzing the survey questionnaires.

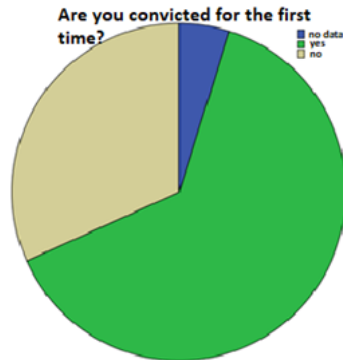


Figure 3: Recidivism among female prison population

Source: Result of the Survey conducted in the PCI Idrizovo (2018)

Of the total number of female prisoners who responded to the questionnaire, only two did not want to indicate whether they were previously convicted. A total of 63.4% (26 inmates) responded that they were first-time offenders, while 31.7% (13 inmates) declared to be recidivists. Of these, seven women were in the 26-30 age group, five women were in the 31-40 age group, and one woman was over 60 years old. In the age categories of 18-25 years and 41-60 years, there was no recidivism among the inmates. Five of the total number of registered recidivists (31.2%) were women of Macedonian origin, seven women (41.2%) were of Roma ethnic origin, and one woman was of Turkish ethnicity. Of the total number of recidivists, 4 women had no formal education, 2 women finished primary education, 4 women completed secondary education, 2 women completed (or started) higher education, and one woman did not provide any data on her education.

3.2.3. Previous victimization of the inmate

One of the most important questions raised is whether there is a prior victimization of women who have committed a crime, and what is the connection with what they have done. In other words, did the woman who was a victim of some types of violence deliberately commit the crime for which she was sentenced to imprisonment received a prison sentence, or did she commit it in self-defense to counter such an attack or due to the accumulation of long-term frustration caused by victimization?

One respondent did not respond to the question whether they had been victimized before. A total of 68.3% (28 women) responded they had not been victimized, while 29.3% (12 women) had been victims before. We must note that this fact

does not correspond with the answers processed in the next question regarding the types of violence they endured. From the given answers, we conclude that the number of women who suffered violence was actually higher (24 women). So, we take this information with some reserve because we think that some of the prisoners do not have adequate knowledge about specific types of violence.

In the group of victimized inmates, we found that the majority of them had suffered the violence in the marital community (6 women). Four of them were molested in the period of adolescence, and two women were molested in their intimate relationship with the partner. One respondent stated that she was victimized in childhood, and one during several periods of her life. Most often they were victimized by their husbands (8 women). Their answers reveal that most of them reported their abusers and requested assistance from the police regional units, but they did not receive any appropriate assistance.

Out of a total of 6 inmates, four women convicted of murder said they had been subjected to prior victimization. Of the others who reported being in a victim's position, three women were convicted of a serious theft, and three were convicted of robbery/armed robbery.

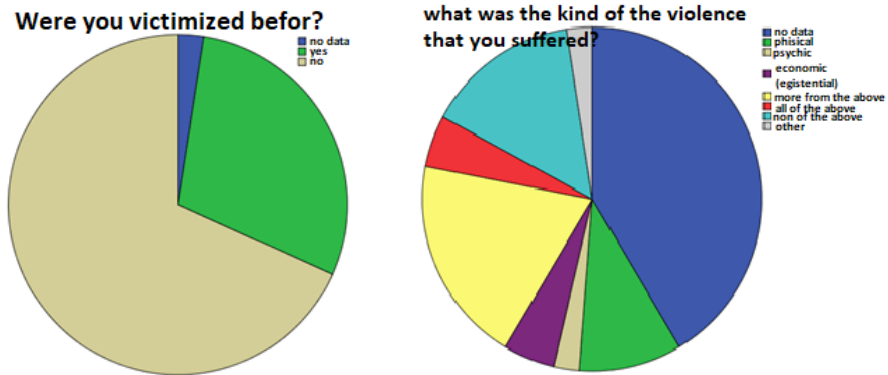


Figure 4: Prior victimization of female prisoners

Source: Result of the Survey conducted in the PCI Idrizovo (2018)

The women who declared to have been victims of psychological violence alone committed a property-related crime, just like those who only were victims of physical violence only or economic violence only. The women who suffered several types of violence cumulatively, or all known types of violence, committed either murder or robbery.

The women who had committed robbery reported their abusers and requested assistance. Of those who committed severe theft and had previously been victimized, only one woman asked for help. All the women who committed the crime of murder, and who had previously been victimized, had previously sought help.

Three of the women who had been victims of several types of violence were single mothers, and four of them had children whom they raise with a partner /husband. One of the inmates who reported to have been victim of all kinds of violence was a single mother, and one of them was the mother whose children live with a partner/husband.

3.2.4. About the treatment within the institution and maintained contacts with outside world

Regarding the treatment received by the prisoners in the correctional facility, we have to mention the envisaged programs for women which provide a special approach to female prisoners, as compared to male prisoners, as well as the specialized cognitive-behavioral programs for female prisoners which should be implemented in the future.

According to the information obtained from the Idrizovo's Prison Administration, prisoner education, as a right and one of the possible forms of prisoner treatment, is not used but the inmates attend training courses. The administration staff stated that work in the prison community is the most commonly used method of treatment which keeps the inmates occupied and is in favor of their adaptation to the institution.

Of the total number of 41 female prisoners surveyed, 30 inmates (73.2 %) do not attend any training courses provided at the institution or continue their education. Seven inmates (17.1%) answered this question affirmatively, but two of them provided no further data while two inmates did not know at all that they had this right. A total of 26 of the respondents (63.4%) are not engaged in work, which is mostly due to their disrupted state of health. A total of 11 women (26.8 %) work at the institution; two of them provided no further data while two inmates answered that they did not know about such opportunity.

A total of 33 of the respondents (80.4 %) maintain contact with their families. Only 7 inmates (17.1%) do not maintain contact with anyone. Most of them maintain regular contacts with more members of the family (children, parents, relatives, etc.), which is of crucial importance for the prisoner's mental health.

By cross-referencing the responses about the length of the prison sentence and the inmates' working engagement in the institution, we wanted to determine

whether the imposed sentence affects their motivation or constitutes a demotivating factor. In all the groups, there is an apparent lack of participation in employment; thus, it can be deduced that the length of the imposed sentence is not a crucial factor in their decisions whether to work within the institution or not. The length of the imposed sentence does not have any special influence and in stimulating the female prisoners to continue their education either. There is only a slight deviation among the inmates sentenced to 5 to 10 years of imprisonment, who demonstrated a need to develop relations with others by engaging in work, education and taking courses.

The beneficial impact of maintaining contacts with the outside world and the closest ones is also seen in terms of the remorse they feel about the committed criminal act, which is most likely to lead to their more successful social rehabilitation and reduced recidivism. Namely, women who are in regular contact with more family members are the most numerous group in terms of regret about what they have done. Contacts with children and with their parents have the same effect. From the group of women who do not maintain contact with anyone, only one woman did not express remorse about the committed crime.

4. Conclusion

The research results presented above confirm that the women's representation in the total prison population in Republic of Macedonia (as well as all the Balkan countries) follows the world trends, particularly when it comes to the crimes committed by women. Women often commit property-related crimes, but they are almost never guided by anger or selfishness; rather, their actions are largely motivated by the need to feed themselves or their dependants. Unfortunately, some inmates may have been drug addicts and needed funds to obtain drugs; these women are prone to committing crime in a state of reduced computability through the use of such substances (*action libera in causa*).

When it comes to the most serious crime of murder, in most cases, women commit this crime in self-defence, to protect the family and themselves from the aggressor or after suffering years of torture and abuse. The women who committed a violent crime, whom we talked to after the survey, had never been convicted before, which means that they are the first-time offenders who committed the most severe crime. All of them were sentenced to long-term prison sentences (over five years in prison) and they were all exposed to prior victimization. Out of a total of 6 women that we talked to, four of them who were charged with murder stated that they had previously been victimized and exposed to some form of violence, which is an alarming percentage both in terms of the motive behind the committed crime and its non-prevention.

However, the violence that women are exposed to does not result only in their aggressiveness towards the abuser and in murder. Women are often triggered to commit a crime by specific circumstances, such as drug-addiction. In such cases, prosecution authorities do not focus on violence but rather on woman's drug-addiction.

Therefore, besides giving these issues relevant consideration in the process of determining the sanction, female convicts must receive a high level of due care and attention when sent to prison and the appropriate resocialization treatment. The return of these women into the environment that provoked them to commit crimes is particularly risky; so, the treatment itself must include sensitization of all participants in criminal proceedings and respect for women's prior victimization. Some of these women are not just perpetrators of crimes but, above all, victims, who need adequate treatment in order to be able to continue their life outside the institution, and most importantly, they to resume their roles as mothers.

In the Republic of Macedonia, the institutional conditions for accommodating women sentenced to imprisonment are not only far from ideal but also far from the basic ones. Given the fact that Macedonia has a single institution for female prisoners, the distance from the family is incompatible with successful treatment and resocialization. The basic health services they receive are scanty and incompatible with the international acts and established minimum standards. Inmates complain that they do not take them seriously when they have health problems.

The irregular examinations and inadequate therapy are only part of the problems they face in correctional facilities on a daily basis. The Bangkok Rules are declaratively accepted but the circumstances encountered in reality call for their closer observance and implementation. But, worst of all is that an adequate relationship with inmates and the mechanism for determining and developing an appropriate treatment has not been established, and they are crucial for the inmates' re-socialization.

The essence of punishment is not the offender's isolation and retaliation for the committed crime but determining how the offender can be fully re-integrated into the society as its useful member. At least, it is a matter of motivating prisoners to take advantage of the time in prison to do something productive and useful for themselves. From what we have encountered, they experience the prison as a place where criminals and criminogenic habits are created, rather than as a place for re-socialization. Problems are deep, as well as the financial incapacity of the correctional institution to provide better conditions. However, the motivation of the institution and the respect for certain standards is a more

important issue. The problem will exist as long as the emphasis is placed on isolation, rather than on deterrence and re-education. The problem will persist as long as female prisoners are afforded the same treatment that is applied to male prisoners.

References

Arnaudovski, Lj.(2004,2005). Towards the etiological problems of economic crime, Yearbook of the Faculty of Law "Iustinianus Primus"-Skopje, vol. 41, 2004/2005, p. 54

Babić, V., Josipović, M., Tomašević, G. (2006). Hrvatski zatvorski sustav i zaštita ljudskih prava zatvorenika (Croatian penitentiary system and protection of human rights of prisoners), Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol.13, No.1, 2006, UDK 343.812(497.5) 341.231.14

Ćopić, S.; Šaćiri, B.(2012). Žene u zatvoru u Srbiji: uslovi za život osuđenica u Kazneno-popravnom zavodu za žene u Požarevcu (Women in prison in Serbia: living conditions for female prisoners in the Correctional Institution for Women in Požarevac), Temida - časopis o viktimizaciji, ljudskim pravima i rodu, Br. 4, godina 15, Decembar 2012 (str. 23-44), Viktimološko društvo Srbije i „Prometej”, Beograd; available at <http://vds.rs/File/Tem1204.pdf>

inicijativa mladih za ljudska prava, Crna Gora/Youth Initiative for Human Rights (YiHR), (2016). Prava lica lišenih slobode u zatvorskom sistemu Crne Gore i drugim zatvorenim institucijama (Rights of prisoners in penitentiary system of Montenegro and other closed institutions, EU-funded project: Building free of torture and impunity societies in Western Balkans, YiHR Montenegro), Podgorica,2016; <http://www.yihr.me/wp-content/uploads/2010/03/Prava-lica-lišenih-slobode-u-zatvorskom-sistemu-cg-i-drugim-zatvorenim-institucijama.pdf>

Lombrozo, C. (1911). Crime: it's causes and remedies, Little, Brown and Company, London, p.182;

Ministarstvo pravde Republike Srbije, Uprava za izvršenje krivičnih sankcija (Annual reports on the work of the Sanctions Administration for the years 2005-2013, Ministry of Justice of the Republic of Serbia, Directorate for the execution of criminal sanctions); available at <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/cr/articles/izvestaji-i-statistika>

Petrovec, D., Meško, G., Back to the Future: Slovenia's Penological Heritage. Journal of Criminal Justice and Security (Varstvoslovje), 2006, 365-376;

Schwartz, J., Steffensmeier, D. (2008). *The Nature of Female Offending: Patterns and explanations*, Jones and Barlett Publisher, p. 65

Sulejmanov, Z. (2009). *Kriminologija (Criminology)*, Grafohartija, Skopje

State Statistical Office of Republic of Macedonia 2005 – 2015: "Perpetrators of crimes in 2015", and "Women and Men in Macedonia" in the period from 2005 to 2015, available at <http://www.stat.gov.mk/Publikacii/2.4.16.08Kor.pdf>

State Statistical Office of Republic of Macedonia 2005 – 2018: Reported, accused and convicted adult perpetrators of criminal offences and children in conflict with the law, (all publications from 2005 to 2018), State Statistical Office of Republic of Macedonia, <http://www.stat.gov.mk>

State Statistical Office of Republic of Macedonia 2005 – 2018: STATISTICAL REVIEW: Population and Social Statistics; Perpetrators of Criminal Offences, (all publications from 2005 to 2018), State Statistical Office of Republic of Macedonia, <http://www.stat.gov.mk>

UN Resolution 2010/13, United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules), adopted by the UN General Assembly on 21 December 2010, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ENG_22032015.pdf

Večernji list.ba: U zatvorima 62 osuđene žene iz BiH, Lj, Vidačak, 20.lipanj 2016, <https://www.vecernji.ba/vijesti/u-zatvorima-62-osudene-zene-iz-bih-1093404>

World Prison Brief (online database): Federation of Bosnia and Herzegovina <http://www.prisonstudies.org/country/bosnia-and-herzegovina-federation>

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija Republike Crne Gore (Act on the Enforcement of Criminal Sanctions of R. Montenegro), Službeni list RCG br. 25/94, 29/94, 69/2003, 65/2004, i " Službeni list RCG br. 32/2011.

Министерство за правда на Република Северна Македонија (Ministry of Justice, the Republic of North Macedonia);

<http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis03>;

<http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis04>;

<http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis07>;

<http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=uis10>

Summary

For many years, women have been treated as the “second-class” gender when it comes to committing a crime and manifested criminal behaviour. While the world statistics show 10-20% female participation in total crime rate, we cannot neglect the fact that adult women, teenagers and little girls are starting to demonstrate more violence in their everyday activities, which may result in delinquent behavior. It is crucial to examine the reasons and consequences of women’s criminal conduct in order to prevent the escalation of their criminal conduct in future.

In that context, we conducted a research on the domestic female perpetrators and analyzed the circumstances of their institutional treatment in the Republic of Macedonia, but only from the aspect of the imposed imprisonment sentence. The research addressed the four basic fields of interest that we consider to be most important for establishing the profile of female perpetrators: general characteristics of female inmates, prior victimization, recidivism, and the provided institutional treatment. By answering these questions, not only can we set the profile of an imprisoned female perpetrator but we can also identify the reasons for being confined to the correctional facility in a first place. For criminology, this is a huge step forward in understanding and preventing crimes committed by women, both for the Republic of Macedonia and for the countries in the region. We hope that this research can be useful to criminologists who intend to conduct further studies on women as perpetrators of crime, and that it will be helpful in preventing and predicting crime in general.

Проф. др Олга Кошевалиска,

Ванредни професор,

Правни факултет, Универзитет Гоце Делчев

-Штип, Република Северна Македонија

Елена Максимова,

Асистент,

Правни факултет, Универзитет Гоце Делчев

-Штип, Република Северна Македонија

КРИМИНОЛОШКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ЖЕНА ОСУЂЕНИХ НА ЗАТВОРСКУ КАЗНУ У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ

Апстракт

Будући да у анализи учинилаца кривичних дела издвајамо пол као нарочито важну карактеристику учиниоца, која нужно условљава другачији приступ анализи и прогнози криминалитета, за свеобухватно истраживање ове проблематике потребно је указати и на остале детерминанте који су повезане са примарним параметром. Биолошке, психолошке, друштвене, социокултурне и, у великој мери, економске детерминанте имају различите импликације на ментални развој особе, док се у погледу пола јављују и разни спољашни утицаји. Старосно доба учинилаца кривичних дела, образовање, брачно стање, радни статус, социјална интегрисаност (итд.) су кључни параметри који захтевају детаљну анализу како би се профилисале карактеристике учинилаца кривичних дела и установили модели понашања који би омогућили обезбеђивање ефикасних мера превенције.

Анализа представљена у овом раду односи се на криминолошке карактеристике жена које су осуђене на казну затвора у Републици Македонији. Истраживање је усмерено на четири основна поља интересовања: опште карактеристике жена осуђених на затворску казну, њихову претходну виктимизацију, рецидивизам, и затворски третман. Одговори на ова питања могу допринети утврђивању криминолошког профила жена осуђених на казну затвора, као и утврђивању разлога осуде. Тиме би се начинио велики помак у разумевању и спречавању криминалитета жена.

Кључне речи: жена, учинилац, казна затвора, превенција, пол, виктимизација, рецидивизам.

Krasimir Manov, Ph.D.*

Chief Assistant Professor,

Faculty of Law, Sofia University "St. Kliment Ohridski",

Sofia, Republic of Bulgaria

UDK: 930.85:343][4-672EU:497.2)

CRIMINAL LAW PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE

Abstract: *The protection of the cultural heritage has been governed by international law for years. Over time, the idea of protecting the overall achievements of human culture has replaced the concept of protecting the specific objects. The protection of specific cultural property assets has been extended to include the concept of protecting the human right of access to cultural heritage. Besides the international law instruments regulating this matter, the national legal mechanisms still remain the primary instruments for the protection of cultural heritage at the national level. Among the applicable national mechanisms, criminal law mechanisms play the most important role in criminal law protection of cultural heritage. This paper examines to what extent the national criminal legislations are consistent with the current trends and international law instruments for the protection of cultural heritage.*

Keywords: *cultural heritage; cultural goods; intangible cultural heritage; crimes; criminal law protection, international and national law.*

1. Introduction

The necessity to preserve the cultural heritage has long been recognized by the international community. In that regard, a number of international laws have been adopted to ensure the protection of cultural assets breaches, both in times of military conflicts and in times of peace.

The cultural heritage has become a universal human value, and its preservation has attracted broad international interest. Despite the well-established system of international organizations responsible for protecting the cultural heritage

* e-mail: krmanov@gmail.com

worldwide, the main legal mechanisms for the protection of cultural assets still remain at the national level. An essential part of these mechanisms is the criminal law protection of cultural heritage. All states have traditionally set up a system of penalties aimed at providing protection against crimes related to cultural heritage.

In that context, given the diversity of international law instruments, an interesting question is whether the states are capable of adequately protecting the expanding range of cultural heritage sites. Given the fact that Bulgaria is a country rich in cultural assets, the issue of cultural heritage protection has been addressed in the Bulgarian legislation.

2. Establishment and development of the idea of legal protection of cultural heritage

The international laws governing the protection of cultural heritage have been largely developed and adopted by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) and the Council of Europe (CoE). Within the European Union (EU) legal framework, culture (as a subject matter of legislation) is still one of the least addressed areas. As long as the EU Member States are both members of the UNESCO and the CoE, the respective regulations are primarily based on the conventions adopted by these organizations. In parallel, the EU itself participates in the organizations as an independent entity.

Initially, the idea of establishing rules for the preservation of cultural and historical sites emerged in connection with the ongoing armed conflicts but, at the time, it was not related to a comprehensive concept. The first rules were developed by Francis Lieber, a professor at the Columbia College, New York, at the command of the United Army Chief during the American Civil War. He developed *Rules of Conduct* for the armies to be followed during the war, issued in 1863 by the United Command as General Orders No. 100 of 24 April 1863, generally known as the *Lieber Code*. Article 34-36 of the referenced Rules stipulated terms for the protection of various cultural, scientific, educational, historical and other objects.

The *Lieber Code* was qualified as a "cornerstone" for the protection of cultural heritage in times of war. As a rule of thumb, if the "works of art, libraries, collections, or instruments belonging to a hostile nation or government can be removed without injury, the ruler of the conquering state or nation may order them to be seized and removed for the benefit of the said nation...." The ownership is to be settled by the treaty of peace as part of the negotiations later on. Further, the *Rules* stipulate that the works shall not be sold or given away,

if captured by the armies of the United States, nor shall they ever be “privately appropriated, or wantonly destroyed or injured” (Singer, 2010: 11).

In addition, the attempts to protect the cultural and historical sites in times of war can be traced back to the international universal rules of conduct envisaged in the *Hague Convention*, the *Geneva Conventions*, and other international law documents. The preservation of cultural and historical sites is most notably reflected in the adoption of the 1954 UNESCO *Hague Convention (Convention concerning the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict)*. Here, the term “cultural heritage” is primarily used in the Preamble, which shows that cultural heritage is considered to be a general (universal) value of all mankind. The Convention does not define the concept, but it lists the sites considered to be of “great importance for the cultural heritage”.

A quarter of a century later, referring to the 1954 Hague Convention, *Additional Protocol I (Additional Protocol of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict)*, extended the list by adding objects that constitute **spiritual heritage** (Article 53). If an object has a spiritual value, it is assumed that it belongs to the cultural heritage of all the mankind, and that it should be treated as such.

The subsequent conventions followed an approach of defining the cultural heritage as a set of cultural values, and listing the types of material objects that represent them. Thus, the idea of international law protection of cultural heritage went beyond the protection against military threats alone. Some of these conventions are: *the Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage* (UNESCO, Paris, 1972), adopted at the 17th session of the UNESCO General Conference; *the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property* (UNESCO, Paris, 1970); *the Convention for the Protection of the Architectural Heritage of Europe* (Council of Europe, Granada, 1985); etc.

In more recent conventions, adopted over the last three decades, a different approach has been taken. In addition to listing the types of cultural heritage objects, these conventions tend to define the concepts of cultural heritage in general and specific types of heritage. This approach is prominent in the *European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage* (Council of Europe, Valletta, 1992), which defines the **archaeological heritage** “as a source of European collective memory and as an instrument for historical and scientific study” (Article 1).

In the *Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society* (Faro, 2005), the **cultural heritage** is defined as “a group of resources inherited from the past which people identify, independently of ownership, as a

reflection and expression of their constantly evolving values, beliefs, knowledge and traditions. It includes all aspects of the environment resulting from the interaction between people and places through time" (Article 2).

The analysis of the various international conventions shows that the concept of preserving the cultural heritage has been gradually developed and enriched over the past years. The idea of taking care of the individual sites in specific situations at risk (for example, during military/armed conflicts) has been transformed into a comprehensive concept of protection of overall cultural heritage. The protection of the whole group of material objects, viewed primarily in terms of "possession", has developed into the concept of the cultural heritage as property and interest of all mankind, as well as being the subject matter of the basic human rights. The circle of protected cultural heritage sites has been gradually expanding. Thus, in every subsequent international law, new categories of objects are defined as assets that have cultural value. This is largely related to the work of the international organizations working in this field, notably the UNESCO and the CoE.

Further, a substantial extension of the scope of the international law protection is the inclusion of the so-called intangible cultural heritage. In that regard, in 2003, the UNESCO adopted the *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*.

Having access to the works or sites of cultural heritage is increasingly seen as a basic human right. Within the framework of its protection, more specific interests are defined as an object of protection, such as: the interest in the physical protection of cultural goods and objects; the interest in the preservation of cultural assets on the territory of the country of origin; the interest in the legitimate discovery and study of cultural works; the interest in the socialization of cultural goods - the right of everyone to have access to these objects, etc.

The philosophy of cultural heritage as a universal human entity has led the international community to adopt agreements to protect culture as a whole, not only in the specific territories or jurisdictions. For example, the protection of the underwater cultural heritage in exclusive economic zones and the continental shelf is envisaged in the UNESCO *Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage* (2001). For that reason, the international pressure on the individual countries to take more effective measures to protect their cultural heritage has increased. Of great importance is the *Declaration on the International Destruction of Cultural Heritage*, adopted by the 2003 UN General Assembly, which urges the member states to envisage punitive measures to sanction such practices. Thus, "States should take all necessary measures, in accordance with international law, in order to establish jurisdiction over and ensure effective

criminal sanctions against persons who commit or organize acts of international destruction of cultural heritage of major importance to human beings regardless of whether it is entered on a list drawn up by UNESCO or another international organization” (Manacorda, 2011: 24).

Therefore, it has been increasingly understood by the international community that the preservation of cultural values of importance to the whole humanity is not only a matter of national affairs but rather a commitment of the whole international community, whereby each country is committed to preserving the cultural values of other countries (Fishman, 2010: 347-404).

3. National legislative models for the protection of the cultural heritage

Despite the numerous international conventions for the protection of the cultural heritage, especially in times of armed disputes, the conflicts of the modern world (e.g. the robbery of the National Museum in Baghdad, Iraq, in 2003) show that the laws do not provide effective protection against all existing threats. So far, the protection of the cultural heritage is a matter that is entirely regulated by the jurisdiction of the individual countries. However, prosecuting criminal offenders for import of any cultural objects that have been illegally exported from other countries may play an important role in preventing the theft of such works that are being acquired illegally for export purposes in their country of origin (Siehr, 2006: 35-42).

A comparative law analysis of legislation across Europe shows that there are two established models: the so-called conservative or Southern European model, and the so-called liberal or Northern European model. The criteria to distinguish between the two models are mainly: 1) the role of the state, and 2) the degree of freedom of movement of cultural goods.

The conservative model was mainly developed throughout the 20th century in Italy, which owns a majority of cultural values worldwide. The *Italian National Heritage Conservation Regulations* have served as a model for the development of the relevant national legislations of other Southern European countries, such as Greece, Spain, and Bulgaria.

In that regard, the regulation of any affairs concerning archaeological objects is among the main topics, and it depends largely upon the degree of accumulation of cultural works per country. Southern European countries, where many traces of cultural presence have been reported since ancient times, are the source of such cultural values; quite naturally, these states seek to preserve the cultural heritage by not permitting the removal of the works outside of the country's borders. The necessity to establish such restrictions determines a significantly

greater role and intervention by the specific state. These countries (such as Spain, Italy, Greece, etc.) qualify as donor countries, the source countries or countries exporting cultural assets (Marryman, 1986: 832).

The Northern European states do not have such a number of local cultural heritage works but, on the other hand, they tend to increase their cultural fundus by acquiring cultural goods; subsequently, the combination of demand and opportunities determines the corresponding policy in the country. These countries (such as Germany, the United Kingdom, the Netherlands, Switzerland, the Scandinavian countries, etc.) qualify as recipient countries or countries where markets are supplied with works of cultural value.

The division into the donor and the recipient markets is reflected in the regulatory framework of the participating countries and the policy they pursue to establish in this area. It is indicative, for example, that the 1970 *UNESCO Convention on Measures to Prohibit and Prevent the Illicit Import, Export and Transfer of the Right of Ownership of Cultural Property* has not been signed in the first decades after its adoption by any of the recipient countries in Europe (France, Germany, the United Kingdom, the Scandinavian countries, Belgium, the Netherlands, Switzerland, etc.) (Marryman, 1986: 843; O'Keefe, 2001:139-143). This also applies to other countries: Japan, the USA, Canada, etc. While Canada and the United States ratified the Convention in 1970s, it was not implemented for a decade after its adoption. Other countries, especially European countries, ratified it more than 30 years later. Yet, the adoption of the 1970 UNESCO Convention is an expression of the gradual convergence of the two models of regulation of cultural heritage relations.

The criminal law system of each country and the way it deals with protecting cultural values largely determine which of the two systems the country belongs to. At present, no single national legal system in Europe can claim to follow either of the two models in its pure form. Especially under the influence of the EU processes and legal framework, there has been a significant change in the previous positions and the legalisation in individual countries.

It should be noted that the EU is based on the prevailing concept of "wealth of diversity" rather than "homogeneity". In the field of culture, this means that Europe values the national cultural heritage of each Member State as part of the European heritage. In this sense, the EU has taken measures to establish common rules for the protection of the cultural heritage in the territory of the EU Member States, including the return of illegally exported cultural assets, and concurrently safeguard the principle of free movement of goods in the Union.

Based on the aforesaid, Bulgaria has all the characteristics of a donor (exporter) country, which is rich in cultural values, especially archeological heritage. It has

been noted that there is an extremely large-scale search for archaeological objects in Bulgaria, which has been conducted both lawfully (through archaeological excavations and other field studies) and illegally (treasure hunting). Undoubtedly, attempts are being made to successfully export large amounts of archaeological cultural values from the country. As long as the export of cultural works is prohibited, except in rare cases that allow for temporary export, any export of cultural property from the country for the purpose of ownership change would be unlawful. Combined with the fact that the living standard is one of the lowest among the EU countries, there is a clear conclusion that Bulgaria is a donor (exporter) of cultural values. Therefore, there are prerequisites for adopting a conservative model of regulation of issues pertaining to the preservation of the cultural heritage.

The adoption and establishment of a conservative model also determines the nature of the criminal law protection system. In that regard, in order to provide protection, there are even some extreme cases where activities that have not even created the danger of damage to the cultural heritage sites are criminalized. For example, the *Bulgarian Criminal Code* envisages protection against crimes regarding the possession of archaeological works not identified as such under the law, and prohibits people to formally carry out any activities in areas of cultural heritage protection in a territory with a defined perimeter around a particular cultural value or where archeological cultural values are likely to be present, without the prerequisite that the cultural values are actually endangered. In many cases, the legislative decisions to criminalize certain types of activities are criticized for justifying the use of criminal prosecution.

The conservative model of preservation of cultural heritage adopted by the Bulgarian legislature implies a more extensive criminal law defense as compared to Greece. Countries with a more liberal approach envisage a limited number of criminal acts. The most socially harmful activities against the cultural heritage are subject to regulation of the respective administrative laws.

Apart from the Bulgarian Criminal Code, it has to be considered here that the *Bulgarian Cultural Heritage Act* further provides a highly developed system of administrative offences. For this reason, the question of establishing a clear distinction and boundaries between administrative offences envisaged in the *Cultural Heritage Act* and the criminal offences envisaged in the *Bulgarian Criminal Code* is an extremely delicate but highly important issue.

The analysis of the provisions set forth in the *Bulgarian Criminal Code* shows that the legislator has sought to create a more detailed regulation. A broad range of criminal activities have been stipulated in five articles (Article 277a, 278, 278a,

278b and 278b¹), with a total of 29 subparagraphs, which now constitute the main criminal law framework related to the cultural heritage protection.

According to the particular legal interests that can be distinguished under the right of public access to cultural heritage, the following system of crimes against the protection of cultural heritage is established in the *Bulgarian Criminal Code* (Manov, 2015: 140-142):

Crimes related to the search and discovery of cultural assets:

Discovery of valuable cultural artifacts and failure to inform the authorities about it;

Illegal search for archaeological sites;

Archeological field research without a due license.

Crimes affecting the physical preserving of cultural values:

Damage, destruction and alteration of cultural assets, committed in generally dangerous manner or by generally dangerous means, such as arson or explosion, during war or armed conflict, etc.;

Performing of illegal activities during which cultural goods may be damaged.

Offenses related to adaptation and socialization (providing access to perception and study) of cultural values:

Criminal use and storage of cultural values;

Criminal deals with cultural values.

Criminal seizure and misappropriation of cultural values;

Crimes related to the preservation of cultural heritage sites on Bulgarian territory:

Illegal export of cultural values.

Considering such classification, the *Bulgarian Criminal Code* differs significantly from most of the European criminal laws that criminalize a limited number of criminal activities relevant to the cultural heritage sites. In most European countries, such crimes primarily include theft of cultural values (in most cases when they are taken away from private or museum collections), smuggling of cultural values, and their destruction.

The *Criminal Code of the Russian Federation*, for example, criminalizes only the appropriation of objects of particular value (Article 164), the non-return of such objects within the prescribed period (Article 190), the smuggling of cultural property (Article 188), and the destruction of or causing damage to a "monument

of history or culture” (Article 243). The *Criminal Code of Armenia* criminalizes the activities in a similar way. As the Criminal Codes of most of the former Soviet republics were created under the influence of the Russian Criminal Code, the special criminal law protection of cultural heritage is limited to the provisions pertaining to the destruction of cultural property or unlawful export (Sabitov, 2002: 165-178; Tumanyan, 2009: 55–58).

In a similar way, the *German Criminal Code* criminalizes the theft of cultural values from a generally accessible collection or from a public exhibition (*Article 243*) and the destruction of or damage to objects of public interest (*Article 304*). According to the German *Federal Act on the Protection of Cultural Property*, the import and export of cultural values are also criminalized. The basic regulation of the cultural heritage protection in Germany is passed down to the individual provinces. In the last three decades, East German provinces have adopted special laws on this matter while the laws in West Germany are older (as most of them were adopted during the 1970s). Currently, they are all undergoing modern changes. In the *Swiss and Turkish criminal laws*, there are virtually no specific articles for the protection of cultural heritage.

4. Problems in establishing criminal law protection of cultural heritage works

4.1. Intangible cultural heritage works as the object of crimes

Regardless of the tendency in the international legal framework to speak of the cultural heritage as a universal entity and unity of the material and spiritual achievements of mankind, the national laws still perceive only the material cultural values as an object of criminal law protection.

The Bulgarian *Cultural Heritage Act* (2009) provides an abstract and complex definition of the term “cultural heritage”. It reflects the legislator’s attempt to set a general rule that encompasses the intangible cultural heritage. Yet, the central points in this Act are the definition of cultural value and the list of different kinds of cultural works.

The crimes set forth in the Bulgarian *Criminal Code* in the area of cultural heritage exclusively concern violations against material cultural values. The regulation of this matter is similar in other national legislations. In some jurisdictions, relevant legislative acts (as long as they exist) even formally do not refer to the cultural heritage in general; instead, they are directly focused on the cultural goods as separate objects. It is, for example, the case with the Serbian *Act on Cultural Goods* (*Zakon o kulturnim dobrima*) that is in place in Serbia.

In all cases, criminal laws target exclusively the protection of material cultural objects. There is no change in the legislative approach in individual countries, nor an attempt to develop a more comprehensive approach to the protection of cultural heritage, as an independent asset that would be perceived as being part of the basic human rights.

At present, the intangible cultural heritage remains completely isolated from the mechanisms of the criminal law protection. Considering that the bearers of the intangible cultural heritage are the people who keep the language, traditions, customs, folk tales, songs, dances and other cultural assets alive, it is logical that the protection of such intangible heritage is related to the protection of the people who are its bearers. Currently, there is no manifestation of legislative intent at a national level to build such criminal law protection mechanism.

4.2. Nationality of the cultural heritage

Another important issue arises in the development of the national legal framework for the protection of the cultural heritage concerning its nationality or, rather, its national belonging. Whether the legislator treats as cultural heritage only those cultural assets which bear the „national identity“ of the specific country, or whether it protects only the cultural assets originating in the territory of the respective state, or whether it equally protects all cultural values, regardless of their origin, religious or other attachment.

For example, the Bulgarian legislator has included in the definition of cultural heritage the requirement that the cultural assets shall be a bearer of “national identity”. With regard to the criminal law regulation, the idea of protecting the public interest in preserving the cultural assets of the country’s territory is clearly visible. That being said, only the export of cultural values from the country is criminalized, but not the illegal import of such values from abroad.

According to Article 14(1) of the *Bulgarian Cultural Heritage Act*, the Minister of Culture has the power to coordinate, organize and control the cultural heritage related to the Bulgarian history and culture outside the territory of the Republic of Bulgaria. Therefore, the law attempts to create a legal mechanism for the preservation of all cultural values that are of importance for the national memory of the Bulgarian society, wherever they may be.

On the other hand, Bulgaria has signed and is bound by a number of international treaties that regulate the “world cultural heritage” as a possession of all mankind. Bulgaria is a member of the UNESCO, which is a global organization with the main task of protecting the world cultural heritage. The most significant and most valuable cultural heritage sites are listed as sites protected by the UNESCO

and, according to our national legislation, qualify as „world-class“. Obviously, the legislator accepts the idea of the Bulgarian cultural heritage as being part of the world’s cultural heritage.

The binding force of legal rules, mainly in the system of the CoE and the European Union, for all states implies that the European level is of significant importance. This understanding will become more and more important. This is clearly expressed in the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions on an integrated approach to Europe’s cultural heritage of 22.07.2014 (COM (2014) 477 final).

The understanding of cultural heritage and cultural values as belonging only to a particular ethnic or other social group is reasonably criticized and allegedly leads to a paradox. It implies the idea of cultural values perceived only as a property, and unrelated to the bearers of the cultural or scientific values. The result of such views is that there is very limited culture in cultural values. The adoption of measures to protect the cultural heritage in accordance with such views ultimately prohibits the use of this heritage by other public groups without a permission, and in some cases this can easily be used as a means of hatred, or as a target of aggression.

In this sense, the protection of the cultural heritage can become a serious criminogenic factor leading to the violation of the basic social, religious, cultural, and even economic human rights. For example, it is stated that today different cultures, traditions, and ethnicities exist simultaneously within most countries. In some countries, these cultural differences are filtered into a higher idea of a common system of governance, attracting more loyalty and trust by the people. In others, the diversity is maintained through a constitutional balance of power sharing (in Switzerland) or by integrating diversity into a true multicultural society based on constitutional guarantees of fundamental freedoms and human rights (in the US). In other cases, the culture itself can become a source of intolerance, demands for division, and sometimes for violence, oppression and ethnic conflicts (Francioni, 2008: 33).

4.3. Illegal Trafficking in Cultural Values

As mentioned above, the present national law approaches are different. Especially in countries that have established a conservative model of cultural heritage protection, only the export of cultural values is criminalized. For example, this has been the approach by the Bulgarian legislator (Article 278a (4) of the Criminal Code).

It is correct to point out that the unlawful trafficking of cultural assets is comparable to that of drugs but, as long as we do our best to combat drug trafficking, this is still not the case for combating trafficking in antiques and works of art. Those two must receive similar treatment. In some cases, a whole country is affected by the unlawful trafficking of cultural goods, in Africa for example (Shyllon, 2011: 135-142).

As a rule of thumb, only a few countries criminalize the illegal import of cultural assets, which is rather an exception (for example, Germany, Hungary, Romania) (Armbrüster, et al., 2011). The Serbian Criminal Code (Article 221a CC) criminalizes the export of cultural assets.¹ Trafficking of cultural assets in all forms, but above all the archaeological ones, is a highly profitable activity worldwide.

In today's globalized world, the crimes discussed here are becoming more and more international, involving large-scale organization schemes. Therefore, under the increasing international pressure, it is essential that all countries take measures to discourage the perpetrators by pursuing trafficking. For example, on the basis of case law, in the United States (one of the major countries on the market), the possibility of pursuing the importation of antiques illegally acquired by other countries is present by applying a law designed to prosecute stolen cars - *The National Stolen Property Act (NSPA)* (Yasaitis, 2005: 95-113).

Further, the acquisition of property, primarily money, from the sale of illegally acquired cultural assets, will further constitute money laundering. Incriminating all possible forms of trafficking of cultural assets will justify the possibility of a more sophisticated criminal law protection of the cultural heritage by taking responsibility for money laundering, regardless of how and by whom the illegally acquired assets are transformed (Panayotov, 1998: 143-146).

4.4. New challenges for the physical preservation of cultural values

The modern global processes trigger new threats to the cultural assets which are rarely accounted for by the national legislators; for example, the criminalization of activities causing atmospheric or water pollution, which has led to or can lead to the destruction of cultural values, such as those provided by some modern Criminal Codes (e.g. Article 289 of *the Armenian Criminal Code*). As it is correctly noted, "by definition, this is a fragile and non-renewable resource- indeed during the 20th century, it is considered that nearly 50% of Europe's tangible cultural heritage was lost. The combined impact of atmospheric pollution, urbanisation, excessive tourism, negligence and inappropriate restoration measures

¹Krivični zakonik Republike Srbije (Serbian Criminal Code), *Službeni glasnik RS* br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016

often results in irremediable changes and, in some cases, even the complete disappearance of major examples of immovable and movable heritage. These environmental and cultural threats continue to multiply, therefore requiring that resources be pooled beyond national boundaries, organised at EU level, to combat them." (Chapuis, 2009: 7).

4.5. The State Monopoly on Archaeological Cultural Values

In order to fulfill their function to serve as cultural assets, the objects must be traced and discovered. The archeology methods are of greatest importance for the search for cultural heritage objects and, therefore, the main part of the illegal activities in this regard are aimed at the search for archeological cultural objects.

In donor countries, where traces of archaeological objects and archeological cultural heritage can be found relatively easily and where the illegal search activities are difficult to detect, this is the most frequently committed crime against the protection of cultural heritage. Many people have turned this into a professional occupation. The result of this criminal activity fueled the illegal trafficking of cultural goods to the foreign country markets, mainly in Western Europe and the United States.

Declaring state monopoly over the search of archaeological sites indicates the presence of the conservative model for the preservation of the cultural heritage. A permanent issue in the donor countries, including Bulgaria, is whether the search for archaeological findings is justified and how socially dangerous it can be.

In essence, this dispute is fueled by the principle inability of any country to organize the discovery, preservation and presentation of all found objects. In fact, most of the archeological findings are in museum repositories; they are not exposed and accessible to the public. In many cases archaeological sites are not revealed due to the practical difficulties in organizing their exposure or funding their conservation. Moreover, the most popular archaeological sites do not actually have the capacity to accommodate large numbers of visitors and are inevitably damaged (Bauer, 2007: 690-724).

The solution of the question, which implies allowing citizens to freely search for and acquire archaeological objects or providing a more liberal regime at least, certainly entails the need to criminalize a number of activities related to the preparation and carrying out of archaeological excavations, the alienation of the objects thus discovered, their preservation, the formal violation of the state's property right if a state monopoly on the possession of archaeological objects is established, etc.

5. Conclusion

Criminal law protection is an essential component in the preservation of cultural heritage. The international human rights instruments cannot provide effective protection of cultural heritage and specific cultural objects. This task is still in the hands of individual countries, and the international cooperation is becoming more and more important.

On the other hand, countries create different national legislative models for the protection of the cultural heritage, depending on the decisions taken on a number of important issues, some of which are addressed in this paper. The resolution of the above discussed issues is the responsibility of each state. However, there should be common understanding and guidelines in making these decisions. The main criterion should be whether more effective guarantees are given for the right of every citizen to access cultural heritage.

References

Armbrüster, C. & others, (2011). Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union by the CECOJI-CNRS – UMR 6224, Contract No. Home/2009/ISEC/PR/019-A2. Final Report – October 2011.

Bauer, A. (2007) New Ways of Thinking About Cultural Property: A Critical Appraisal of the Antiquities Trade Debates. – *Fordham International Law Journal*, 2007, Vol. 31, Issue 3, 690–724.

Chapuis, M. (2009). Preserving our heritage, improving our environment, Vol. I, 20 years of EU research into cultural heritage. European Commission, Directorate-General for Research – Environment, Brussels, 2009.

Fishman, J. P. (2010). Locating the International Interest in Intranational Cultural Property Disputes. – *The Yale Journal of International Law*, 2010, Vol. 35, 347–404.

Francioni, F. (2004). Beyond State Sovereignty: The Protection of Cultural Heritage as a Shared Interest of Humanity. – *Michigan Journal of International Law*, 2004, 1209–1226.

Manacorda, S. (2011). Criminal Law Protection of Cultural Heritage: An International Perspective – In: *Crime in the Art and Antiquities World. Illegal Trafficking in Cultural Property*. New York: Springer Science+Business Media, LLC, 2011, 11–50.

Манов, Н. (2015). Наказателноправна защита на културното наследство. С.: Сиби, 2015.

Marryman, J. (1986). Two Ways of Thinking about Cultural Property, in: *The American Journal of International Law*, Oct. 1986, Vol. 80, No. 4, 831–853.

O’Keefe, P. J. (2001). Unlawful Traffic in Cultural Heritage and UNESCO. In: *International Arts Law Update*, June 2001, 139–143.

Панайотов, П. (1998). *Изпирането на пари по наказателното право*. С.: Сиби, 1998.

Сабитов, Т. Р. (2002). *Охрана культурных ценностей: уголовно-правовые и криминологические аспекты*–Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Челябинск, 2002.

Shyllon, F. (2011). Looting and Illicit Traffic in Antiquities in Africa, – In: *Crime in the Art and Antiquities World. Illegal Trafficking in Cultural Property*. New York: Springer Science+Business Media, LLC, 2011, 135–142.

Siehr, K. (2006). Nationaler und Übernationaler Rechtsschutz von Kulturgütern, *AKMB-news* 2/2006, Jahrgang 12, 35–42.

Singer, P. (2010). The New American Approach to Cultural Heritage Protection: Granting Foreign Aid for Iraqi Cultural Heritage. *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, Dec. 2010, No 1.

Туманян, К. Р. (2009). Уголовно-правовая охрана культурных ценностей в Республике Армения (Проблемы), *Вектор науки ТГУ*, 2009, № 3 (6), 55–58.

Yasaitis, K. (2005). National Ownership Laws as Cultural Property Protection Policy: The Emerging Trend in United States v. Schultz. – *International Journal of Cultural Property*, February 2005, Vol. 12, Issue 01, 95–113.

Summary

The international legal doctrine for the protection of the cultural heritage has evolved over time. Despite this, the existing conventions fail to provide effective mechanisms as the protection is still at a national jurisdictional level, rather than international. In that regard, two different legislative models have been established throughout Europe: the conservative (so-called South-European) and the liberal (North-European) model. An essential criterion for classifying each country into one of the two models is the criminal policy regarding crimes related to cultural assets. In the conservative legislative model, the protection against crimes targeting the cultural heritage is well-expanded to cover a variety of criminal acts. In contrast, the liberal model criminalizes a limited range of acts. Most offenses are subject to regulation of administrative law.

Despite the attempts of many international regulations to provide comprehensive protection, the national laws still accept only material tangible cultural assets

as the object of crimes. Currently, the intangible cultural heritage remains completely isolated from the criminal law protection mechanisms. The topic is complex and a lot of questions arise when establishing the criminal protection of cultural heritage in different models: will each state provide protection for its local cultural values, the ones originating on its territory, or will the protection be rather widespread? Will the import, and not only the export, of cultural objects be penalized? Will a state monopoly on the archeological cultural values be established?

Further to this, the globalization processes create new threats to cultural values that are not yet reflected in the national legislations. The resolution of the above discussed issues is the responsibility of each state. However, there should be common understanding and guidelines in making these decisions. The main criterion should be whether more effective guarantees are given for the right of every citizen to access cultural heritage.

Ass. dr Krassimir Manov,

Glavni asistent,

Pravni fakultet, Univerzitet "Sv. Kliment Ohridski" u Sofiji,

Sofija, Republika Bugarska

KRIVIČNOPРАВNA ZAŠTITA KULTURNE BAŠTINE

Apstrakt

Zaštita kulturne baštine je već dugo predmet međunarodnog prava. Vremenom se sa zaštite određenih materijalnih objekata kulturnog nasleđa prešlo na koncept zaštite svih tvorevina i dostignuća ljudske kulture, uključujući i nematerijalna kulturna dobra. Koncept zaštite materijalnih kulturnih dobara dopunjen je konceptom zaštite ljudskog prava na pristup kulturnoj baštini. Pored instrumenata međunarodnog prava koji regulišu ovu materiju, nacionalni pravni mehanizmi i dalje ostaju primarni instrumenti za zaštitu kulturnog nasleđa na nacionalnom nivou. U tom smislu, mehanizmi krivičnog prava imaju ključnu ulogu u krivičnopravnoj zaštiti kulturne baštine. U radu se istražuje u kojoj je meri nacionalno krivično zakonodavstvo usklađeno sa trendovima koji preovlađuju u međunarodnopravnim instrumentima za zaštitu kulturne baštine.

Ključne reči: kulturna baština, kulturna dobra, nematerijalna kulturna baština, krivično pravo, zaštita kulturnog nasleđa, međunarodno i nacionalno pravo.

**ПРАВО И ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ -
Грађанскоправна област**

LAW AND SOCIAL CHANGE - Civil Law

IS A NO ORAL MODIFICATION CLAUSE LEGALLY EFFECTIVE?

Abstract: *No oral modification (NOM) clause is a provision in a contract that any change in its terms has to be made in written form. But, is a NOM clause really and always legally binding and enforceable? And what are the consequences of an agreement that is concluded contrary to the clause? There are two main approaches to this issue. The first one concludes that a NOM clause is binding and precludes any subsequent oral modifications of contract. According to the second one, a NOM clause does not prevent such modifications because contractual parties cannot validly exclude themselves from a possibility to conclude a future contract in any available form („whenever two men contract, no limitation self-imposed can destroy their power to contract again“). This paper examines this issue by providing an overview of the legislation of selected European countries and international law systems (UNIDORIT Principles, DCFR).*

Keywords: *contract law, NOM clause, EU countries, international law systems.*

1. The notion of a NOM clause

A “no oral modification clause” (NOM clause) is a provision in a contract that requires that any subsequent modification or termination of the contract has to be made in some specified form, most usually in written form. Of course, the formal requirements can be less or more strict (e.g. a notarial authentication of signatures or a deed) but, for the sake of brevity, in this paper I will deal only with the written form requirement.

NOM clauses are widely used especially in commercial practice and most written contracts contain this clause. But, the main questions are: Are NOM clauses

* email: Jiri.Handlar@law.muni.cz

really and always legally binding and enforceable? What are the consequences of an agreement that is concluded contrary to the clause?

2. Main approaches to a NOM clause

There are two main approaches to the issue mentioned above.

1) Enforceability of a NOM clause

The first approach concludes that a NOM clause does not prevent parties from concluding subsequent informal (oral) modification or termination of the original contract.

The main reason supporting this approach is the principle of freedom of contract. If parties conclude a written formal requirement this agreement can be extinguished like any other. The parties can cancel the prior formal requirement and they can do it in a completely informal way. In other words, no prior formal requirement can prevent the parties from contracting in precisely the form they want at the time of a subsequent agreement. Using the words of American judge Benjamin Cardozo, "whenever two men contract, no limitation self-imposed can destroy their power to contract again". It means that the oral modification is as binding as the original contract containing the NOM clause, and between these two agreements the agreement concluded later has to prevail (Wagner-von Papp, 2010: 11-12). This approach is sometimes criticized. Opponents say that in this concept a NOM clause is of no relevance and has no legal effect. The same is true in court proceedings. If a party has a possibility to prove that an oral modification of the original contract has been made despite of a NOM clause, it is the same situation as if the NOM has not been agreed at all. If there is not a NOM clause and a party claims that there has been an oral modification of the original contract, the party has to submit an appropriate and sufficient proof of the subsequent oral modification. However, this is the same that a party has to do if a NOM clause has been agreed (Wagner-von Papp, 2010: 14-15, 60-61).

2) Unenforceability of a NOM clause

The second approach concludes that a NOM clause is binding and prevents any subsequent oral modification or termination of the original contract. It has to be noted that at any time parties can extinguish a previously agreed NOM clause by subsequent agreement, but this agreement itself has to be in writing. Without written form there is no valid modification or termination of the contract and parties stay bound by the terms of the original contract. The reasons for this approach are especially the following:

The principle of freedom of contract again. This approach emphasizes the freedom of contract at the time of conclusion of the original contract. Freedom of contract implies the freedom of parties to limit themselves in (and for) the future.

Legal certainty and protection of the integrity of the written contract in the future. Enforceability of NOM clauses can bring all advantages of written form, especially its *evidentiary*, *cautionary* and *channeling* functions.

Evidentiary function means that the parties may be certain that the whole content of the contract is embodied in a written document. *Cautionary* function means that the necessity of signing a written document can alert the parties that they are making some legally binding act. Finally, *channeling* function means that concluding contract in written form and signing it indicates that parties have acted with intention to be legally bound (Wagner-von Papp, 2010: 24-34).

There can be some exceptions from the full enforceability of NOM clauses, especially in cases where one party reasonably relies on validity of informal modification or termination of the original contract and acts in accordance with this.

Example: There is a contract for the construction of a particular building with specific features that contains a NOM clause; at the request of the employer, the builder orally agrees that the building should have very different features; the builder begins the work and the employer witnesses the progress of the building without objections (Vogenauer, 2015:377).¹

In this case it would be inequitable to insist on full enforceability of the NOM clause and to allow the employer to invoke the clause.

Some legislations have their own special regulation of these exceptions from full enforceability of the NOM clause, while some others use general concepts, such as: good faith, fairness, abuse of a right, or doctrine of estoppel.

3. NOM clauses in some important legal regulations

3.1. Unenforceability of a NOM clause

a) Austrian law

A good example of the first approach can be Austrian law. There is no special regulation of this issue; there is only a general provision of the Austrian Civil Code (Art. 884 ABGB-*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*). According to this provision,

¹The example is taken from Vogenauer, 2015: 377.

"if the parties stipulate a specific form for their contract, it is presumed that they do not want to be legally bound until the formal requirement is fulfilled".

According to legal theory, agreed written form can be abandoned by a subsequent mutual agreement of the parties. Waiving this possibility is ineffective due to private autonomy of the parties (the freedom of contract). A written form requirement can be abandoned by an oral agreement or by conduct, but the change has to be done with intention to be bound, even if there is a lack of formal requirements (this intention has to be proved) (*Apathy*, 1998:166; *Rummel*, 2000: 1470). Also, Austrian case law concludes that agreed contractual form can be abandoned at any time (also tacitly according to Art. 863 ABGB). Even if there is an agreement that an abandonment of the agreed written form has to be in writing, the formal requirement can be abandoned orally, but this conclusion has to result from behavior of the parties.²

b) German law

German law takes a special position on the NOM clauses. In German law, there is a distinction between "simple" and "double" NOM clauses. A simple NOM clause is a standard NOM clause that establishes a formal requirement for subsequent modification or termination of the original contract. A double NOM clause is a qualified NOM clause that establishes formal requirements not only for modifications or terminations of the original contract but also for modification or termination of the NOM clause itself.

German legal theory and case law accordingly acknowledge that the parties can abandon the "simple" NOM clause. The abandonment itself can be done completely informally and even by conduct (*Palm*, 2004: 268).

A different approach is taken in case of a "double" NOM clause. In 1976, the German Federal Court of Justice decided that the "double" NOM clause has full legal effect if it is individually negotiated and the parties are merchants.³ This conclusion was later extended to the labour and employment contracts. The conclusion of enforceability of the "double" NOM clause is held also in major part of legal theory (*Wagner-von Papp*, 2010: 19).

c) Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principles of European Contract Law (PECL)

² *Dittrich/Tades*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 36th edition. Wien : Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2003, decision to Art. 884 ABGB, E1 a E2, p. 1138.

³ *BGH-Bundesgerichtshof* (German Federal Court of Justice), 2nd June 1976, case 66.378, in: *Beale, H., Hartkamp, A., Kötz, D., Tallon, D. eds.* Cases, Materials and Text on Contract Law. Oxford : Hart Publishing, 2002, p. 161-162

Art. II. – 4:105 par. 1 DCFR states that „a term in a contract requiring any agreement to modify its terms, or to terminate the relationship resulting from it, to be in a certain form establishes only a presumption that any such agreement is not intended to be legally binding unless it is in that form”; (the same is true for PECL, art. 2:106 par. 1 PECL).

The official commentary on this provision explains that it would be contrary to good faith to let a NOM clause be binding when later the parties clearly manifested their will to use another form. In this case, effect must be given to their later agreement. This applies even if the parties in the original contract required the form for disregarding the NOM clause (Bar, Clive, 2009: 288).

3.2. Enforceability of a NOM clause

a) English law

In the past, NOM clauses were not enforceable in English law. According to the judgment of the English Court of Appeal (rendered in 2016), the NOM clauses were not enforceable if there was a clear evidence of an oral modification of the original contract. The court concluded that “the parties have freedom to agree whatever terms they choose to undertake, and can do so in a document, by word of mouth, or by conduct.” The fact that the parties’ contract contains a NOM clause “does not prevent them from later making a new contract varying the contract by an oral agreement or by conduct”.⁴

But, in the most recent decision rendered in 2018, the English Supreme Court changed the approach to NOM clauses. In that decision, the Court concluded that a NOM has to be legally effective because “party autonomy operates up to the point when the contract is made, but thereafter only to the extent that the contract allows”. Protection for the parties from the abuse of the NOM clause can be provided by various doctrines of estoppel.⁵

b) UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)

Art. 2.1.18. PICC states that “a contract in writing which contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in a particular form may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has reasonably acted in reliance on that conduct”; (the same is true for CISG, Art. 29 par. 2 CISG).

According to the commentary on the provision, NOM clauses have to be rigidly enforced under the PICC. Oral modification or termination of the original contract

is not effective. The commentary explicitly refuses the possibility that a NOM clause establishes only a presumption that subsequent oral modification or termination is not legally binding. It would undermine the purpose of the clause.

The only exception to the rule is provided in the second sentence of the provision. The purpose of the exception is the protection of parties who agree to an informal modification or termination of the contract, who believe this agreement to be valid and capable of performance on the basis of the seemingly modified terms. In certain circumstances, it would seem inequitable to let the party invoke the NOM clause. It is a special application of the general prohibition of inconsistent behavior. But, it has to be emphasized that the exception must be interpreted narrowly. The provision requires that reliance of the alleged party has to be "reasonable" and the exception only exists "to the extent" that the party has relied on the conduct of the other party (Vogenauer, 2015: 377-378).

3.3. Czech law

The position of Czech civil law on this matter is a little unclear. In the new Civil Code (CC), which came into force in 2014, there are two relevant legal provisions. According to Article 564 CC, if a legal act (e. g. an agreement) is based on the form requirement made by the parties, it can still be changed informally unless it is excluded by an agreement of the parties. However, Article 1758 CC states that, if parties agree on a specific form for their contract, it is presumed that they do not want to be legally bound until the formal requirement is fulfilled (which is almost the same as Art. 884 ABGB). These provisions apply to both civil and commercial relations.

The relation between these provisions and their legal consequences on NOM clauses are arguable. In the civil theory, there are different approaches to this issue.

The first one stems from Article 564 of the Czech Civil Code and deduces that a NOM clause excludes any subsequent informal changes of a written contract (perhaps with some exceptions in cases where the full enforceability of a NOM clause would be too inappropriate) (*Šilhán*, 2019 1825-1826). According to the second approach, Article 1758 of the Czech Civil Code should be also applied to changes of a written contract. In this case, a NOM clause establishes only a presumption that an informal subsequent change of the original contract is not intended to be legally binding (but the presumption can be rebutted) (*Handlar*, 2014: 2035-2036).

It is hard to say what approach to NOM clauses will be chosen, but it seems that the first approach begins to prevail.

4. The author's point of view

From my point of view, the approach which allows informal changes of the original contract is the better one. The main reason is the freedom of contract. Contractual form depends only on the will of the parties. In the case of conflict between the will of the parties that existed in the past when the original contract was concluded and the will that exists at the time of conclusion of a subsequent agreement, the more important has to be the second one because it indicates the more current will of the parties.

I do not think that a NOM clause in this approach has no legal effect. Firstly, a NOM clause can protect parties from modification or termination of the original contract provided by a unilateral legal act (e. g. withdrawal, termination, or unilateral set-off). There is no doubt that any unilateral modification or termination of a contract that includes a NOM clause has to be in writing; otherwise, it is invalid (*Handlar, 2014: 2035*).

Secondly, a NOM clause changes the circumstances in the case of court proceeding. The proof that an oral modification or termination was concluded cannot be the same as in the case where there is not a NOM clause. If somebody claims that there was an oral modification contrary to the NOM clause, the person has to explain why the parties have abandoned the prior formal requirement and has to submit appropriate proofs about it.

If there is a NOM clause, the conclusion that an oral modification has been made will be really exceptional; but, if it has been proven that an oral modification was made, it would be "contrary to good faith to let a NOM clause be binding when later the parties clearly manifested their will to use another form".

References

Apathy, P. (1998) in: Schwimann, M. e. *Praxiskommentar zum ABGB*, Bound 5, 2nd edition. Wien : Verlag ORAC, 1998, p. 166.

Bar, Ch., Clive, E. eds. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Volume 1, München: sellier. european law publishers, p. 288.

BGH, 2nd June 1976, case 66.378, in: Beale, H., Hartkamp, A., Kötz, D., Tallon, D. eds. *Cases, Materials and Text on Contract Law*. Oxford : Hart Publishing, 2002, p. 161-162.

Dittrich/Tades, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 36th editon. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2003, decision to Art. 884 ABGB, E1 a E2, p. 1138.

Handlar J. (2014) . in: Lavický, P. e. *Občanský zákoník I. Komentář*, Praha : C. H. Beck, a.s., 2014, s. 2035-2036.

Judgment of English Court of Appeal in *Globe Motors, Inc & Ors v TRW Lucas Varity Electric Steering Ltd & Anor* [2016] EWCA Civ 396, 20th April 2016 (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2016/396.html>).

Judgment of the English Supreme Court in *Rock Advertising Ltd v MWB Business Exchange Centres Ltd* [2018] UKSC 24, 16th May 2018 (<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0152-judgment.pdf>).

Palm, H. (2004) . Commentary on Art. 125 BGB in: Westermann, H., P. ed. *Erman BGB*. Bound I. 11th edition. Köln : Verlag Dr. Otto Schmidt, p. 268.

Rummel, P. eds. (2000) *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*. Bound 1, Part 2. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, p. 1470.

Šilhán J. (2019) . in: Petrov, J., Výtisk, M., Beran, V. eds. *Občanský zákoník. Komentář*, 2. edition. Praha : C. H. Beck, a.s., 2019, s. 1825-1826.

Vogenauer, S. (2015) . in: *Vogenauer, S. ed Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2nd edition, Oxford University Press, , p. 377.

Vogenauer, S. (2015) . in: *Vogenauer, S. e Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2nd edition, Oxford University Press, , p. 377-378.

Wagner-von Papp, F. *European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses Not Worth the Paper They are Written on?* – DCFR II.-4:105 v. CISG 29(2), UNIDROIT Principles 2.1.18, UCC § 2-209 and Comparative Law. 2010, p. 11-12 https://www.researchgate.net/publication/228224988_European_Contract_Law_Are_No_Oral_Modification_Clauses_Not_Worth_the_Paper_They_are_Written_on_-_DCFR_II-4105_v_CISG_292_UNIDROIT_Principles_2118_UCC_2-209_and_Comparative_Law).

JUDr. Jiří Handlar,

Pravni Fakultet, Masarik Univerzitet, Brno,
Republika Češka

DA LI JE NOM KLAUZULA PRAVNO EFEKTIVNA?

Apstrakt

Klauzula koja reguliše da nema usmene izmene ugovora (engl. No oral modification clause- NOM clause) je odredba u ugovoru kojom se stranke obavezuju da svaka promena uslova ugovora mora biti u pisanoj formi. Ipak, da li je NOM klauzula zaista, i u svim slučajevima, pravno obavezujuća i izvršna? Koje su posledice ugovora koji je zaključen u suprotnosti sa ovom klauzulom? Postoje dva osnovna pristupa ovom pitanju. Pobornici prvog pristupa zaključuju da je NOM klauzula obavezujuća i da onemogućava bilo kakve naknadne usmene izmene ugovora. Prema drugom shvatanju, NOM klauzula ne sprečava usmene izmene jer ugovorne strane ne mogu same sebi da isključe mogućnost zaključivanja budućeg ugovora u bilo kojoj dostupnoj formi (jer, „kada dve osobe zaključuju ugovor, nikakvo samonametnuto ograničenje ne može da poništi njihovu slobodu ugovaranja“). Autor obrađuje ovu temu kroz pregled zakonskih normi odabranih evropskih zemalja i određenih sistema međunarodnog prava (UNIDORIT principi, DCFR).

Ključne reči: ugovorno pravo, NOM klauzula, zemlje EU, sistemi međunarodnog prava

Др Есин Кранли Бајрам, доцент,
Правни факултет „Јустинијан Први”,
Универзитет „Св. Кирил и Методиј”
Скопље, Република Северна Македонија

UDK: 347.122-053.13(37:497.7)
347.65-053.13(497.7)

ЕТИЧКИ АСПЕКТИ ПРОШИРЕЊА РИМСКОГ НАЧЕЛА *NASCITURUS PRO IAM NATO HABETUR QUOTIENS DE COMMODIS EIUS AGITUR* У САВРЕМЕНОМ МАКЕДОНСКОМ ПРАВУ

Апстракт: Узимајући у обзир чињеницу да је аутор овог рада примарно заинтересован за правно наслеђе римског права, у првом делу истраживања фокус ће бити на детаљном објашњењу старо римског принципа. *D. 25,4,1,1 ...nasciturus iam pro nato habetur quotiens de comodis eius agitur...* и његове правне импликације.

У првом делу рада аутор посматра наведени принцип из неколико различитих углова, а у циљу да се докаже несумњив допринос старих Римљана у успостављању овог правила, и његова широка примена и данас у условима савременог права.

У другом делу рада, аутор настоји да позиционира овај принцип у савременом македонском праву (Закону о наслеђивању, чл.122). Полазећи од ове одредбе, аутор разматра идеју законодавца који одређује положај насцитуруса, обим његових права и евентуалну разлику у положају упоређујући са правилима римског права.

У завршном делу рада, аутор се бави могућим будућим решењима и посебно, етичким аспектима идеје о екстензивном тумачењу овог начела, нудећи сугестије које би сачувале морална и етичка начела.

Кључне речи: *nasciturus, postumus, наслеђивање, римско право, савремено право, македонско право.*

* email: e.kranlibajram@pf.ukim.edu.mk

1. Увод

Још у старом Риму, у архаичном периоду¹ (Бујуклић, 2012:289), у одредбама *Lex XII tabularum* помиње се примитивни облик тестамент², што говори да је римско право, концепт тестаментарног наслеђивања развијало од својих најранијих почетака, уређујући ову проблематику још у првим изворима *ius scriptum*. Са даљим развојем, идеја о концепту наслеђивања³ (Николас, 2009:223) има изузетно динамичан развој, због чега многи савременици истичу да су римски правни писци из овог периода „опседнути тестаментом“ (Борковски, Плесис, 2009:210). Наравно, ово се односи на случајеве наслеђивања у оквиру имућних чланова друштва, чији је интерес, поред стицања имовине наслеђивањем, био да осигурају имовину и након смрти оставиоца, тако што ће их оставилац још за живота унапред одредити за наследнике који ће бити продужетак породичне традиције⁴ (Crook, 1974:242).

Поред основног питања о вечној дилеми човека да ли је ли боље оставити тестамент или не, наведени извори римског права, на основу којих ће се изводити закључци у делу рада посвећен концепту римског наслеђивања уопште, темељно и недвосмислено указују и конкретизују претпоставке које је потребно испунити да би се наслеђивање реализовало, као и начине на основу којих се остваривало. У том смислу, изгледа да је једно од најзанимљивијих питања постојање зачетог, али нерођеног детета које претендује на наследство. Као што ћемо видјети у наставку, стари Римљани се нису устручавали око тога да ли треба признати насљедна права *postumus*-а.

Избор теме за овај рад значајан је из више разлога. Прво, на основу овог рада можемо да добијемо нов, сублимирани увид о неким занимљивим решењима из области римског наследног права; друго, омогућује се прикупљање података о овом питању у позитивном праву као и у праву Републике Македоније; треће, долази се до одређених закључака о утицају римског права на позитивне наследне системе, и истовремено се нотирају други социоекономски услови који су утицали на начине управљања наслеђем током историјског развоја и четврто, на основу добијених резултата може се предвидети будући развој овог института у одређеној сфери, одређивањем детерминанти који утичу на смер тог развоја.

2. *De cuius, heres et hereditas* у римском праву

О примени правила о наслеђивању у римском праву, као и у савременом, било је речи само у случају смрти физичке особе, која је током свог живота била субјекат права, односно носилац права и обавеза (*capacitas iuridica*).

Одатле, термин "тестатор" означава умрлу особу, чија се права и обавезе, након смрти, преносе на њене наследнике. Назив који су Римљани користили за тестатора, *de cuius*, као *скраћеница од de cuius successione agitur*, односи се на било коју особу након чије смрти се права и обавезе преносе на наследнике⁵.

Ко може да се појавити као тестатор, у римском праву било је условљено, пре свега, чињеницом дали је *de cuius* поседовао наследна права и обавезе, али истовремено и да ли је та особа била особа *sui iuris* или *alieni iuris*. У том смислу, *pater familias*, се најчешће појављивао у улози тестатора. Када су у питању случајеви тестаментарног наслеђивања, било је потребно да тестатор има *testamenti factio activa*, односно могућност да оставином располаже путем тестаментарног наслеђивања.

Наследник је, према римском праву, била особа која је заузимала место тестатора у погледу његових права и обавеза након његове смрти. Принцип универзалне сукцесије одређује наследника као особу која ће наследити сва наследна права и обавезе тестатора.^{6 7}

У улози наследника, према одредбама римског права, могло је да се нађе много шири круг особа, за разлику од тестатора, било да је особа *sui* или *alieni iuris*. Наслеђивање је било гарантовано чак и за *postumus*-а, зачетог али нерођеног у време очеве смрти, на основу правне фикције *nasciturus iam pro nato habetur*.

Да би ова фикција могла да се примени, требало је кумулативно да буду испуњена два услова: да се зачето дете роди живо и да се роди најмање десет месеци након смрти претпостављеног оца. Савремено право не само да у потпуности прихвата ово решење римског права, за зачету али нерођену децу, већ је у савременом праву много већа дилема: да ли омогућити наследна права деци која нису зачета али би могли бити након смрти оставитеља чији би наследници били. Ова дилема има дубоке моралне и етичке аспекте, па је из тог разлога неопходна посебна и детаљна анализа. Већина позитивних права омогућава наследна права у овим случајевима, али у тачно дефинисаном року, што се чини као најприхватљивије решење.

⁵ Постоји одређена разлика у зависности од тога да ли ће наследство тестатора бити подељено према вољу тестатора или ће се применити правила о тз. законском наслеђивању (*intestatus*).

⁶ Gaius.II.152. *Heredes autem aut necessarii dicuntur aut sui et necessarii aut extranei. 153. Necessarius heres est seruus cum libertate heres institutus, ideo sic appellatus, quia siue uelit siue nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est.*

⁷ И овде може да се разликује наследник који је позван на пријем наслеђа по основу тестаментарног наслеђивања (*ab testato*) или по основу закона, као интестатски наследник.

Последица фикције о *postumus*-у је правило *postumi agnatione testamentum rumpitur*, односно тестамент ће бити поништен ако постоји *postumus*⁸. Аналогно, захтеву за постојањем *testamenti factio activa* код тестатора, код тестаментарних наследника захтевало се да постоји *testamenti factio passiva*, способност да буду именовани за наследнике.

*Hereditas*⁹ и његов појам, у извесном смислу, историјски су условљени типом својинских односа у датом тренутку. Међутим, оно се увек разумело као *universtas iuris*¹⁰, (Живковска, 2005:162,163) чак и пре развоја појма чисте приватне својине, за време колективне својине, када су наследници *pater familias*-а наслеђивали своје наследство успостављањем *condominium* на оставштини, сваки на свој идеалан део. То је подразумевало примену принципа универзалне сукцесије, потпуног преузимање тестаментарних права и обавеза након његове смрти. Према томе, *hereditas* је у основи имовина, састављена од збира тестаментарних права и обавеза (имовине и обавеза) које су наследне и у целини прелазе на наследнике након смрти тестатора.

3. Ко може бити наследник према позитивном праву у Р. Северној Македонији?

Као што смо напоменули, трећа карика наследног односа је наследник или наследници (обично их је више). Већ смо рекли да се, у најопштијем контексту, наследник појављује као правопријемник оставине у тренутку

⁸Dig.28.2.9 *Paulus libro primo ad Sabinum pr. Si quis postumos, quos per aetatem aut valetudinem habere forte non potest, heredes instituit, superius testamentum rumpitur, quod natura magis in homine generandi et consuetudo spectanda est quam temporale vitium aut valetudo, propter quam abducatur homo a generandi facultate. 1. Sed si ex ea, quae alii nupta sit, postumum quis heredem instituerit, ipso iure non valet, quod turpis sit institutio. 2. Si filium exheredavero nepotemque ex eo praeteriero et alium heredem instituero et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum Iulianus et Pomponius et Marcellus aiunt. Diversumque est, si in hostium potestate filius sit et decesserit in eodem statu: rumpit enim his casibus nepos testamentum, quod moriente avo filius pependit, non abscisum ut superiore casu fuerit. Sed et si heres institutus omiserit hereditatem, erit legitimus heres, quoniam haec verba "si intestato moritur" ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur. 3. Sed si ex ea, quam nefas sit ducere, postumum heredem instituero, non putat rumpi testamentum Pomponius. 4. Sed si per adoptionem sororem factam habeam, potero postumum ex ea heredem instituere, quia adoptione soluta possumeam ducere uxorem.*

⁹Посматрано са становишта тестатора, овај збирни предмет назива се наслеђем, али посматран са становишта следбеника, назива се наслеђем

¹⁰Збирни предмет, састоји се од више ствари, али закон га третира као јединствен. Савремено право разликује збирни предмет од скупа предмета.

смрти тестатора. Схватање старих Римљана да наследник наслеђује покојника као наставак његове личности и његова је субјективност, је логично напуштено у савремено доба. Ово из разлога што савремена права, у том смислу и право Р. Северне Македоније, подразумева пренос имовинских права и обавеза, а не личне карактеристике или друштвени статус тестатора.

Дакле, право да буде именован за наследника припада сваком физичком или правном лицу, које се појављује као наследник наследства, на основу законом прописаних услова. У том смислу, и универзални и сингуларни наследници се сматрају наследницима. Оно што може да се примети, на први поглед, је значајна разлика у распону особа који могу бити тестатори (само физичке особе) у односу на оне који могу бити наследници, физичке и правне особе. Међутим, треба напоменути да се правна лица могу појавити у улози наследника, само ако су именована за тестаментарне наследнике. Дакле, правна лица могу бити наследници само ако је основа за позивање на наследство воља тестатора.

Услови које наследници морају да испуне наведени су у члану 223 Закона о наслеђивању¹¹, који одређује да наследник може бити физичко лице које је живо у време делације (став 1); зачеће али нерођено дете ако се роди живо (став 2) и правно лице које може бити само наследник на основу тестаментa (став 3).

Дакле, свака физичка особа која је жива у време смрти тестатора сматраће се способном за наслеђивање и она која је наследила ако је достојна сукцесије (ЗН чл. 123-124). Дакле, способност наслеђивања стиче се у време рођења физичке особе, тренутак за који се сматра да је стекла правну способност, као и тренутак за који се сматра да је стекла пословну способност. Према томе, свака физичка особа која је била жива и у време делације може имати статус наследника, бес обзира да ли је способна за живота и колико дуго је била у животу. Што се тиче правних лица, она могу да се појаве као тестаментарни наследници, ако постоје у време смрти тестатора, односно ако је правно лице уписано у централни регистар правних лица.

Ово одређење је у некој мери противно члану 99 ЗН, који предвиђа способност тестатора својом вољом да утврди да ће се његово наслеђе у целини или делом користити за постизање одређене сврхе (став 1), тј. да одреди оснивање удружења која би, као правно лице, требало да се упише у регистар након давања одобрења (став 2). Ова ситуација значи да ће наследник бити правно лице које не постоји у време делације. Међутим, теорија сматра да се наслеђивање, *de iure*, дешава у тренутку смрти, мада

¹¹ Закон је донет 1996 године. У даљем тексту: ЗН РСМ.

се то, *de facto*, догађа и онда када се то правно лице или удружење упише у централни регистар.

Аналогна је позиција теоретичара чак и у случајевима када је правно лице именовано у тестаменту а његово оснивање није завршено, али само када препрека оснивању није суштинска. Треба напоменути да у ЗН РСМ не постоје одредбе о квалификацији наследника као неспособних.¹² Ово је, пре свега, последица прокламоване једнакости наслеђивања, али и због чињенице да је таква пракса напуштена у савременим системима наслеђивања.

Подсећања ради, римско право је везивало способност наслеђивања за припадност одређеној друштвеној групи или одређеним личним особинама појединаца. Немогућност наслеђивања историјски је постојала у раним грађанским законима, као и у нашим старијим законима о наслеђивању, а била је резултат става да је право на наслеђивање везано за признавање грађанских права и да она могу бити ограничена због различитих својстава или припадности неког ентитета.¹³

Поред могућности остваривања наследног права наследника, код наследника не би требало да постоји недостојност наслеђивања. Чланови 133 и 124 Закона у потпуности регулишу питање утврђивања недостојности. На основу анализе чл.123, може да се закључи да разлог за недостојност наследника може бити одређено понашање наследника према тестатору које се сматра непримереним. Дакле, у таквој ситуацији може да се уземе у обзир само субјективни однос између одређеног тестатора и наследника, било да је то интестатско или тестаментарно наслеђивање. Квалификација недостојности односи се само на конкретни случај и на одређеног тестатора, а то не значи да ће, наследник који је једном био проглашен недостојним за наслеђивање, бити недостајан за неког другог тестатора.

Што се тиче узрока који узрокују недостојност, у члану 123 дати су *numerus clausus*, па је немогуће екстензивно тумачити такве норме. Они се односе на намерно лишавање или лишавање живота тестатора; претња или обмањивање тестатора да направи или опозове тестамент или одредбу тестаментa или да је спречи у томе; уништавање или прикривање тестаментa како би се спречило његово остваривање или фалсификовање тестаментa, као и кршење обавезе подржавања или пропуштања да то чини према тестатору.

¹² Осим чл. 5 Закона о странцима који предвиђа реципроцитет. Ова одредба личи на немогућност наслеђивања одређене категорије лица.

¹³ из разлога тзв. грађанске смрти.

Недостојност за наслеђивање такође потиче из римског права, где је била дефинисана на исти начин, као санкција за наследника који се морално неприхватљиво понашао према тестатору. Даљи развој овог концепта и присуство таквих одредби у ЗН означава јасно раздвајање од неспособности за наслеђивање¹⁴ (Спировиќ-Трпеновска, 2009:60,61).

Члан 124. став 1. такође одређује ефекат сваке утврђене недостојности, ограничавајући се искључиво на одређеног наследника као личну карактеристику, која се не преноси на потомство. Стога, у случају интестатског наслеђивања, потомство недостојног наследника наслеђује као да недостојан уопште није стекао статус наследника. У овом случају узима се у обзир принцип заступања, што није случај у случају недостојног наследника¹⁵.

Будући да ЗН РСМ познаје само релативне узроке недостојности, који су, како смо видели, засновани искључиво на односу тестатор-наследник, законодавац предвиђа способност тестатора да помиљује. Опраштањем, датим изричито или прећутно у тестаменту, недостојност престаје за наследника¹⁶.

Осим физичких и правних особа, уз све предвиђене услове под којима се стиче могућност да се остваре субјективна права наслеђивања, посебно је занимљива категорија наследника, зачетка или нерођеног детета, *postumi*. Правну фикцију створену у римском праву, *nasciturus iam pro nato habetur quotiens de comodis eius agitur* се и данас примењују савремени наследно-правни системи, што само потврђује универзалност римског правног наследства.

У том смислу, ЗН у чл.122 прописује да ће се „дете које се зачело у тренутку отварања наследства сматрати рођеним ако се родило живо”, чиме се недвосмислено захтева испуњење глвног услова, а то је да се зачетак роди. Ова формулација није спорна. Присутна је у савременом законодавству

¹⁴ Овај феномен, такође је присутан у нашем претходном законодавству, вероватно као резултат предвиђања неких других узрока које изазивају недостојност наследника, осим његовог непримереног односа према тестатору. При том се мисли на понашање наследника у ширем друштвеном окружењу, које се сматра непримереним (нпр. илегално напуштање земље). Отуда разлика између такозваних наследника који су апсолутно недостојни наследства (члан 130 Закона о наслеђивању из 1973.године, Службени лист ФНРЈ бр.35/73 од 25.9.1973.) и релативних узрока недостојности (чл. 123 Закона о наслеђивању из 1996. године).

¹⁵ Примењују се одредбе чланова 134 и 135 из ЗН РСМ.

¹⁶ На овај начин апсолутна недостојност не може да се превазиђе, јер се ради о повредама и непримереном понашању наследника према друштвеној заједници, а не према тестатору лично.

ради заштите права нерођене деце, јер је њихово рођење у неку руку извесно.

Кумулативно предвиђање услова да је дете зачето у тренутку смрти тестатора и да се роди живо заправо је начин да се избегну могуће злоупотребе у таквим случајевима. Из тог разлога се врши провера да ли је дете зачето у тренутку смрти тестатора, јасним утврђивањем трајања трудноће на основу прописаног медицинског поступка¹⁷. Са друге стране, тренутак рођења представља тренутак стицања правне способности.

У случају *postumus*-а, сматра се да оно наслеђује у тренутку смрти тестатора ако се роди живо¹⁸.

Нови наследни системи признају право наслеђивања постхумно зачетој деци поред оних који су били зачети за време живота оставиоца. Наиме, развој медицине на овом пољу омогућава зачеће детета смрзнутим репродуктивним материјалом, који у суштини драстично помера до сад познате границе људске репродукције. Стога се поставља питање оправданости предвиђања и постхумно зачете деце као могућих наследника. Мада ово питање поставља многе моралне, етичке и правне дилеме, савремене тенденције подржавају тезу да права посмртно зачете деце треба штитити. То, наравно, мора да се учини са великом хируршком прецизношћу и постављањем временског оквира у коме може да се изврши посмртна репродукција, како би се обезбедила конзистентна правила која ће заштитити ову осетљиву категорију наследника. У том смислу ће ново, ревидирано законодавство о наслеђивању вероватно омогућити и постхумно зачетој деци да могу да буду наследници (Комисија за семејно и наследно право, 2014:49-59

¹⁷ Савременом праву доступна је ДНК анализа која одређује биолошког родитеља са готово стопостотном сигурношћу. Пошто римска правна мисао није могла да очекује такву помоћ медицине, она се служила претпоставкама на основу тадашњег нивоа сазнања о временском периоду трајања трудноће.

¹⁸ Због овог ефекта наследних права, у случају смрти, део наследства који им припада ставља се под старатељство оставинског суда, мајке детета или старатеља (у римском праву *cura ventris*). (Закон о ванпарничном поступку чл.124, ст. 2). Међутим, ни Закон о ванпарничном поступку не одговара на питање да ли треба прекинути оставински поступак ако постоји *nasciturus*. У будућности би законодавац требало да одговори на ово питање, као и то да ли, као и у римском праву, опорука треба да буде проглашена неважећом ако у било којем случају постоји *postumus*.

4. Аргументи за и против проширења римског начела *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur*

Оно што је горе поменуто неколико пута, покреће значајно питање: људски живот и његова права као предмет права.

Људско порекло, рођење и живот са правног становишта су тема интереса многих научника. Присуство у архаичним и савременим правима говори о промишљањима на ову тему са аспекта филозофских, религијских, друштвених, али пре свега етичких и моралних принципа. Из тог разлога могу се чути честе расправе о решењима која се тичу заштите људских права ембриона у фази када се оно још не може сматрати субјектом права, посебно релевантним у савременом контексту, узимајући у обзир чињеницу о изванредном развоју медицине, који је драстично подигао границе могућег у области репродукције човека.

Иако је много тога било непознато старом свету па самим тим и старим Римљанима, њихова теоријска подешавања заштите права ембриона и мајке и даље служе као универзална правила (Новкиришка Стоянова, 2017:19-25) но што још треба споменути је чињеница да је у литератури из области теорије права и грађанског права, тај израз представљен као аутентична норма коју су створили римски правници, иако се извори не могу наћи у горе наведеном облику. Наиме, она је произашла од честе употребе сублимираниг сазнања о идејама римских правника¹⁹.

На основу овог принципа, можемо да говоримо и о два правца која разрађују правни статус детета зачетог али нерођеног. Први, који предвиђа једнакост између *conceptus*-а и *natus*-а и други, који признаје правну фикцију да се зачето дете треба сматрати рођеним, мада још то није²⁰.

О споровима романистима око горе поменутих ставова може се рећи много више. Неспорно је, као што смо већ рекли, да је наведени принцип, без обзира на његово истинско порекло или различита тумачења, широко прихваћено у савременом законодавству. Али оно што је још значајније јесте да почиње доба екстензивније интерпретације. Наиме, све је већа расправа о заштити права постхумно зачете деце.²¹ То значи да би римска максима сада била применљива и на једну другу категорију „будућих” субјеката права.

¹⁹*Ibid.*

²⁰*Ibid.*

²¹То значи да би законодавство које регулише биомедицинску оплодњу несумњиво требало да има у виду децу која би била зачета након смрти њихових биолошких родитеља.

Закон о биомедицинској потпомогнутој оплодњи у Републици Северној Македонији усвојен је у марту 2008. (Службени гласник Републике Македоније бр. 37/08), чиме је РСМ једна од ретких која регулише ову врсту репродукције људи. Стога је логично поставити питање правног оквира у који би се постхумно зачета деца сместила у смислу заштите њихових наслеђених права.

Ово ствара дубоке етичке, моралне, социјалне, правне, па чак и верске дилеме. Који су аргументи за и против ове друштвене појаве?

Полазећи од чињенице да допуштање постхумне репродукције задовољава три основна начела етичке анализе људске репродукције (слобода појединца²², утилитарни принцип²³ и принцип правичности (MaskLin, 1990)²⁴), чини се сасвим исправним да законодавац то дозволи и регулише.

Са друге стране, друго једнако важно питање је разматрање најбољег интереса постхумно зачетог детета, мада савремене теорије посвећују много више пажње апсолутној слободи људске репродукције. Овакав став је неприхватљив, јер најбољи интереси деце морају бити најбитнији приоритет приликом доношења одлука о заштити њихових права.

Из тог разлога са правом се поставља питање: шта је са психолошким, социјалним, моралним, економским, па чак и емоционалним последицама за децу које би били „продукт“ посмртне репродукције? Ако је највиши интерес детета да живи у здравој породици обасуто љубављом и пажњом оба родитеља, који се брину о његовом образовању и васпитању, зашто онда дозвољавамо рађање деце за коју унапред знамо да ће живети у породици самохраног родитеља која одступа од „породичног идеала“? То несумњиво крши чак и основне одредбе Конвенције УН о правима детета, која на прво место ставља најбољи интерес детета (Мицковић, 1998). Таква теорија има жестоке присталице, који примећују да је потреба да људи постигну бесмртност и вечност својим генетским кодом супротстављена допуштању и регулисању посмртне репродукције.

Не упуштајући се даље у филозофски расплет о посмртној репродукцији, могли бисмо да закључимо да је, ипак, најбољи интерес детета да се оно роди, да постоји. Било би сувише конзервативно занемарити развој медицине и могућности да људско потомство остане неискоришћено.

²² Право појединаца на слободу у одлучивању и поступању, ако се не крше права других.

²³ Колико су исправне оне акције и политике које воде према просперитету и колико су добре за већину људи.

²⁴ Једнаки приступ добрима и услугама који задовољавају људске потребе.

Са друге стране, ситуација у македонском позитивном праву захтева неодложно и хитно регулисање права ове категорије особа. Наиме, важећи Закон о наслеђивању РСМ-а не предвиђа и не дозвољава наслеђена права посмртно зачете деце²⁵, што их ставља у крајње неповољан, непоштен и дискриминирајући положај у односу на све остале категорије наследника.

У том смислу законодавац треба да нађе идеалну равнотежу између понуђених решења. Оно што се може назвати разумним решењем јесте да се предвиди временски оквир унутар којег би се могла постићи постхумна репродукција, који би одржавао минимални морални и етички стандард и пружао само блиско потомство²⁶.

5. Закључак

Хируршка прецизност римске јуриспруденције, савременим правима нуди безбројна правна начела. Као и у осталим случајевима, закључујемо да су правила римског права и даље применљива. И не само то. Она даље отварају могућност за нова тумачења и широку примену. Принцип *nasciturus iam pro nato habetur quotiens de comodis eius agitur* један је од оних који, посебно у савременим социо-економским условима, изазивају бурне расправе и готово је немогуће да теорија и пракса понуде јединствено решење. Међутим, полазећи од посебности правног, социјалног, али изнад свега породичног концепта, савремена права покушавају да пронађу најбоље решење у погледу заштите права зачете али нерођене деце, као и могућности давања животне шансе кроз апсолутну слободу појединца за репродукцију.

На крају, без обзира на концепт савремених наследних система, можемо да закључимо да постављање човека, појединца на социјални пиједестал, још увек произлази из римског права. Са изузетном смислом за појединачне случајеве, старо римско право нудило је заштиту не само људским и имовинским правима, већ и заштиту и развој друштва, обраћајући посебну пажњу на наставак људског рода и стварање здравог потомства. Из тог разлога римско породично и наследно право, својим савременим панданима могу да пруже драгоцене лекције за учење.

²⁵ Члан 222 ЗН РСМ предвиђа да наследник може бити само неко лице које је живо у време смрти тестатора или зачето током његовог живота.

²⁶ Највише 3 године након очеве смрти. Осим тога забрањење је и сурогат родитељство, што са друге стране онемогућава реализацију постхумног родитељства на неки дужи рок.

Библиографија

- Андреев, Н, Михаил.(1958) *Римско частно право*. Софија:Државно издателство „Наука и изкуство“
- Baron, I.(1925) *Institucije Rimskoga prava*. Zagreb: K.N. Bibliografski Zavod, D.D
- Berger, Adolf.(1953) *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law - New Series*, Vol. 43, Part 2. Philadelphia: The American Philosophical Society, (Reprinted 1980 and 1991)
- Boras, M. и Margetic, L.(1980) *Rimsko pravo*. Zagreb: PFZ biblioteka udzbenici i skripta
- Borkowski, A. (1997) (3rd ed.), *Textbook on Roman Law*
- Борковски, Ендру и ду Плесис, Пол.(2009) *Учебник по римско право*. прев. Елена Витанова 3 изд, Скопје:Просветно дело АД .
- Buckland ,W. W.(1963): (3rd ed.) *Textbook of Roman Law*
- Бучковски, Владо (1998). „Римското и современото заложно право. Дис, Правен факултет, Скопје
- Bujuklić, Žika. *Forum Romanum – Rimaska drzava, pravo, religija i mitologija (2005)*. Београд: Правни факултет у Београду - Библиотека „Приручници“, Центар за публикације – „Досије“
- Burdick, W.L (2004): *The principles of roman law and their relation to modern law*. Clark, New Jersey:The Lawbook, Exchange LTD
- Crook John.(1974) *Succession in the Late Roman Republic*. Reviewed work: The Law of Succession in the Later Roman Republic by Alan Watson. The Classical Review, New Series, Vol. 24, No. 2 ,Cambridge University Press on behalf of The Classical Association
- Danilović, Jelena, Stanojević Obrad.(1993) *Tekstovi i izvori rimskog parva*. Beograd
- Eisner, Bertold и Marijan, Horvat.(1948) *Rimsko pravo*. Zagreb:Nakladni zavod Hrvatske
- Gordley, James.(2008) *Foundations of Private Law – property, tort, contract, unjust enrichment*. New York: Oxford University Press
- Horvat,Marijan (1980). *Rimsko parvo* (deseto izdanje). Zagreb: Školska knjiga
- Хвостов, ВМ (1996) *Систем римского права*.Москва:Спарк
- Jovanović, M. (2007)*KomentarStarog rimskog Ius civile (Knjigadruga: Lex XII tabularum – I-VI)*.Ниш:Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nisu

Маленица, Антун.(1996) *Римско право*(друго измењено и допуњено издање); НовиСад :Правни факултет у Новом Саду

MacKlin, R (1990) *Ethics and human Reproduction: International Perspectives, Social Problems*, Vol.37. No.1

Машкин, Николај Александрович.(1995) *Историја на Стариот Рим*. Скопје: Зумпрес (БиблиотекаУниверзум)

Мицковиќ Дејан, (1998) „ Конвенцијата на ОН за правата на детето и дилемите околу нејзината имплементација”, Образовни рефлексии, Бр.1

Moyle, J.B.(2002) *The Institutes of Justinian*. New Jersey: The Lawbook Exchange, Union

Nicholas, Barry (1975). *An Introduction to Roman Law - Clarendon Law Series*; Oxford University Press; Oxford - 1962 (Hardback), (Paperback).

Николас, Бери.(2009) *Вовед во римско право*. Со предговор, ревидирана биографија и речник со латински поими од Ернест Мецгер. прев. Наташа Алексовска, Рената Георгиевска, Билјана Митовска, Скопје:Просветно дело

Новкиришка Стоянова, Малина (2017) "Nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur". римскоправното правило и съвременното му приложение", *Ius Romanum* issue ii/2017

<https://iusromanum.eu/documents/985691/3819843/%D0%9C%D0%B0%D0%BB%D0%B8%D0%BD%D0%B0%20%D0%9D%D0%BE%D0%B2%D0%BA%D0%B8%D1%80%D0%B8%D1%88%D0%BA%D0%B0.pdf/6f2de8a1-cf6e-4f5c-a68e-7a9da21c9cbd>

Обрад Станојевиќ. Емилија Станковиќ.(2010) *Савремени правни системи*, Крагујевац:Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Поленак-Аќимовска, Мирјана ,Бучковски Владо.(2008) *Избор н атекстови од римското право* (IV издание).Скопје: Правен факултет „ЈустинијанПрви”, УКИМ

Поленак-Аќимовска М., Бучковски В, Наумовски Г. (2007) *Универзалност на римското право (едукација, правнисистеми, европскоправо)*.Скопје „Жива антика”, Институт за класични студии, Филозофски факултет

Пухан, И. .Поленак-Аќимовска, М. (1991) *Римско право* .Скопје: Универзитет „Кирил и Методиј”

Работен материјал на Комисијта за семејно и наследно право, (2014) Граѓански законик на РМ,книга четврта, „Наследноправни односи”

Salkowski Carl e. E. Whitfield.(2008) *Institutes and History of Roman Private Law With Catena of Texts* (Hardcover); Lawbook Exchange Ltd

Srđan Šarkič. Dragoljub Popović. (1996) *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Beograd: Izdavačka kuća „Draganić”.

Спировиќ-Трпеновска, Љиљана.(2009) *Наследно право*, Скопје: Зри Август С

Stein, P. (1996) *Roman Law in European History*. Cambridge: University Press

Watson, Alan.(1991) *Roman Law and Comparative Law*.Athens and London: The University of Georgia Press, , (Paperback).

Вотсон, Алан(2000) *Правни Транспланти (Приступ упоредном праву)*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Институт за упоредно право

Живковска, Родна(2005) *Стварно право*. Книга I. Скопје

Закон за наследувањето. Сл. Весник на Р.М. бр.47/96 , 12.09.1996.

Зборник во чест на ИвоПухан, (1996)Скопје:Правен факултет

Зборник на трудови од Меѓународниот симпозиум: „Современото право, правната наука и јустинијановата кодификација”(2004)–Том I и II.Скопје: Правен факултет „ЈустинијанПрви” при УКИМ

Зборник на трудови: *Јавно и приватно право – 50 години од Универзалната декларација за човекови права*. (1998)Скопје: Правен факултет; УКИМ

Зборник во чест на Никола Сотировски и Владимир Кратов,(2001) Скопје: Правен факултет

Zimmerman, R. (1999)*Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today*.Oxford: University Press.

Esin Kranli Bajram, PhD,

*Assistant professor, Roman law department,
Faculty of law "Iustinianus Primus",
University "St. Cyril and Methodius",
Skopje, Republic of North Macedonia*

***THE ETHICAL ASPECTS OF THE ROMAN PRINCIPLES' NASCITURUS
PRO IAM NATO HABETUR QUOTIENS DE COMMODIS EIUS
AGITUR (ENLARGEMENT IN THE MACEDONIAN CONTEMPORARY LAW)***

Summary

The choice of the topic for this paper is significant for many reasons. First, we can gain new, sublimated insights from some interesting solutions in the field of Roman inheritance law; secondly, it is possible to collect information on this issue in the positive law as well as in the law of the Republic of North Macedonia; third, some conclusions are drawn about the impact of Roman law on positive inheritance systems, and at the same time other socioeconomic conditions that influenced the ways of managing inheritance during historical development are noted, and fourth, based on the results obtained, this kind of analysis can predict the future development of this institute in a particular sphere, by determining the determinants that influence on the direction of the inheritance laws development in future.

Keywords: *nasciturus, postumus, inheritance, Roman law, contemporary law, Macedonian law.*

DISCLOSING DETAILS OF THE CHILD'S PRIVATE AND FAMILY LIFE IN THE MEDIA AS A FORM OF VIOLATION OF THE RIGHTS OF THE CHILD

Abstract: *Although the journalists are required to show particular restraint when reporting on issues concerning children and ensure the protection of the children's integrity, sensationalist titles and articles, accompanied by photographs, video footage and other identifying information about children are no longer isolated occurrences. Far beyond the boundaries set by the public interest, the public is regularly being informed about the children who are victims of different forms of ill-treatment. Moreover, they are increasingly becoming objects of media interest due to their parents' actions or public exposure. It has become parents' common practice to publish photos of their children via social networks on a daily basis, including detailed descriptions of family circumstances, or to "resolve" their mutual disputes concerning parental care through the media, by seeking public support for their "side of the case". Being aware that it will attract public attention, the media are willing to provide the parents with logistic support. On the basis of an example from Croatia, this article aims to illustrate how intensive media intrusions into the child's personal space have become. Unlike the adults, the child has no control over when and how his/her life will become the subject of public debates. So, there is an evident need to find the possibilities for protecting the child from the harm he/she may suffer due to unwanted public exposure.*

Keywords: *child, public, media, rights of the child, private and family life, parents.*

* e-mail: ana.radina@pravst.hr

1. Introduction

The development of media and digital technologies continually opens up new ways of communication among people, as well as new opportunities for public insight into the private and family life of others. Availability of digital technologies has also made children more accessible to everyone regardless of their motives for getting close(r) to the child.

Members of the media are considered to be public watchdogs that, in exercising their freedom of expression, disseminate information regarding matters of public interest (Council of Europe, 2018: 7). The protection of children is generally considered to be a matter of public interest and, in recent years, the protection of children in the media environment has become a recurrent topic (Katsarova, 2013: 1), especially regarding the possibly negative effects of the media contents children are being exposed to. What this paper is concerned about is not the child as a receiver of media contents, but the child as an object of the media attention attracted by the child's parents.

On the one hand, media have significantly contributed to raising awareness of the importance of protecting children's rights but, on the other hand, they frequently violate those same rights (Flego, 2011: 66). For example, far beyond the boundaries set by the public interest, the public is regularly being informed about the children who are victims of different forms of ill-treatment. The journalists' ethics is evidently in crisis, as is apparent from the prevailing principle of market efficiency over professional standards of journalism (Poler Kovačić, 2001: 29). Journalists seem to be in a constant search for a story that will stand out for some reason, targeting anonymous people, including children. Thus, media concurrently appear as guardians and as abusers of children's rights.

However, journalists are not the only ones to blame for intrusions into the children's privacy. Lately, media are increasingly being invited into the children's lives by no one else than the children's parents, who publish their children's photos via social networks, including detailed descriptions of family circumstances; the so-called "sharenting" (Steinberg, 2017: 842) has become a common practice. Another common occurrence are the parents' attempts to "resolve" their mutual disputes concerning parental care through the media, by seeking public support for their "side of the case", while completely disregarding the detrimental effect that the public disclosure of their private life details may have on the child.

Being aware that such information will attract the public audience eager to peep into other people's privacy, the media are willing to provide the parents with the necessary logistic support, ignoring the fact that sensationalistic reporting about difficult family situations grossly violates the child's dignity, privacy, sound

and healthy development, to mention just a few of the children's rights. Then, both the parents and the media are further encouraged by the interest of the general public audience, which considers itself competent to discuss and judge what is best for the child, ignoring the fact that it thus participates in violating the rights of that child who is being additionally traumatised.

Unlike the adults, the child has no control over when and how his/her life will become the subject of public debates. So, there is an evident need to find the possibilities for protecting the child from the harmful exposure of his/her private and family life to the public. After presenting the relevant legal framework in Croatia, a highly prominent case from Croatia will be discussed as an example of children in the spotlight of media attention primarily thanks to their parents who reveal most intimate details of their and their child's private life in order to pursue their own goals.

2. Legal framework relevant for the media reporting on issues concerning children

2.1. General legal framework

The Constitution of the Republic of Croatia¹ guarantees respect for and legal protection of each person's dignity, private and family life (Article 35). Apart from the State's obligation to protect children and create conditions promoting the achievement of the right to a worthy life (Article 62), there is also a general obligation of everyone to protect children (Article 64). Parents have the right to make independent decisions concerning the upbringing of their children, and the responsibility for ensuring the right of their children to the full and harmonious development of their personalities (Article 63). Of course, freedom of expression is also guaranteed and it encompasses particularly the freedom of the press and other media, freedom of speech and public opinion (Article 38).

At first glance, there is an obvious inherent tension between the child's right to protection of his/her private and family life and dignity (on the one hand), and the parents' rights to private and family life and the freedom of expression, and the freedom of the media (on the other hand). However, any potential dilemma as to the primacy of the said rights should be resolved after reading Article 134 of the Constitution, which states that the international treaties to which Croatia is a party shall be part of the domestic legal order and shall have the primacy over the domestic law.

¹Ustav Republike Hrvatske (Constitution of the Republic of Croatia), *Narodne novine*, 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10, 5/14.

The latter is relevant due to the fact Croatia is a party to the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC)². Of particular significance for this paper is Article 16 of the CRC which prohibits unlawful interference with the child's privacy and family, as well as unlawful attacks on the child's honour and reputation. Nowadays, it is practically common knowledge that the CRC obliges all parties dealing with children to take the best interests of the child as a primary consideration in all actions concerning children, whether those actions are undertaken by public or private actors (Article 3 CRC). The State's duty is to assure to the child who is capable of forming his/her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child (Article 12 CRC). Of course, the child's maturity and the ability to understand the situation will be the key to making a decision on including the child into a proceeding, in order to protect his/her well-being and to avoid a greater damage (Hrabar, 2013: 71).

Furthermore, a special role is given to the Council of Europe's Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)³ (Lisičar, Turudić, 2019: 45), which also creates an obligation for Croatia to protect children from violations of their rights committed by the media as well as by their parents. The right to respect for private and family life (Article 8 ECHR) and the right to freedom of expression (Article 10 § 1 ECHR) guaranteed by the ECHR are of special relevance for this paper. It is important to remember that the exercise of the latter right carries with it special duties and responsibilities; since it can be abused to undermine the rights of others, freedom of expression may accordingly be restricted for a number of reasons (Joseph, Castan, 2013: 590-591), inter alia, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, and for preventing the disclosure of information received in confidence (Article 10 § 2 ECHR).

Obligatory nature of the ECHR results in the duty to abide by the views held by the European Court of Human Rights (ECtHR; the Court). Other than the State Party to which they directly refer to, the Court's judgments concern all the State parties to the ECHR (Majstorović, 2016: 46), and their power of argumentation should certainly be borne in mind because the Court grants special protection to information concerning children. In an ECtHR case⁴, concerning a series of press articles dealing with a custody dispute between parents, the Court found that a boy who had been the subject of the articles in question was not a public figure,

² Konvencija o pravima djeteta (Convention on the Rights of the Child), *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*, 15/90; *Narodne novine - Međunarodni ugovori*, 12/93, 20/97, 4/98, 13/98.

³ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), *Narodne novine - Međunarodni ugovori*, 18/97, 6/99, 8/1999, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17.

⁴ *Krone Verlag GmbH v. Austria*, no. 27306/07, §§53-55, 19 June 2012.

nor had he entered the public sphere by becoming the victim of a custody dispute between his parents, which had attracted considerable public attention. Indeed, the articles had dealt with a matter of public concern giving rise to a public debate, namely the appropriate enforcement of custody decisions and whether and to what extent force might or should be used in this context. However, neither the child nor his parents were public figures or had previously entered the public sphere; therefore, the Court found that it had not been essential for understanding the case to disclose the child's identity, reveal most intimate details of his life, or to publish a picture from which he could be recognised.

The Family Act (FA)⁵ in Croatia explicitly entrusts the parents with the primary right, duty and responsibility to care for their children and to protect their rights and interests and well-being (Articles 6, 91, 92, 127 FA), thus requiring that the exercise of parental care must always serve the function of pursuing the best interests of the child (Korać Graovac, 2017: 54). At the same time, the right to safety and upbringing in the family in accordance with his/her developmental needs is prescribed as one of the personal rights of the child (Article 84 FA).

The Family Act also regulates a number of measures for the protection of the child in case the child's rights and well-being are endangered as a result of inadequate exercise of parental care. Among others, the (civil) court may even divest the parent of the right to parental care on the basis of the final judgment convicting that parent for the criminal offense of violating the child's privacy (Article 171 FA), which suggests that the legislator takes the duty to protect the private information about the child seriously, at least on the normative level.

Namely, violation of the child's privacy is prescribed as a criminal offense in Article 178 of the Criminal Code⁶, which provides for punishing "whoever exposes or disseminates a matter concerning the personal or family life of a child, or whoever, contrary to regulations, publishes the child's photograph or discloses the child's identity, which caused a disturbance to the child or otherwise jeopardised the child's well-being". Qualified forms of this offense exist when committed in a way which made it available to a large number of persons (e.g. through the press, at a public assembly), and when committed while performing professional activities. Mentioning this criminal offense, which is *nota bene* punishable by imprisonment, is relevant for this paper because we shall see that they do occur in Croatian practice but, to our knowledge, no one was ever punished.

⁵ Obiteljski zakon (Family Act), *Narodne novine*, 103/15.

⁶ Kazneni zakon (Criminal Code), *Narodne novine*, 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/2017, 118/18.

According to the Obligations Act (OA)⁷, any natural person is entitled to the protection of its personality rights, which include the right to physical and mental health, dignity, privacy of personal and family life etc (Article 19 OA). Objects of the personality rights are personal, non-material goods intrinsically linked to a certain person as a biological, social and spiritual being (Gavella, 2000: 31); therefore, they belong to the child as well. The latter is apparent also from the Croatian Constitutional Court's case law⁸, albeit its judgments concern the infringement of the child's personality rights by the media, not the parents.

2.2. Media specific legal framework

One of the main legislative acts regulating the functioning of the media in Croatia is the Media Act (MA)⁹, which guarantees the freedom of expression and the freedom of the media (Article 3 § 1 MA). It recognizes the right to protection of privacy and dignity to every person but it adds a qualification to this right, stating that a person who draws public attention by his/her statements, behaviour and other acts relating to his/her personal or family life may not request the same level of the protection of privacy as other citizens (Article 7 MA). Unfortunately, it seems that the fact the parent is the one who "invited" the media and the public into the personal space of the child is considered to be reason enough to deprive that child of legal protection *vis-a-vis* intrusions into his/her rights.

Furthermore, privacy is not considered to be violated if a justified interest of the public prevails over the protection of privacy with regard to the journalist profession or information (Article 8 MA). In our opinion, this possibility for (in principle) legitimate restriction of the right to privacy is being misused too often. At the very least, revealing of the most intimate details about the child's life seems to be considered justified by the public interest by default, all under the guise of protection of the child's best interests.

On the other hand, the prevention of disclosing confidential information is envisaged as one of the basis for limiting the freedom of the media (Article 3 § 3 MA). Also, the media is to pay special respect to privacy, dignity, reputation and honour of children, youth and family, and it is expressly forbidden to publish information disclosing the identity of a child if such information jeopardizes his/her wellbeing (Article 16 MA). We find it appropriate to point out that the MA requires that its provisions be applied and interpreted in accordance with the

⁷Zakon o obveznim odnosima (Obligations Act), *Narodne novine*, 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18.

⁸Odluka Ustavnog suda U-III/2845/2011; Odluka Ustavnog suda U-III-1095/2014.

⁹Zakon o medijima (Media Act), *Narodne novine*, 59/04, 84/11, 81/13.

ECHR (Article 2 MA), which in particular means following the relevant views of the Court; however, we shall see hereafter that this duty is easily ignored.

The same goes for the equivalent requirement prescribed in the Electronic Media Act (EMA)¹⁰. The EMA does not allow publishing of information revealing the identity of a child involved in cases of any type of violence, nor does it allow introducing details about the child's family affairs and private life (Article 12 § 3 EMA). These provisions correspond to the opinion that audiovisual media have a more immediate and powerful effect than the written press (Bychawska-Siniarska, 2017: 99), but the practice tells a different story.

The Ordinance on the protection of minors in electronic media¹¹ prohibits the media service providers, when reporting on any form of violence including the child, to disclose any information that could lead to the identification of the child and/or endangering his/her well-being (Article 3 Ordinance). In our opinion, the Ordinance rightly points out that, ultimately, the parents bear responsibility for the media contents watched and listened by their children (Article 23 Ordinance) which, in our opinion, should include the media contents that the child becomes a part of due to his/her parents' initiative.

The Code of Honour of the Croatian journalists¹² requires that, in performing their job, journalists defend human rights, dignity, freedom and values. Journalists must abide by the positive legislation and the professional ethical principles (§ 1 Code). They have to protect people's privacy from sensationalist and any other unwarranted disclosure to the public; violation of one's privacy against his/her will and knowledge is permitted only if it is justified by exceptional public interest (§ 14 Code). A journalist is not allowed to interview or photograph the child under fourteen years of age without his/her consent and without the presence and consent of a parent or other adult responsible for the child. Regardless of such consent, the Code explicitly states that any act that directly or indirectly reveals the identity of the child which could endanger his/her well-being is unacceptable because the child's well-being is above the public interest (§ 19 Code). Unfortunately, for the most part, these provisions remain purely declarative.

¹⁰ See art. 2 § 4, Zakon o elektroničkim medijima (Electronic Media Act), *Narodne novine*, 153/09, 84/11, 94/13, 136/13.

¹¹ Pravilnik o zaštiti maloljetnika u elektroničkim medijima (Ordinance on the protection of minors in electronic media), *Narodne novine*, 28/15.

¹² Kodeks časti hrvatskih novinara (2009) (Code of Honour of the Croatian journalists), retrieved 17 May 2019, from www.hnd.hr/kodeks-casti-hrvatskih-novinara. It is a self-regulating act adopted by the Croatian journalist's association which describes this Code as a "general blueprint of ethical action of a Croatian journalist".

3. Exposing the child to the public

3.1. Custody dispute as the motive for exposing the child to media attraction by his/her own parents

Recently, the Croatian media have been "entertaining" the public with a case¹³ which is very illustrative, but also a very sad example of the situation in which the parents themselves invite the media and the wider public into their family life in an effort to further their cause – keeping or gaining custody of the child – more successfully in that way. This was a widely publicised case that includes the mother, Croatian national, and the father, an Italian national, who had previously shared joint custody over their son, born in 2009. In 2011, the mother took the boy and left Italy. She was hiding with the boy in Bosnia and Herzegovina for four years but, in 2016, they returned to her hometown Split in Croatia. As early as 2012, Croatian courts ordered the mother to return the boy to Italy, but the seizure of the boy was executed as late as 2018.

Attaching particular value to the legal interests and well-being of the child, which the Croatian legal system does, necessarily leads to the assumption about the parents as the best caretakers of the child becoming a rebuttable one (Jakovac-Lozić, 2000: 179-180), and this case is a proof of this argument. Namely, throughout the period of attempting to execute the court's decision, both parents used their best endeavours to gain public support for their side of the case, mostly by revealing the tiniest details of their difficult family situation and mutual conflict regarding parental care, including the private information concerning their child. Hoping that the public support might help them win this custody war, in our opinion they seriously misused their own child as a means to an end.

After the decision on returning the child to Italy became final, the execution was scheduled but the first two attempts failed. Mother and her family and friends organized a protest in front of her home in Split in June 2017 for the purposes of impeding the seizure. Protesters demanded that the Croatian court postpone its decision because the boy had gotten used to living in Croatia. The second

¹³The Croatian and Italian media, as well as the media in other countries, have published names, home addresses and other personal information about the parties. However, we do not want to keep disseminating this information even though they are now a common knowledge. We will limit ourselves to mentioning just a few details. Obviously, the reason is not the confidentiality of the data in question, but the need to show respect towards the principle of safeguarding such information itself, and especially towards the dignity and rights of the boy who fell victim of its parents' conflict, without the possibility of exerting any influence whatsoever over being completely exposed to the public. Readers interested in the particularities of this case should consult the sources listed in the Bibliography.

attempt to execute the court's decision in February 2018 failed as the seizure was postponed over security concerns because new protests were announced (Vuković, 2018).

During the relevant period, it seemed that everyone had their opinion on the case; everyone felt called for and competent to make judgments on injustice towards the parties in this case; it felt like a general mobilization was going on to further one cause – to prevent "them" from taking one of our own (Croats), but the mobilization was initiated by the parents. They are the ones who made this case become a matter for everyone to "decide", everyone but the competent authorities (primarily the courts). Even the members of the Parliament called for stopping the seizure (Nacional.hr, 2018), obviously forgetting about the constitutional division of powers and the independence of judicial authorities¹⁴. Basically, everyone thought they could choose which final court decision may or may not be executed.

The seizure of the boy was executed in June 2018 with the heavy police presence. The boy's aunt said she was "shocked there are more than eighty police officers who came here because of a nine-year-old-boy" (Novolist.hr, 2018). But, the police were not there because of the child but because of the hundreds of protesters who assembled in front of their home as the mother, her family and friends invited them to help in delaying the execution once again.

Furthermore, neither the boy's aunt nor the mother found anything problematic in the aunt's video filming the events in the family apartment that day and streaming the video live on Facebook, so that everyone could see the suffering of her nephew (Tportal.hr, 2018); they did not find anything wrong with revealing publicly the medical data of the boy who was hospitalised a couple of days prior to the seizure as a result of the stress caused by the drama surrounding this case (Dnevnik.hr, 2018(b)). Previously, they had also revealed details of the psychiatric expertise of the boy (Dnevnik.hr; 2018(a)); one of the mother's friends had also been describing the events in the apartment via Facebook as they were happening, and she also recorded and published the boy's crying so the protesters outside could hear it (Dalmatinskiportal.hr, 2018).

Even if the dispute between the boy's parents had been kept inside the family circle, it would have been difficult for him. Instead, the whole process of taking the boy away from his mother and surrendering him to his father was photographed and filmed to the last distressing detail, including the moment when the boy was being dragged into the father's car - which was published online in all media (e.g. Index.hr, 2018; Vuković, Kovačević Barišić, 2018). Those same people that

¹⁴See Arts. 4 and 115, Ustav Republike Hrvatske (Constitution of the Republic of Croatia), *op. cit.* note 1.

accused the courts of inhumanity and commented on the child's rights being violated by separating the child from the mother readily photographed and filmed the boy during the most traumatising moments of his life, posting these materials online.

Parental responsibility is supposed to pursue the goal of achieving of the well-being of the child, in a way that is optimal for that particular child (Alinčić, Hrabar, Jakovac-Lozić, Korać Graovac, 2007: 221), but these parents did not rise to the challenge. Contrary to their duty to safeguard their son's rights and well-being, they incited the intrusion of the media and wider public, trampling over the boy's dignity in order to achieve their own goals. No one bothered to think about additional trauma that all this media attention, police, cameras (etc.) would cause to the boy; no one wondered how this boy would feel when coming across the records of these disturbing moments, which will be permanently available to everyone.

There was no responsible journalism here, only reducing the public interest to the public's thirst for information about the private life of others (Council of Europe, 2018: 12). All the previously mentioned journalists' duties when reporting about children were disregarded, but no one was held liable despite the fact the parents' consent is not enough for revealing identifying information about the child. The boy's aunt was arrested, but the charges for unauthorised filming were dropped as the police considered the mother's consent to legitimise this behaviour (Tportal.hr, 2018). No protester was sanctioned either. Everyone who recorded the sad events was invited by the parents. Obviously, that was considered to be enough for escaping any liability for harming this child's well-being.

This boy had no control over the dissemination of his personal information, which has the potential of lasting a lifetime (Steinberg, 2017: 846). All the time he spent in Croatia, he had been living in a tabloid atmosphere. One of the arguments for delaying the seizure was the fact that the boy was not provided with the possibility to express his opinion on the matter (e.g. Jutarnji.hr, 2017; Nacional.hr, 2018). However, those who presented that argument did not say anything about the fact this child had not been given the possibility to express his opinion on being completely exposed to the public eye by his own parents.

3.2. Missed opportunities for protecting the child and punishing those responsible

Relevant regulatory framework certainly reflects the view about the rights of the child as being far more than the moral category (Jakovac-Lozić, 2005: 872), and thus provides for certain measures of protection which could have been

used to protect this boy. For example, under the Obligations Act¹⁵ violation of the personality rights results in liability for non-pecuniary damage (Article 1046 OA), but no one initiated the relevant proceeding on behalf of this child. The same goes with regard to the possibility of a person affected by the violation of the personality rights to request the competent authority to order a termination of the activity which violates his/her rights and the elimination of its consequences (Article 1048 OA). We have seen earlier in this paper that the violation of the child's privacy is prescribed as a criminal offense but no one was charged nor prosecuted for this act. Ultimately, the question is who should/could initiate relevant proceedings on behalf of the child in such a situation?

Undoubtedly, the child is entitled to protection of his/her privacy and all other rights just as anyone else but the autonomy guaranteed, for example, by Article 8 of the ECHR is necessarily qualified in the case of the child (Hughes, 2012: 473). The parents are the child's legal representatives; however, in a case like the one described here, where both parents acted in the same manner, neither one of them would pursue this course of action.

According to the Family Act¹⁶, a social welfare centre is supposed to appoint a guardian *ad litem* for the child in the proceedings concerning parental care in case there is a dispute between the parties, as well as in other cases when it is necessary for the protection of the rights and interests of the child (Article 240 § 1(2) and (8) FA), such as when the interests of the child and the parent(s) are in opposition (Alinčić *et al.*, 2007: 431). However, a guardian *ad litem* represents the child in the specific proceedings for which he/she is specifically appointed (Article 240 § 2(1) FA). The decision about the guardian's appointment defines his/her duties; therefore, the guardian's powers in protecting the child from the unwarranted media intrusions are limited or, more precisely, they will exist only if the social welfare centre explicitly conferred such powers to the guardian *ad litem*.

It is certainly significant that the legislator provides the child who is fourteen years old with the right to initiate relevant proceedings concerning the exercise of his/her rights and interests (Article 87 FA). However, the application of this provision is obviously limited to children mature enough to pursue this course of action when in need of protection. Yet, even if the child is mature enough, it would be hard to expect of him/her to enter into a judicial dispute with his/her own parents whom he/she is depended on in every way.

So far, the competent authorities with the powers to act *ex officio* in order to protect the child seem to have attached little or no importance to cases like

¹⁵Zakon o obveznim odnosima (Obligations Act), *op. cit.* note 7.

¹⁶Obiteljski zakon (Family Act), *op. cit.* note 5.

these. It appears that the parents' consent is considered to be enough despite the relevant legislation that explicitly states otherwise. We have seen earlier that there is also the possibility of divesting the parent of his/her parental rights as a result of that parent being convicted for the criminal offense of violating the child's privacy, but the practice of the competent authorities in Croatia offers no realistic basis to expect that this measure is to be applied.

Also, both the Media Act and the Electronic Media Act provide for misdemeanour penalties¹⁷ for the media members who breach their duties, but there are barely any proceedings initiated on this basis (Jelavić, 2009: 11) and nothing suggests that the practice would incline to applying those penalties. The same goes for the liability of the publishers for damage caused by publishing confidential information about minors¹⁸.

4. Concluding reflections

Evidently, the Croatian legal order does not lack regulations on the protection of children's rights when they are being unwillingly exposed to the public eye. However, the practice shows complete disregard of relevant rules and principles while violations of the child's basic rights, his/her dignity and integrity, committed by disclosing the child's personal information to the public, happen on a daily basis.

Generally speaking, media play an essential role in promoting and protecting the fundamental rights of the child, helping to implement the CRC standards in practice, and monitoring the realization of the child's rights (Committee on the Rights of the Child, 1996: 40). On the other hand, the described case demonstrates that the journalists in Croatia do not abide by professional standards when reporting on children, nor do they respect the children's rights. Quite the opposite, exploitation of the child's emotional suffering to attract the audience and thus to increase the circulation of the paper or other media is not uncommon (Vlainić, 2012: 45). The fact they invaded the child's life upon the parents' invitation does not exculpate the media of their responsibilities for breaching their legal and professional duties.

The current situation in Croatia does not look promising. The practice suggests that children cannot have a reasonable expectation of privacy because their parents are the ones who courted publicity; thus, it creates a system in which once privacy is breached, the child's private information at issue may be

¹⁷ See Arts. 59-62, *Zakon o medijima* (Media Act), *op. cit.* note 9, and Arts. 82-83, *Zakon o elektroničkim medijima* (Electronic Media Act), *op. cit.* note 10.

¹⁸ See Art. 21 § 5, *Zakon o medijima* (Media Act), *op. cit.* note 9.

repeatedly published (Hughes, 2012: 476-477). The strongest mechanisms of protecting the child in the media environment have hardly been used; thus, the media which ignore the professional and ethical standards, knowing they will not be punished (Flego, 2011: 69), may continue violating the child's rights with the same nonchalance and ease as ever.

Protecting the children from the media obviously requires a social consensus (Zgrabljic Rotar, 2008: 55), which has yet to be accomplished. The fact that the parents are increasingly involved in abusing their children's rights through the media only makes the situation more complicated. However, the State's interest in protecting the children should, without a shadow of a doubt, always outweigh the parents' rights as well as the freedom of the media, not to mention the fact that Croatia has a number of positive legal obligations to ensure children's protection from disclosure of their personal information.

We could think about the parents as trustees responsible for acting in the best interest of their children. Since parents are privy to sensitive information about their children, they should be accountable for a higher degree of their protection than everyone else, and they should be limited in their powers to disclose the private information about their children (Sorensen, 2016: 173, 176). Protection of children in this context is certainly a delicate issue. It requires a whole lot of balancing between the fundamental right to freedom of expression of parents and the media on the one hand, and the fundamental rights of the child to the full and healthy development, personal identity, dignity, privacy, family life (etc.) on the other. Also, we certainly cannot disregard the fact that the parents are the ones with the primary duty to make decisions concerning their children.

However, parental rights regarding their children are not unlimited and do not involve unrestricted power of decision over the child and its personal conditions (Van Bueren, 1998: 73). Cases like the one presented in this paper go far beyond the line of that particular conflict and enter the zone in which the rights and interests of the child must take precedence, as made clear by the relevant international and national legislation. It is obvious that relying on parental consent cannot continue to be considered as a fair and ethical way of protecting the best interests of the child (Oswald, James, Nottingham, 2016: 214). It is time that the competent authorities start paying more attention to this sort of violations of children's rights. Protection of children in the media environment is primarily the duty and the responsibility of the parents, which many parents do not fulfil in a satisfactory manner; instead, they tend to abuse their decision-making powers to the detriment of their children. For starters, existing relevant legislation should be implemented in a manner that corresponds to the universally recognized duty to protect the child's well-being.

Bibliography

Books and articles

Alinčić, M., Hrabar, D., Jakovac-Lozić, D., Korać Graovac, A. (2007). *Obiteljsko pravo*. Zagreb: Narodne novine

Bychawska-Siniarska, D. (2017). *Protecting the right to freedom of expression under the European Convention on Human Rights*. Council of Europe

Flego, M. (2011). Zaštita prava djece u medijima: iz prakse Ureda pravobraniteljice za djecu. In L. Ciboci, I. Kanižaj, D. Labaš (eds.). *Djeca medija. Od marginalizacije do senzacije* (pp. 65-82). Zagreb: Matica Hrvatska

Committee on the Rights of the Child (1996), retrieved 7 April 2019 from <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/Recommendations/Recommendations1996.pdf>

Council of Europe (2018), *Guidelines on safeguarding privacy in the media*, retrieved 2 May 2019, from <https://rm.coe.int/prems-guidelines-on-safeguarding-privacy-in-the-media-2018-/168090289b>

Gavella, N. (2000). *Osobna prava*. I. dio. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Hrabar, D. (2013). Nova procesna prava djeteta - europski pogled. *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*. 1(IV). 65-76

Hughes, K. (2012). The Child's Right to Privacy and Article 8 European Convention on Human Rights. In M. Freeman (ed.), *Law and Childhood Studies. Current Legal Issues Volume 14* (pp. 456-486). Oxford, UK: Oxford University Press

Jakovac-Lozić, D. (2000). *Posvojenje*. Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

Jakovac-Lozić, D. (2005). *Susreti i druženja djeteta s odvojenim roditeljem u presudama Europskog suda za ljudska prava*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu. 3-4(LV). 869-925

Jelavić, M. (2009). Djeca u medijima. Kako im osigurati zaštitu privatnosti? Iskustva Ureda pravobraniteljice za djecu. In M. Flego (ed.), *Zaštita privatnosti djece u medijima* (pp. 7-18). Zagreb: Pravobranitelj za djecu

Joseph, S., Castan, M. (2013). *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*. New York, USA: Cambridge University Press

Katsarova, I., *Protection of minors in the media environment. EU regulatory mechanisms*. Library of the European Parliament, retrieved 14 May 2019, from <http://>

[www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130462/LDM_BRI\(2013\)130462_REV1_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130462/LDM_BRI(2013)130462_REV1_EN.pdf)

Korać Graovac, A. (2017). Od zajedničkog do samostalnog ostvarivanja roditeljske skrbi i natrag – kako zaštititi prava djece i roditelja. *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*. Special no.(VIII). 51-73

Lisićar, H., Turudić, M. (2019). *Media Law in Croatia*. Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International BV

Majstorović, I. (2016). Europski obiteljskopравни sustav zaštite prava djece. In D. Hrabar (ed.) *Prava djece – Multidisciplinarni pristup* (pp. 39-62). Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Oswald, M., James, H., Nottingham, E. (2016). The not-so-secret life of five-year-olds: legal and ethical issues relating to disclosure of information and the depiction of children on broadcast and social media. *Journal of Media Law*. 2(VIII). 198-228

Poler Kovačić, M. (2001). Kriza novinarstva kao kriza etike: tko je novinarski subjekt? *Medijska istraživanja*. 1-2(VII). 25-44

Steinberg, Stacey B. (2017). Sharenting: Children's privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*. (LXVI). 839-884

Sorensen, S. (2016). Protecting Children's Right to Privacy in the Digital Age: Parents as Trustees of Children's Rights. *Children's Legal Rights Journal*. 3(XXXVI). 156-176

Van Bueren, G. (1998). *The International Law on the Rights of the Child*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers

Vlainić, M. (2012). Kako hrvatske dnevne novine izvještavaju o djeci: analiza sadržaja jutarnjeg i Večernjeg lista. *Medijska istraživanja*. 1(XVIII). 33-59

Zgrabljic Rotar, N. (2008). Medijska pismenost i medijska etika u civilnom društvu. In Z. Peruško (ed.), *Mediji, kultura i civilno društvo* (pp. 43-74). Zagreb: Naklada Jesenski i Turk, Hrvatsko sociološko društvo

International and national legal instruments

Konvencija o pravima djeteta. *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, No. 15(1990); *Narodne novine – Međunarodni ugovori*. Nos. 12(1993), 20(1997), 4(1998), 13(1998)

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, *Narodne novine - Međunarodni ugovori*. br. 18(1997), 6(1999), 8(1999), 14(2002), 13(2003), 9(2005), 1(2006), 2(2010), 13(2017)

Kazneni zakon. *Narodne novine*. Nos. 125(2011), 144(2012), 56(2015), 61(2015), 101(2017), 118(2018)

Obiteljski zakon. *Narodne novine*. No. 103 (2015)

Zakon o elektroničkim medijima. *Narodne novine*. Nos. 153(2009), 84(2011), 94(2013), 136(2013)

Zakon o medijima. *Narodne novine*. Nos. 59(2004), 84(2011), 81(2013)

Zakon o obveznim odnosima. *Narodne novine*. Nos. 35(2005), 41(2008), 125(2011), 78(2015), 29(2018)

Courts decisions

Krone Verlag GmbH v. Austria, no. 27306/07, 19 June 2012

Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III-1095/2014. *Narodne novine*. No. 104 (2017)

Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III-2845/2011, retrieved 11 May 2019 from <https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/fOdluka.xsp?action=openDocument&documentId=C12570D30061CE54C1257FAB0029CD5E>

Media sources

Dalmatinskiportal.hr (2018), *UŽIVO S PUJANKI: 'Mama satima pokušava stupiti u kontakt s dječakom, ali otac odbija pozive i ne odgovara na poruke'*, retrieved 21 March 2019 from <https://dalmatinskiportal.hr/vijesti/uzivo-s-pujanki828/32652>

Dnevnik.hr (2018(a)), *Nina Kuluz objavila mišljenje psihijatra o stanju malog Cesarea pred novu ovrhu*, retrieved 29 January 2019 from <https://dnevnik.hr/vijesti/hrvatska/nina-kuluz-objavila-misljenje-psihijatra-prema-kojem-se-njezinom-sinu-stanje-pogorsava-zbog-ovrhe---505448.html>

Dnevnik.hr, (2018(b)), *"Hospitaliziran je zbog stresa": Uoči ovrhe maleni Cesare otpušten iz bolnice*, retrieved 29 January 2019 from <https://dnevnik.hr/vijesti/hrvatska/hospitaliziran-zbog-stresa-uoci-ovrhe-maleni-cesare-otpusten-iz-bolnice---521051.html>

Index.hr (2018), *Cesare odveden u tajnosti, prosvjednici bijesni*, retrieved 21 March 2019 from <https://www.index.hr/vijesti/clanak/video-cesare-odveden-u-tajnosti-prosvjednici-bijesni/2005466.aspx>

Jutarnji.hr (2017), *ODVJETNIK MAJKE MALENOG CESAREA 'Upravo sam vidio kako dijete želi živjeti s majkom, sudu sam dostavio deset podnesaka'*, retrieved 2 April 2019 from <https://www.jutarnji.hr/vijesti/crna-kronika/odvjetnik-majke->

malenog-cesarea-upravo-sam-vidio-kako-dijete-zeli-zivjeti-s-majkom-sudu-sam-dostavio-deset-podnesaka/6311890/

Nacional.hr (2018), *OVRHA NAD DJEČAKOM Cesarea ugurali u automobil i odveli*, retrieved 21 March 2019 from <https://www.nacional.hr/foto-ovrha-nad-djecakom-cesare-je-na-putu-za-italiju-sramimo-se-svi/>

Novilist.hr (2018), *DRAMA U SPLITU Ovrha je dovršena, Cesare je na putu za Italiju*, retrieved 23 March 2019 from http://www.novilist.hr/novilist_public/Vijesti/Hrvatska/DRAMA-U-SPLITU-Ovrha-je-dovrsena-Cesare-je-na-putu-za-Italiju?meta_refresh=true

Tportal.hr (June 2018), *Vanja Kuluz puštena iz policije, sa sestrom kreće za Italiju*, retrieved 21 March 2019 from <https://www.tportal.hr/vijesti/clanak/vanja-kuluz-pustena-iz-policije-sa-sestrom-krece-za-italiju-foto-20180619/print>

Vuković, S. (2018), *Cesare ostaje s majkom, ovrha odgođena do daljnjega*, retrieved 17 March 2019, from <https://www.vecernji.hr/vijesti/na-neodre-eno-odgo-ena-ovrha-malenog-cesarea-1224606>

Vuković, S., Kovačević Barišić, R. (2018), *Dječak je vrištao: 'Ne radite mi tooo!', roditelji i država priuštili mu traumu*, retrieved 17 March 2019 from <https://www.vecernji.hr/vijesti/splicani-prosvjeduju-protiv-ovrhe-nad-djecakom-cesareom-1252985>

Summary

Parents are increasingly becoming the ones who expose their children to the general public eye. It has become quite common for parents to publish photos of their children on social networks with detailed descriptions of family circumstances. Moreover, they increasingly try to "resolve" their mutual disputes concerning parental care through the media, by seeking public support for their "side of the case" but disregarding the detrimental impact that public disclosure of family circumstances may have on the child. Being aware that it will attract the public audience eager to peep into other people's privacy, the media are willing to provide the parents with logistic support.

This paper is concerned with the legal framework in Croatia available for the purposes of protecting the child whose dignity, integrity, privacy and other rights are violated by being exposed to the public by their own parents. On the basis of a widely publicised case from Croatia, this article shows the intensive and detrimental effects of daily media intrusions into the child's private and family life. On the other hand, the situation is further aggravated by the fact the parents themselves encouraged those intrusions by disclosing publicly most personal

information about their child. Despite the plethora of examples in everyday practice of the obvious breaches of the legal duties and responsibilities of the parents and the media, the implementation of the relevant legislation remains highly disappointing. Children are basically left without protection due to the fact their parents consented to the publication of their private information.

Dr. sc. Ana Radina,
Docent,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Hrvatska

**IZNOŠENJE POJEDINOSTI PRIVATNOG I OBITELJSKOG ŽIVOTA
DJETETA U MEDIJIMA KAO OBLIK POVREDE NJEGOVIH PRAVA**

Apstrakt

Razvoj medijskih tehnologija otvara nove puteve komunikacije među ljudima, ali isto tako i nove mogućnosti uvida javnosti u privatni i obiteljski život drugih. Iako bi mediji trebali pokazati naročitu suzdržanost pri izvještavanju o temama koje se tiču djece i zaštititi njihov integritet, senzacionalistički naslovi i tekstovi, popraćeni fotografijama i video-snimkama te različitim identificirajućim osobnim podacima djeteta, više nipošto nisu raritet. Tako se, primjerice, o djeci žrtvama različitih oblika zlostavljanja javnost informira daleko preko granica koje postavljaju javni interes i dužnost zaštite prava djeteta.

Međutim, često su upravo roditelji ti koji izlažu svoje dijete široj javnosti. Postalo je sasvim uobičajeno da roditelji objavljuju fotografije svoje djece na društvenim mrežama uz detaljne opise obiteljskih okolnosti. Nerijetko i svoje međusobne razmirice i sporove u vezi s roditeljskom skrbi "rješavaju" preko medija, nastojeći pridobiti podršku javnosti za "svoju stranu", ne mareći pritom za štetu koju će iznošenje detalja mučnih obiteljskih situacija prouzročiti djetetu. Svjesni da će time privući publiku željnu zavirivanja u tuđu intimu, mediji im pritom spremno pružaju logističku podršku. Ta publika, pak, smatra se kompetentnom raspravljati i prosuđivati o tome što je najbolje za dijete, ignorirajući pritom činjenicu da na taj način i sama participira u povređivanju prava tog istog djeteta koje se time dodatno traumatizira. No, za razliku od odraslih, dijete nema kontrolu nad tim kada, kako i uolikoj mjeri će njihov život postati predmetom javnih rasprava, stoga je evidentna potreba za iznalaženjem mogućnosti zaštite prava djeteta od štetnog izlaganja njegovog privatnog i obiteljskog života javnosti.

Ključne riječi: dijete, javnost, mediji, prava djeteta, privatni i obiteljski život, roditelji

MESTO UGOVORA O ODRICANJU OD BUDUĆEG NASLEDSTVA U SRPSKOM PRAVU DE LEGE FERENDA

Pitanje ugovornog raspolaganja zaostavštinom u središtu je debata savremene pravne doktrine zbog apsolutističkog poimanja slobode testiranja, i odstupanja od osnovnih principa testamentarnog prava koji se uzimaju kao temelj raspolaganja za slučaj smrti. Naime, u pojedinim pravima gde je testament i jedini instrument raspolaganja za slučaj smrti, sloboda testiranja se poistovećuje sa autonomijom volje za slučaj smrti. Ovakvo poistovećivanje je posledica duboko ukorenjenog shvatanja da se jedino raspolaganjem u formi testamenta može ostvariti puna sloboda poslednje volje. Smatra se da bilo kakvo sporazumno uređenje naslednopravnih odnosa (naslednopravnih posledica smrti nekog lica), pa tako odricanje od budućeg naslednog prava, onemogućava potpunu realizaciju slobode volje ostavioca prilikom raspolaganja zaostavštinom. To podrazumeva i da potencijalni naslednici ne mogu raspolagati svojim naslednopravnim ovlašćenjima pre nego steknu nasledničko svojstvo, što se dešava u momentu delacije ostavioca.

S druge strane, postoje pravni sistemi koji osim zaveštanja poznaju i druge instrumente sporazumnog uređenja naslednopravnih posledica smrti, kao što su naslednopravni ugovori, u koje spada i ugovor o odricanju od budućeg nasledstva. U pitanju je ugovor koji se zaključuje za života, kojim se budući zakonski ili zaveštajni naslednik anticipirano, dakle, pre otvaranja nasledstva, odriče naslednog prava na zaostavštini ostavioca, odnosno prava na isticanje nasledničkih zahteva u pogledu imovine koje se odrekao. U zavisnosti od predmeta odricanja, njegovo dejstvo se ogleda u isključenju zakonskog ili testamentarnog nasleđivanja, odnosno u derogiranju pravila o nužnom delu u tom delu, osiguravajući da se volja ostavioca u planiranju nasleđivanja realizuje u potpunosti. Dakle, zaključenjem ovog ugovora garantuje se da način raspodele zaostavštine kako je predviđeno ugovorom, neće biti naknadno osporen radi potraživanja nužnog dela od strane naslednika koji su se odrekli nasledstva.

* e-mail: tdjurdjic@jura.kg.ac.rs

U uporednom pravu, nesporno je izražena tendencija kontraktualizacije naslednog prava, kao izraz potreba savremenog društva. U zemljama germanske pravne tradicije odakle i vodi poreklo, ovaj ugovor zauzima značajno mesto kao instrument raspolaganja imovinom za slučaj smrti, gde je i najfleksibilnije regulisan. Zato se nemački model ugovora o odricanju od budućeg nasledstva (Erbverzicht - § 2346, 2352 Nemačkog građanskog zakonika) uzima kao osnovni modalitet ugovora o odricanju od nasleđa. Po ugledu na Nemačku, ovaj ugovor je preuzet i u ostale zemlje germanske pravne tradicije. U austrijskom pravu je normiran par. 551. Austrijskog građanskog zakonika. I švajcarsko pravo poznaju ugovor o odricanju od nasledstva koje nije otvoreno, s tim što ga švajcarsko pravo svrstava u ugovore o nasleđivanju (čl. 495. Švajcarskog građanskog zakonika).

Kada je reč o zemljama romanske pravne tradicije, u kojima je proklamovana zabrana raspolaganja budućim nasledstvom, predviđeni su izuzeci od ove zabrane u vidu različitih modaliteta anticipiranog odricanja od nasledstva, u zavisnosti od pravnog cilja radi kojeg su ovi instrumenti i kreirani, što je predodređeno svojinsko-pravnim kretanjima, ali i socijalnim, prevashodno u domenu porodičnih odnosa.

Tako je u pravu Belgije ugovor *accord successoral mutuel* (čl. 1388. Belgijskog građanskog zakonika) predviđen sa ciljem zaštite interesa dece iz prethodne bračne ili vanbračne zajednice jednog od supružnika koji zaključuje ovaj ugovor. I u francuskom pravu u kojem je proklamovana zabrana zaključivanja ugovora o budućem nasledstvu, uvodi se kao izuzetak od proklamovane zabrane jedna vrsta ugovora o anticipiranom odricanju od nasledstva *renonciation anticipé à la reduction cause d'atteinte à la reserve*, kojim se za života ostavioca njegov potomak ili supružnik, ako nema potomka, *réservataire présomptif* odriče svog prava da istakne *actio en reductio* u pogledu besteretnih raspolaganja testatora (čl. 929-935. Građanskog zakonika Francuske).

U pravu Španije takođe je proklamovana zabrana raspolaganja budućim nasledstvom, ali je u cilju očuvanja porodičnih preduzeća predviđen izuzetak od te zabrane u vidu „Protocole Familial“ (čl. 1056. 2. Građanskog zakonika Španije) kao vrsta porodičnog sporazuma kojim se porodično preduzeće prenosi na jednog od naslednika vlasnika preduzeća, pri čemu beneficijar iz ovog ugovora ima obavezu da nužnim naslednicima vlasnika namiri nužni deo.

U ovom kontekstu značajno je napomenuti *patto di famiglia* italijanskog prava koji je normiran s ciljem očuvanja kontinuiteta porodičnog biznisa putem zaživotnog prelaska porodične firme na potomka kojeg je najsposobniji da nastavi porodično poslovanje (čl. 768. Građanskog zakonika Italije). Njegova pravna priroda vrlo je kompleksna i predmet je debata u pravnoj doktrini. Iako se podvodi načelno pod zabranu zaključenja ugovora o nasleđivanju, njegova

kvalifikacija kao ugovora o nasljeđivanju u pravnoj teoriji je sporna. Kako je reč o pravnom poslu koji proizvodi dejstvo nakon zaključenja, nikako se ne bi mogao svrstati u pravni poslove *mortis causa*, već isključivo u pravne poslove *inter vivos*. Samim tim njegova kvalifikacija kao ugovora o imenovanju naslednika (legatara), tj. *pactio istituto* potpuno je neprihvatljiva. Pre bi se moglo reći da je u pitanju vid anticipiranog nasljeđivanja, ako se pođe od pretpostavke da imovina koja je predmet raspolaganja, tj. porodično preduzeće predstavlja deo buduće zaostavštine ustupioca kao budućeg ostavioca. Ono što je izvesno jeste da ovaj ugovor sadrži upravo elemente ugovora o odricanju od budućeg nasljedstva, s obzirom da ugovorne strane ne mogu naknadno osporavati raspolaganja učinjena ovim ugovorom zbog povrede nužnog dela.

Interesantno kod *pactio di famiglia* jeste njegova podudarnost sa ugovorom o ustupanju i raspodeli imovine za života koji predstavlja jedna vid anticipiranog nasljeđivanja, jer se polazi od pretpostavke da imovina koja je predmet ustupanja predstavlja deo zaostavštine pretka kao budućeg ostavioca. Ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života može se posmatrati i kao vid anticipiranog odricanja od nasljedstva, ukoliko se pođe od stanovišta da potomci ustupioca (eventualno supružnik) njegovim zaključenjem se zapravo odriču prava na isticanje naslednopravnih zahteva u pogledu predmetne imovine.

Ugovor o odricanju od nasleđa koje nije otvoreno kao vid negativnog ugovora o budućem nasljedstvu zabranjen je u srpskom pravu donošenjem Zakona o nasljeđivanju 1974. godine (čl. 13. Zakona o nasljeđivanju SR Srbije, „Službeni glasnik SRS“ br. 52/1974, 1/1980 и 25/1982 i dr. zakon), a ovu tradiciju nastavlja i važeći Zakon o nasljeđivanju (čl. 218 Zakona o nasljeđivanju RS, „Službeni glasnik“, br. 46/1995, 101/2003 – odluka USRS i 6/2015), kao i Prednacrt Građanskog zakonika RS (radni tekst, pripremljen za javnu raspravu 2015. god, čl. 2818). Interesantno je napomenuti da je jedan modalitet ovog ugovora bio dopušten Saveznim Zakonom o nasljeđivanju (čl. 140. Zakona o nasljeđivanju FNRJ, „Službeni list FNRJ“, br. 20/1955), kao izuzetak od proklamovane zabrane raspolaganja budućim nasljedstvom, i to između predaka i njihovih potomaka koji se odriču prava nasljeđivanja u odnosu na pretke.

Ovaj modalitet ugovora o odricanju od budućeg nasljedstva zastupljen je u nekim od zemalja bivše SFRJ, kao izuzetak od zabrane anticipiranog odricanja od budućeg nasljedstva, kao što je slučaj sa Federacijom BiH (čl. 167. Zakona o nasljeđivanju FBiH, „Službene novine Federacije BiH“, br. 80/2014), Hrvatskom (čl. 134. Zakona o nasljeđivanju Republike Hrvatske, „Službene novine Federacije BiH“, br. 80/2014) i Crnom Gorom (čl. 135. Zakona o nasljedivanju Crne Gore, „Službeni list CG“, br. 74/2008), s tim da je u pravima Hrvatske i BiH dopušteno njegovo zaključenje i između supružnika.

U okviru promišljanja o opravdanosti uvođenja ugovora o odricanju od budućeg nasljedstva u srpsko pravo, najpre se postavlja pitanje da li neki od postojećih ugovora od značaja za nasledno pravo može biti njegov supstitut, makar u funkcionalnom smislu!? Ugovor o odricanju od budućeg nasljedstva najrodniji je sa ugovorom o ustupanju i raspodeli imovine za života koji se u pravnoj teoriji kvalifikuje kao anticipirano odricanje od nasljedstva. Ovakva kvalifikacija njegove pravne prirode temelji se na pretpostavci da imovina koja je predmet ustupanja predstavlja deo zaostavštine pretka kao budućeg ostavioca. Zajedničko ovim ugovorima je i njihovo naslednopravno dejstvo (u jednom slučaju posredno, u drugom neposredno), koje se ogleda u derogiranju pravila nužnog nasleđivanja u pogledu imovine koja je predmet ugovora. Iako su sličnosti između ovih ugovora nesporne, ipak, predmet raspolaganja kod ugovora o odricanju je šire postavljen i čini ga zaostavština pretka u momentu njegove smrti, dok je predmet ugovora o ustupanju samo postojeća imovina pretka. To je ujedno i ključna tačka distinkcije između ovih ugovora, koja govori u prilog stava koji zastupamo, a to je ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života ne može vršiti funkciju (biti supstitut) ugovora o anticipiranom odricanju od nasleđa.

U pravnoj teoriji se ističu različiti argumenti *pro et contra* uvođenja ugovora o odricanju od nasleđa. Kao glavni argument protiv uvođenja ugovora o odricanju od budućeg nasljedstva ističe se zabrana raspolaganja naslednom nadom jer ona još nije postala pravo, pa se njome ne može ni raspolagati (u pravo se preobražava tek momentom delacije), jer bi se, u suprotnom, podstakla pravna neizvesnost u naslednopravnim odnosima. Pravnoj neizvesnosti doprinosi i činjenica da se u trenutku odricanja ne zna vrednost zaostavštine koje se naslednim odriče, kao i to da ovaj ugovor može biti pogodan instrument manipulisanja, naročito sa potomcima od strane predaka.

S druge strane, kao argument u prilog ovog ugovora navodi se fleksibilni karakter ovog instrumenta planiranja nasleđivanja, koji se prilagođava potrebama pravnog prometa. Njime se afirmativno utiče i na autonomiju volje budućeg ostavioca o čijoj zaostavštini je reč, ali i na autonomiju volje prezumptivnih naslednika. Prednost za naslednika koji se odriče budućeg nasljedstva ogleda se u trenutnom sticanju imovinske koristi kao naknade za odricanje, a prednost za budućeg ostavioca u tome što još za života može urediti naslednopravne odnose budućih naslednika u pogledu svoje zaostavštine, unoseći izvesnost u nasledničke odnose i osiguaravajući istovremeno potpuno poštovanje i realizaciju svoje poslednje volje, derogiranjem pravila o nužnom delu.

U prilog njegovom normiranju govori i potreba prakse. Osim što se ovaj ugovor usmeno zaključuje u praksi, česte su situacije da strani državljani nastoje da prilikom raspolaganja imovinom koja se nalazi u Srbiji, iznađu u srpskom pravu

neki instrumenti raspolaganja kao pandan onom u njihovom pravu, koji bi im omogućio odricanje od svojih budućih naslednih prava u pogledu predmetne imovine, najčešće, u pogledu zaostavštine supružnika, a u korist jednog od supružnika iz prethodnog braka.

Iz ovih obrazloženja prozilazi da je reintegracija ovog ugovora u srpsko pravo potrebna, kao instrumenta raspolaganja koji bi bio rezervisan za potomke i pretke, ali i za supružnike. Kao opravdanje ovako definisanog kruga lica za koje bi bio rezervisan ugovor o odricanju od budućeg nasledstva može se navesti činjenica da je raspodela zaostavštine najčešća između ovih naslednika. Po ugledu na belgijsko pravo, trebalo bi predvideti mogućnost odricanja jednog supružnika od budućih naslednih prava koje bi imao prema drugom supružniku, u korist njegove dece iz prethodne bračne ili vanbračne zajednice, što bi moglo biti pravno uobličeno kao posebna vrsta ugovora o anticipiranom odricanju od nasleđa. Naslednopravne posledice odricanja bi se ogledale u nemogućnosti isticanja prava na zakonski i nužni deo, osim ukoliko nije ugovorom drugačije predviđeno (da se odricanje odnosi samo na nužni ili samo na zakonski nasledni deo).

U slučaju da je prethodno zaveštanjem raspolagano u korist lica koje se odriče budućeg nasledstva, od strane lica sa kojim se ugovor o odricanju zaključuje, treba uzeti da se odricanje odnosi i na koristi iz tog zaveštanja, što ne bi trebalo da važi u slučaju docnijeg zaveštajnog raspolaganja. Dakle, sporazum o odricanju od budućeg nasledstva, bez obzira na osnov sticanja budućih naslednih prava na koje se odricanje odnosi, imao bi za posledicu da lice koje se odriče od ovih prava ne može, potom, da zahteva nužni deo u slučaju da naknadnim zaveštajnim raspolaganjem saugovarača ovo lice bude izostavljeno. Na taj način se uvećeva raspoloživi deo zaostavštine za onaj udeo koji bi na ime nužnog dela bio rezervisan za lice koje se odriče. Odricanje treba da važi i za potomke onoga koji se odriče, ukoliko ugovorom nije drugačije predviđeno.

Ovaj ugovor trebalo bi predvideti i kao teretan i kao dobročin pravni posao. Takođe, lice koje se ovim ugovorom odrekne budućih naslednih prava, trebalo bi da bude lišeno prava da naknadno zahteva nužni deo u pogledu imovine na koje se odricanje odnosi. Ovakav predlog koncepta ugovornog nasleđivanja *de lege ferenda* bio bi usklađen sa svrhom instituta ugovora o odricanju od budućeg nasledstva, kao fleksibilnog instrumenta planiranja nasleđivanja koji prvenstveno treba da odgovara potrebama pravnog prometa i da doprinese široj autonomiji volje u raspolaganju zaostavštinom. Naročito bi trebalo da bude predviđena mogućnost njegovog zaključivanja u korist dece jednog od supružnika iz prethodnog braka i ili vanbračne zajednice, *de lege ferenda*.

Uvođenjem negativnih naslednopravnih ugovora omogućilo bi se uređenje naslednopravnih posledica smrti na mnogo fleksibilniji način, i prilagodile konkretnim okolnostima i potrebama, a u skladu sa stvarnom voljom disponenta.

Potrebu reafirmacije ovog ugovora u srpsko pravo potvrđuje i trend kontraktualizacije naslednog prava, kao odgovor na potrebe savremenog čoveka. Krajnji zaključak bi bio da je napuštanje paradigme o testamentarnoj slobodi kao jedinom izrazu autonomije volje za slučaj smrti neophodno. Ugovornu i zaveštajnu slobodu treba posmatrati ne u odnosu suprotstavljenosti, već kao lice i naličje istog principa – principa autonomije volje. U takvom komplementarnom odnosu, ugovorne i testamentarne slobode i pojedini naslednopravni ugovori kao što je ugovor o odricanju od budućeg nasledstva, dobijaju jednu novu dimenziju koja opravdava njegovo normiranje, kao novog instrumenta imovinskog raspolaganja kojim se afirmiše pre svega privatnopravna autonomija u domenu nasleđivanja.

ПРАВО И ЕКОНОМИЈА

LAW AND ECONOMICS

ПОСТУПЦИ ЗА НАДОКНАДУ ШТЕТЕ УСЛЕД ПОВРЕДЕ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ

Апстракт: Повредом права конкуренције угрожава се остваривање не само општих интереса, већ се доводи у питање остваривање права и интереса појединаца. Јавноправни карактер права конкуренције је определио природу и сврху казне која се изриче у случају кад је утврђено постојање повреде. Тако су у случају постојања забрањеног картелног споразума или недозвољене концентрације предвиђене изузетно високе казне које су уплаћиване у корист државе. Како би се ублажило штетно дејство картелних споразума, уведен је институт тзв. покајничког програма. Контроверзу у вези овог института изазива постојање противуречних ефеката самог програма и ефеката тужбе за накнаду штете услед спровођења рестриктивних споразума. Иако на први поглед сасвим оправдана, примена покајничког програма у садејству са институтом тужбе за накнаду штете у сфери права конкуренције може дестимулисати поједине чланове да пријаве постојање рестриктивног споразума чији су актери. Наиме, унапређење приватноправне заштите конкуренције умањује делотворност покајничког програма док, са друге стране, стварање оптималног програма није могуће без ослобађања покајника од грађанскоправне одговорности. У раду се указује на механизме деловања покајничког програма, проблеме у његовој примени и начине за њихово превазилажење.

Кључне речи: право конкуренције, накнада штете, покајнички програм, рестриктивни споразум.

* e-mail: milena@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу „Хармонизација права Србије са правом Европске уније“, а који је изложен у оквиру научне конференције „Право и мултидисциплинарност“ одржаној на Правном факултету у Нишу априла 2019. године.

1. Увод

Конкуренција, у правном и политичком контексту Европске уније, обухвата правила и механизме институционалног деловања којима се обезбеђује њена заштита на тржишту, путем санкционисања картела и злоупотребе доминантног положаја, контроле концентрација, као и правила о ограничавању државне помоћи учесницима на тржишту (Протић, 2015: 96). Разлози за овакво позиционирање леже у њеној специфичној природи, која истовремено треба да обезбеди несметано функционисање унутрашњег тржишта, али и да интервенише путем механизма његове заштите од нетржишних понашања држава чланица. У вези с тим, политика конкуренције представља парадигму релације између кључних стубова савременог демократског поретка – слободног тржишта и правне државе. Баланс између слободе тржишта, с једне стране, и интервенције на њему путем регулације или санкционисања повреда тржишта ради његове заштите, са друге стране, јесте *sedes materiae* у области конкуренције (Jacobs, 2008: 950-951). Релативно снажна међузависност произвођача на олигополском тржишту хомогених производа, која се огледа у томе да промена тржишне цене услед измене у обиму производње било ког произвођача ствара директан ефекат на профит свим осталим произвођачима, може довести до стварања њихове коалиције у форми картела. Картел представља групу директних конкурената, која се међусобно споразумела да се понаша као индивидуални монополистау циљу максимизације укупног профита. Он представља рестриктивни споразум који се огледа у ограничавању конкуренције, односно конкурентског притиска који би трпео сваки члан у ситуацији када такав договор не би био постигнут. Спречавање конкуренције настаје као последица дослуха, тј. изричитог или прећутног договора непосредних тржишних такмаца око најважнијих параметара пословања – цене, количине и географске поделе тржишта (Werden, 2011: 223).

Када су у питању ЕУ правила о конкуренцији, њихова примена је након ступања на снагу Уредбе број 1/2003,¹ опредељена посебним односом који постоји између националних и наднационалних органа задужених за њихову имплементацију и децентрализацију. У претходном периоду се сматрало да прописи о заштити конкуренције спадају у јавноправни домен и да чине део јавног поретка којима се штите општи интереси, па су за њихову примену били задужени државни или парламентарни органи. Јавноправни карактер права конкуренције је определио природу и сврху казне која се изриче у случају кад је утврђено постојање повреде. Тако су у случају постојања забрањеног картелног споразума или недозвољене концентрације предвиђене изузетно високе казне које су уплаћиване

у корист државе.² Због тога се дуго времена у Европи сматрало да се сврха прописа о конкуренцији исцрпљује у заштити конкуренције као пожељног тржишног стања, а не у заштити конкурената или потрошача (купаца или корисника услуга) које су уплаћиване у корист државе као заштитника јавних интереса (Lianos, 2014: 5). Уредба број 1/2003, подстиче приватноправну примену ЕУ правила о заштити конкуренције и заштиту индивидуалних субјективних права тако што обавезује државе чланице да омогуће да пред националним судовима буду покренути поступци за накнаду штете настале повредом права конкуренције.

Повредом права конкуренције ЕУ угрожава се остваривање не само општих или јавних интереса, већ се доводи у питање остваривање права и интереса појединаца. Постојање приватноправне и јавноправне примене права није карактеристично само за прописе о заштити конкуренције, већ и за прописе из других грана ЕУ као што је право потрошача или еколошко право и одражава „фундаменталне идеје о односу између државе и грађана и њихове улоге коју имају у имплементирању права као таквог“ (Assimakis Komninos, 2011:141). Сагледано у ширем контексту, под приватноправном применом се подразумевају поступци које покрећу приватне стране (физичка лица, предузетници и компаније) као тужиоци или интервенијенти, тужбама или контра тужбама против учесника на тржишту због наводне повреде права конкуренције.³ Према овом критеријуму пресудан је статус тужиоца, а не орган пред којим се покреће поступак (Комисија, национална регулаторна тела, судови).⁴ Доношењем Зелене књиге, дати су први конкретни предлози како се може квантификовати штета коју појединци трпе услед некоректног и неприхватљивог конкуренцијског понашања других на тржишту, као и модели како се оним који трпе штету она може надокнадити (Илкић,

²Прописане казне су се кретале и до 10% од укупног промета оствареног у претходној години и уплаћиване на рачун буџета.

³За разлику од става законодаваца ЕУ, који сматрају да тежиште заштите норми права конкуренције треба да буде на јавно-правној заштити, коју ће спроводити Европска комисија и национална тела надлежна за послове заштите конкуренције, у САД је заштита антикартелних норми, пре свега, на нивоу приватно-правне заштите и спроводи се кроз судске поступке које покрећу оштећена лица. Многа нормативна решења првог антимонополског закона тзв. Шермановог акта (The Sherman Antitrust Act, 2 July 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. 1-722) важе и данас, па се о 90% спорова везаних за примену антикартелног права одлучује у приватним, грађанским парницама. Сваке године евидентира се преко 2.000 нових приватних судских поступака.

⁴Уредбом се успоставља сложен однос између националних регулаторних тела и Европске комисије. То значи да су Национална регулаторна тела у обавези да писаним путем обавесте Комисију без одлагања, тј. пре доношења саме одлуке.

2017: 56). Наредним документом оличеним у Белој књизи, учињени су предлози за остваривање ефикаснијег механизма обештећења (Becker, Bessot, Smijter, 2008: 5) и наглашена компензаторна улога приватноправне заштите оштећених лица. Комисија је у Белој књизи понудила решења за бројна питања, која се односе на: право индиректних купаца да траже накнаду штете (колективним или репрезентативним тужбама), приступ доказима, обавезујуће дејство одлука НРТ, кривицу као елемент грађанске одговорности, појам и израчунавање штете, преваљивање трошкова, застарелост, трошкове поступка по тужбама за накнаду, однос између „покајничког понашања” и штете (Werden, Hammond, Barnett, 2011: 225). У генералном смислу, циљ усвајања Беле књиге је био да се нађе механизам који би осигурао свим лицима потпуну накнаду штете која је настала због повреде ЕУ права конкуренције.

2. Ефекти примене покајничког програма код картелних споразума

Иако је покајнички програм (*leniency program*), као институт права конкуренције распрострањен у пракси великог броја земаља, он ипак представља релативно нов феномен. Овај програм представља елемент права конкуренције чија је примарна сврха да допринесе идентификовању и прикупљању инкриминишућих доказа о једном од највећих изазова са којим се суочавају антимонополске агенције – картелским праксама (Spagnolo, 2008: 259-304). Економски интерес чланова картела који их мотивише на одабир некооперативне стратегије, као и релативно слабе унутрашње везе ових коалиција, додатно појачане аргументом да је у таквим околностима типско резонување чланова картела како је најбоље да он буде тај који ће први нарушити картелски споразум, што имплицира да је ендогено расформирање картела само питање времена, представљају главне аргументе на које се законодавац ослања приликом предвиђања ефеката успешности примене покајничког програма (Aubert, 2006: 1241–1266; Тешић, 2018: 94). Овај програм, као механизам путем којег законодавац настоји да додатно оснажи понашање засновано на логици „слепог путника” у картелским споразумима, подразумева понуду амнестије у виду потпуног ослобађања (или умањења) од изрицања мере заштите конкуренције (Тешић, 2018: 94) оном члану или члановима картела који надлежном телу за заштиту конкуренције доставе правно ваљане информације о његовом постојању и функционисању.

Покајнички програм у праву конкуренције, као програм ослобађања од новчане казне и умањења новчане казне учесницима који пријаве рестриктивни споразум у којем учествују, сматра се једним од

најзначајнијих елемената политике према рестриктивним споразумима и најједноставнијим инструментом за откривање и доказивање ових споразума. Правилима о покајничком програму остварује се истовремено и важна превентивна улога, јер ова правила представљају значајан механизам генералне превенције, тј. одвраћања учесника на тржишту од закључивања рестриктивних споразума (*deterrent effect*). Покајнички програм има дакле двоструку улогу: не само што служи откривању и доказивању рестриктивних споразума, већ се њиме отежава, односно умањује вероватноћа закључивања нових рестриктивних споразума (Ракић, 2014: 244).

Учесници у рестриктивном споразуму суочени су са противуречним подстицајима, тако да рестриктивне споразуме карактерише инхерентна нестабилност: с једне стране, учесници су мотивисани да се усаглашавају како би избегли конкуренцију и остварили већи профит од профита који би остварили без дослуха, а с друге стране, имају подстицај да изиграју дослух и повећају обим производње (уз истовремено смањење цена) како би максимизовали сопствени профит. Због тога сваки учесник има инхерентни подстицај да први изигра дослух и тако избегне ситуацију у којој ће он бити изигран, јер је свестан да сви учесници у дослуху размишљају на истоветан начин. Покајнички програм почива на идеји да се стварањем додатних подстицаја учесницима у рестриктивном споразуму да пријаве тај споразум заправо „подстакне” нестабилност дослуха и унесе неповерење између тржишних учесника који учествују у дослуху (према начелу *divide et impera*) (Spagnolo, 2005: 136), како би се увећала вероватноћа откривања рестриктивних споразума и кажњавања тржишних учесника који су повредили прописе о заштити конкуренције. Основу такве политике према рестриктивним споразумима чини стварање веродостојне претње да ће недозвољени дослух између учесника на тржишту бити откривен, чиме се истовремено превентивно делује с циљем отежавања постизања дослуха (Ракић, 2014: 246). Зато се приликом анализе покајничког програма у ствари утврђује како он утиче на стварање подстицаја за дослух, односно на стварање подстицаја за изигравање дослуха.

Откривање и санкционисање картелских дослуха није ни брзо ни јефтино. Отуда је намера законодавца приликом увођења покајничког програма у законски оквир заштите конкуренције управо била двојака: са једне стране било је потребно поједноставити (и последично убрзати) процедуру које се придржава тело задужено за заштиту конкуренције у поступку истраге, док је са друге требало појачати подстицаје индивидуалних чланова картела ка некооперативном понашању. Имајући у виду ове противуречне подстицаје са којима се суочавају индивидуални чланови

картела, раскорак између њихових сопствених интереса и сарадње, може се закључити да картели *per se* садрже својство нестабилности (Broder, 2010: 184-187). Након што одређени члан картела наруши постигнути споразум, остатак чланства мора самостално да изнађе суптилне механизме којим би казнили онога ко је одлучио да се понаша некооперативно. Узрок такве ситуације у којој су чланови картела препуштени сами себи у надгледању, откривању и кажњавању „непослушних“ чланова је чињеница да картел не производи правно дејство, обзиром да је у већини земаља он правно ништав споразум. То значи да, уколико одређени чланови картела подлегну искушењу, преостали чланови не могу захтевати од надлежног државног органа да заштити њихова права.

Овакво понашање учесника у дослуху и постојање противуречних подстицаја објашњава се примером који је у теорији игара (*theory of games*) познат као затвореникова дилема (*prisoner's dilemma*). Играти игру „затвореникове дилеме“ је исто што и доносити одлуку о томе да ли изиграти постигнути картелски споразум или не. Моделом „затвореникова дилема“ описане су оне ситуације које карактерише одабир стратегије „слепог путника“ од стране играча (или стратегије варања као доминантне стратегије), које осликавају настанак проблема везаних за спровођење колективне акције (Zane, 2003: 6-17). Трагајући за задовољењем властитог интереса (максимизацијом профита), играчи завршавају у равнотежи која им даје стриктно мању исплату у односу на ону коју би могли остварити да су играли кооперативно. Имајући у виду да су картелски договори, барем начелно, забрањени у свим тржишним привредама (јер је њихов циљ ограничавање конкуренције), отвара се питање изналажења начина на који картели могу превазићи наведени проблем, тј. остварити координацију активности властитих чланова.

3. Ограничавајући фактори реализације програма и накнада штете

Покајнички програм није се показао ефикасним онолико колико је могао бити када је реч о дестабилизацији постојећих картела. Објашњење за овакав резултат проналази се у одредбама закона које нису стриктно гарантовале потпуно ослобађање од плаћања казне, чак ни за прву компанију која достави информације о постојању дослуха у којем и сама учествује, те као такве нису перципиране као поуздан партнер од стране потенцијалних доушника у откривању дослуха.⁵ Наиме, аргументи у прилог

⁵ Програм је предвиђао да се првој компанији која достави информације о картелу пре него што је покренут поступак од стране Европске Комисије обезбеди смањење казне од 75–100 %, док је у ситуацијама у којима је поступак већ покренут, за пресудне информације казна била умањена за 50–75 %. Видети: *Notice on the Non-Imposition*

институционализације покајничког програма, док се не доведу у везу са другим важним елементом приватноправног извршења права конкуренције, делују сасвим логично, оправдано и самим тим прихватљиво. Наиме, уколико је картелским компанијама, решењем надлежног антимонополског тела, изречена мера заштите конкуренције, оне, према законским прописима о одговорности за нанету штету, аутоматски постају изложене могућности покретања пратеће тужбе за накнаду штете од стране оштећених тржишних учесника, коју им је њихова радња проузроковала (пре свега је реч о удружењима потрошача под претпоставком да она поседују моћ покретања такве тужбе у циљу колективне заштите сопствених интереса).⁶

Када је реч о подношењу захтева од стране учесника картела у циљу ослобађања од обавезе плаћања новчане казне, национална законска решења допуштају две могућности: захтев за потпуним ослобађањем и захтев за делимичним ослобађањем. Основни услови које учесник рестриктивног споразума мора да испуни како би у потпуности био ослобођен од обавезе плаћања новчаног износа казне су: а) да је први који је пријавио споразум Комисији за заштиту конкуренције; б) да Комисија није имала сазнања о постојању картела или их је имала, али није поседовала довољно доказа да покрене поступак; ц) да су достављени докази довољни да Комисија донесе решење о повреди конкуренције.⁷ Са друге стране, законске одредбе такође омогућавају и смањење висине износа новчане казне, уколико: а) учесници дослуха поднесу релевантни захтев у току самог поступка испитивања повреде конкуренције; б) достављени докази буду довољни да Комисија оконча поступак, као и донесе решење којим се изриче мера заштите конкуренције учесницима рестриктивног споразума.

or Reduction of Fines in Cartel Cases (1996). Због тога је ЕУ два пута (2002. и 2006.) реформисала свој покајнички програм. Према најновијој верзији (такође и према оној из 2002. год.) на коју се, како смо већ нагласили угледао и наш законодавац, потпуно ослобађање од плаћања казне добија прва компанија која достави информације о картелу. Видети: *Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases* (2006).

⁶ Према Закону о заштити потрошача (Службени гласник РС, бр. 62/2014 и 6/2016 – др. закон) удружења потрошача имају могућност покретања поступка за накнаду штете пред надлежним судом (члан 145, став 1, тачка 1 и члан 153).

⁷ Видети: члан 69, став 1 и 2 ЗЗК; члан 2, став 1, тачка 1 и 2 и члан 3 Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције (у даљем тексту Уредба) (Службени гласник РС, бр. 50/2010); Смернице за примену члана 69. Закона о заштити конкуренције и Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције од 30.08.2010. године (у даљем тексту Смернице).

Учесници који то први учине имају могућност умањења казне за 30–50 %, други за 20–30 %, док трећи и сваки следећи има право на 20 % умањења.⁸

Посебно значајан услов који учесник покајничног програма мора да испуни, без обзира да ли је реч о подносиоцу захтева за потпуно или делимично ослобађање од новчане казне, јесте да он није тај који је иницирао закључење рестриктивног споразума или који је принудио или подстрекавао друге учеснике на његово закључење и/или спровођење.⁹ Ово је посебно важан услов и у контексту анализе злоупотребе права конкуренције, с обзиром да управо такво законско решење, којим се главни иницијатор не може укључити у програм амнестије од учињеног дела повреде конкуренције, наводи на закључак о немогућности злоупотребе покајничког програма од стране учесника картела. Ипак, претпоставимо за тренутак да се законодавац из одређеног разлога одлучио за супротно решење. У таквим околностима би несумњиво дошло до отварања огромног простора за злоупотребу покајничког програма као елемента антимонополске политике, с обзиром да би тада сваки конкурент који жели да умањи конкурентски притисак, имао могућност да позове остале тржишне учеснике на страни понуде на формирање колузионог дослуха, а потом их пријави надлежном телу за заштиту конкуренције. Главном учеснику би био одобрен имунитет, док би остали трпели санкције.

Успешност ефеката покајничког програма, чија структура одражава логику подстицаја засновану на кажњавању по систему „штапа и шаргарепе“, указује да постоји озбиљна претња да ће картел у релативно ближој будућности бити откривен, односно да ће против њега бити покренут поступак ради утврђивања повреде конкуренције, те изречена мера заштите конкуренције (Dunne, 2015: 112). Ефекти покајничког програма ће бити ограничени уколико чланови картела, са извесном дозом сигурности, не очекују да ће бити процесуирани. У пракси, учесник који пријави рестриктивни споразум у опасности је да поверљиве информације на основу којих је доказан рестриктивни споразум буду откривене трећим лицима, па би због тог признања морао да докада евентуалну штету која вишеструко премашује износ новчане казне од које је ослобођен (Broder, 2010: 64). Поврх тога, имајући у виду да је реч о монополским праксама које су често ван домашаја примене права конкуренције вероватноћа њиховог процесуирања своди се на минимум.

Додатни начин на који се могу ограничити ефекти покајничког програма произлази из грађанскоправне одговорности учесника у том програму.

⁸ Видети: члан 69, став 3 ЗЗК; за додатне услове видети Смернице.

⁹ Видети: члан 69, став 4 ЗЗК; члан 2, став 1, тачка 3 и 4 Уредбе.

Аргументи који говоре у прилог институционализације покајничког програма, делују сасвим логично, оправдано и прихватљиво, све док се не доведу у везу са другим важним елементом приватноправног извршења права конкуренције, тужбом за накнаду штете (Canenbley, Steinvorh, 2011: 320-322). Наиме, уколико је картелским компанијама, решењем надлежног антимонополског тела, изречена мера заштите конкуренције, оне се, према законским прописима о одговорности за нанету штету, аутоматски излажу могућности покретања пратеће тужбе (*follow on action*) за накнаду штете од стране оштећених тржишних учесника, коју им је њихова радња проузроковала (пре свега је реч о удружењима потрошача под претпоставком да она поседују моћ покретања такве тужбе у циљу колективне заштите њихових интереса).

Процесни положај оштећеног знатно зависи од тога да ли су Европска комисија или надлежно регулаторно тело за заштиту конкуренције већ спровели поступак и утврдили антиконкуренијску праксу, или нису. Уколико је кршење већ констатовано, оштећено лице ће поднети тзв. пратећу тужбу (*follow on action*), по којој неће морати да доказује одговорност починиоца за повреду правила конкуренције, већ само узрочно-последичну везу између самог дела и штете коју је претрпео, као и њену висину. Ако орган јавне власти о повреди још није донео одлуку или поступак није ни покренут, оштећени је у значајно тежем процесно-правном положају. Он ће морати да покрене поступак тзв. самосталном тужбом (*stand alone action*) и да у судском поступку, осим узрочности и квантификације штете, доказује и да је тужени учинио наведено дело и повредио правила фер конкуренције (Hüschelrath, Peyer, 2013: 5).

Иако, генерално посматрано, тужба за накнаду штете може дестимулисати формирање картелских споразума, имајући у виду да се у очекивану вредност новчане казнене мере заштите конкуренције мора урачунати и износ очекиване накнаде штете, таква тужба у условима постојања покајничког програма производи супротне ефекте (Cauffman, 2011: 181; Davis, Lande, 213: 70). С обзиром да учешће у покајничком програму само по себи подразумева признање учесника картела о властитом уделу у рестриктивном споразуму, те да се решење о повреди конкуренције у парничном поступку узима као дато и одмах приступа процени штете, дестимулација појединачних чланова картела да пријаве постојање споразума, постаје готово извесна.

Концепт покајничког програма и пратећа тужба за накнаду штете узрокују противуречне подстицаје учесницима картела. Потенцијално решење за овај проблем је, на први поглед, врло једноставно: потребно је ослободити

учесника покајничког програма од одговорности, односно обавезе да учествује у накнади штете у парничном поступку. Међутим, аболирање од грађанскоправне одговорности за нанету штету ускраћује право на накнаду исте, односно право на заштиту купцима или потенцијалним ривалима, који у таквим условима имају право на потраживања и од самог покајника. Оштећеним лицима се таквим решењем делимично ускраћује заштита, с обзиром на то да тада не би могли да надокнаде штету од једног или више учесника који су пријавили споразум, већ само од оних учесника који не учествују у покајничком програму (Wouter, 2014: 31). У таквим околностима, уколико није дошло до инсолвентности осталих учесника картела након изречене мере заштите конкуренције, купци (као и потенцијални конкуренти) би и даље могли да надокнаде штету од преосталих чланова у дослуху: износ штете остаје исти, само се смањује број оних који плаћају одштету. Право на накнаду штете није ускраћено, иако купци остају лишени права да позову на одговорност све учеснике рестриктивног споразума. Закон који садржи одредбе покајничког програма, и који предвиђа могућност накнаде штете након што решење о повреди конкуренције постане правоснажно, несумњиво постаје инхерентно противуречан, у смислу сигнала које шаље картелизованим тржишним учесницима (Тешић, 2018: 98). Другим речима, када једна одредба закона ограничава потенцијалну делотворност друге, контрадикторни подстицаји са којима се суочавају тржишни учесници постају неминовност. Чини се да би оптимално решење било да се не ускрати оштећеним лицима право на накнаду штете, с тим да се оно ограничи само на учеснике рестриктивног споразума који не учествују у покајничком програму. То би истовремено био подстицај за учеснике да споразум пријаве, а оштећена лица би задржала право на накнаду штете. Пуни смисао покајничког програма остварио би се само уколико би се учесници који га пријаве ослободили грађанскоправне одговорности, што би се непосредно одразило и на заштиту тржишне конкуренције.

4. Закључак

Анализа процеса приватноправног извршења права конкуренције кроз призму деловања картела је свакако комплексна, што се показало и кроз кохабитацију ових института. Покајнички програм, као и тужба за накнаду штете налазе се у функцији заштите конкуренције. Мада се за сваки од ових појмова могу навести аргументи у прилог неопходности њихове институционализације, показало се да предочене могућности за приватноправно извршење прописа којим се штити конкуренција могу имати и своју тамну страну. Иако на први поглед сасвим оправдана, примена

покајничког програма у садејству са институтом тужбе за накнаду штете, у сфери права конкуренције, може довести до противуречних ефеката. Наиме, унапређење приватноправне заштите конкуренције урушава концепт покајничког програма тиме што умањује његову делотворност. С друге стране, оптимални покајнички програм није могуће реализовати уколико се покајник не ослободи грађанскоправне одговорности, што је неправично са аспекта оштећених лица. Уколико се учесници у рестриктивном споразуму буду суочавали са претњом тужбом за накнаду штете која би се против њих могла поднети, они ће бити демотивисани да такав споразум пријаве, а то ће се негативно одразити и на заштиту тржишне конкуренције. Ослобођење одговорности за штету учесницима који пријаве рестриктивни споразум створила би им додатни подстицај и допринела јачању покајничког програма, а оштећена лица би право на надокнаду штете остварила од осталих учесника споразума. Приликом коначног решавања овог проблема требало би узети у обзир наведене околности.

ЛИТЕРАТУРА

Assimakis Komninos, B., *The Relationship between Public and Private Enforcement: Quod Dei Deo, Quod Caesaris Caesari* (June 23, 2011). Dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1870723> ili na <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1870723>.

Aubert, C. et al, The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels, *International Journal of Industrial Organization*, 2006, Vol. 24, No. 6.

Becker, R., Bessot, N., Smijter, E.D., The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, *Competition Policy Newsletter*, 2/2008, 5; dostupno na http://www.ec.europa.eu/competition/speeches/text/2008_2_4_en.pdf.

Broder, D., *U. S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*, Oxford University Press, 2010.

Canenbley, C., Steinvorth, T., Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?, *Journal of European Competition Law and Practice* 2/2011.

Cauffman, C., The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages, *Competition Law Review*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 181i dalje;

Craig, P., De Burca, G., *EU Law: texts, cases and materials* (4th ed.), Oxford University Press, 2008.

Commission of the European Communities, *White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2008) 165 final, Brussels, 02.04.2008.

Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases (2006).

Dunne, N., *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing*

Hüschelrath, K., Peyer, S., *Public and Private Enforcement of Competition Law - A Differentiated Approach*, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH, 2013, 5, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13029.pdf>.

Илкић, З., Изузећа и правна заштита оштећених лица у вези са картелним споразумима у осигурању у Европској унији, *Европска ревија за право осигурања* 1/2017.

Jacobs Francis G., The Evolution of the European Legal Order, *CML Rev.*, 41(2004).

Davis P., Lande H., Defying Conventional Wisdom: the Case for Private Antitrust Enforcement, *Georgia Law Review* 1/2013.

Кривични законик (Службени гласник РС, бр. 94/2016).

Lianos, I., The Principle of Effectiveness, Competition Law Remedies and the Limits Adjudication, *CLES Research Paper Series* 6/2014, 5; dostupno na: www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series

Протић, Д., *Политика конкуренције у Србији: у чему је проблем?* - Центар за европске политике, Београд, 2015.

Ракић, И., Покајнички програм и одговорност за штету због повреде права конкуренције, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2014.

Spagnolo, G., *Divide et Impera: Optimal Leniency Programs*, 2005, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf>

Spagnolo, G., *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, in: *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, MIT Press.

Tešić, N., Pokajnički program u pravu konkurencije – razlozi uvođenja, mehanizmi delovanja i problemi u primeni, *Ekonomске идеје и пракса*, 2018, br. 29.

The Clayton Act, Section 4, 1914, <http://teachingamericanhistory.org/library/document/clayton-antitrust-act/>, 16.01.2018.

Werden, G., Hammond, S., Barnett, B., Deterrence and detection of cartels: Using all the tools and sanctions, *Antitrust Bulletin* 2/2011.

Whish, R., *Competition Law* (6th ed.), Oxford University Press, 2009.

Wouter P. J. W., *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296458, 2014

Zane, P., Price Fixer's Dilemma: Applying Game Theory to the Decision of Whether to Plead Guilty to Antitrust Crimes, *Antitrust Bulletin* 1/2003.

Закон о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр. 62/2014 и 6/2016

Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 50/2010)

Prof. Milena Jovanović Zattila, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**PROCEDURES IN ACTIONS FOR DAMAGES INCURRED
BY BREACH OF COMPETITION LAW**

Abstract

A violation of competition law poses a threat not only to the exercise of general public interests but also jeopardizes the exercise of individual rights and interests. The public-law nature of competition law has largely determined the type and the purpose of sanctions awarded in the event of established violation. Thus, in cases involving illegal cartel agreements or illicit concentration, different legislations envisage extremely high penalties which are to be paid in favor of the state. Leniency program (the so-called "penitent" program) has been introduced in order to mitigate the detrimental effects of cartel agreements. The leniency program is a controversial issue because it entails contradictory effects of the program itself as well as the effects of the compensation claim resulting from the conclusion of restrictive agreements. Although the use of the leniency program may prima facie seem quite justified, its application in conjunction with the institute of compensation claim in the field of competition law may demotivate some actors from reporting the conclusion of a restrictive agreement. On the one hand, developments in the private-law aspect of competition protection undermine the effectiveness of the leniency program. On the other hand, the appropriate leniency program may not be put in place without exempting the "penitent" wrongdoer from civil liability in case of disclosing such information to the regulatory authority. The paper presents the mechanisms underlying the operation of the leniency program, the issues encountered in its application, and the ways of resolving these problems.

Keywords: competition law, compensation for damage, leniency program, restrictive agreement.

ABUSE OF THE BILL OF EXCHANGE IN BUSINESS ENVIRONMENT

Abstract: *A bill of exchange is an interesting tool that can be used to secure, confirm or settle a claim. The bill of exchange is an abstract security, which is only loosely linked to its cause. The absence of the accessory of a claim that is embedded in the bill of exchange allows the creditor to successfully claim the amount embedded in the bill of exchange without a commercial or economic basis. The abstractness of a bill of exchange is “a double-edged sword”, which makes the debtor very vulnerable. The misuse or abuse of the bill of exchange is thus by no means a sporadic phenomenon, and such practices should be avoided from the very moment of putting this security into circulation by using appropriate contractual measures and by defining the bill of exchange content.*

Keywords: *bill of exchange, abuse, business environment.*

Introduction

A bill of exchange can be considered a legal instrument which has been traditionally used in business relations. Like other legal instruments, the bill of exchange is a good helper but a bad master. A bill of exchange is a security that bears an unmistakable risk of being misused or abused. Indeed, the legal regime of a security bill of exchange is that there may be situations in which a debtor, owing a defence based on the assertion that a bill of exchange is claimed that is not substantiated by a causal claim (since that claim has not arisen or ceased to exist), is unable to defend himself even at a qualified expense of all efforts. Similar situations arise in cases where the creditor applies an excessively filled blank bill of exchange.

* e-mail: radim.chalupa.ak@gmail.com

This paper presents the author's thoughts on the misuse/abuse of the bills of exchange in the Czech Republic. Given that the law on bills of exchange is based on the Uniform law for bills of exchange and promissory notes, adopted in 1930 at the Geneva Convention, and particularly considering the almost identical form of the bill of exchange law throughout Europe, the following consideration has an international overlap and will hopefully bring interesting incentives to the conference participants.

Bills of exchange are usually used by entrepreneurs. Exceptionally, one can find a bill of exchange that two non-businessmen lay down for themselves to secure, assert or pay a claim. Bills of exchange are used in transactions between entrepreneurs (B to B) as well as between entrepreneurs and consumers (B to C). This paper will not deal with special protection of consumers because it is a specific issue that requires separate analysis.

1. The use of bills of exchange in business relations

Bills of exchange are usually used to secure or confirm a claim but the use of bills of exchange in the form of a payment instrument is far from exceptional. As to confirm a claim, the bill of exchange is used only if the causal debtor is obliged from the bill of exchange, so that the bill of exchange does not provide the creditor with any alternative source to satisfy the claim in the form of another obligated debtor; the acquisition of a bill of exchange confirming a claim is of interest to the creditor because it offers him the advantage of the easier judicial enforcement of a claim based on a better creditor position in the bill of exchange relation; the possibility of applying a bill of exchange in the bill of exchange order proceeding in which the plaintiff is considerably procedurally advantageous. The bill of exchange has the nature of a securing instrument if it obliges another person (debtor), in addition to the causal debtor. The securing bill of exchange thus provides the creditor with added value, both by extending the range of debtors and by favouring the creditor's substantive- and procedural-law position. The payment function has a bill of exchange either when it serves as a payment instrument (bill of exchange *pro solvendo*) or when it is provided to the creditor for the purpose of fulfilling the obligation or as a mean of payment (bill of exchange *pro soluto*) through which the causal debt is paid.

2. Abstraction of a bill of exchange and of a claim incorporated into the bill of exchange

One of the key features of a bill of exchange and of a claim incorporated into the bill of exchange is its abstractivity. The abstraction of a bill of exchange has its

substantive- and procedural- law level. From the point of view of the substantive law, the abstract nature of a bill of exchange can be characterized as being the content and existential independence of this bill of exchange claim on the cause (on the economic or other cause of a bill of exchange).¹

Under the procedural law regime, the existence of independence of a bill of exchange on a cause is manifested by the fact that the creditor in the position of the plaintiff is not obliged to assert and prove facts clarifying the bill of exchange cause when filing a bill of exchange claim. On the contrary, if the defendant claims his defence by circumstances outside the bill of exchange and the bill of exchange relation (usually by the causal aspects of the claimed bill of exchange), it is the defendant who must claim and prove the facts on which he bases his defence.

3. Lack of accessory nature of a bill of exchange

The accessory of the confirmation, the securing instrument or the payment instrument is one of the major security barriers that protect the persons who provide confirmation or secure a claim from misuse of this confirmation or securing instrument. Accessory is the existential dependency of the confirmation, the securing instrument or the payment instrument on a causal claim; in the absence of a secured claim, it means that there is no liability for a legal act undertaken for the purpose of securing or confirmation of the claim.

Abstractity and accessory are incompatible features of a claim. This is because the abstractity of the claim must be seen as the independence of the claim (especially on the cause and the causal claim), both regarding the content and the existence of independence, while the accessory as the legal instrument in its existential dependence on the principal claim. If the abstractity of a claim cannot coexist with its accessory, we can only conclude that the claim incorporated in a bill of exchange is not accessorial, despite the fact that it is used to secure, confirm or pay a causal claim. The lack of accessory nature of the bill of exchange used to secure, confirm or pay the causal claim is a breeding ground for the misuse of this security.

¹As for the definition of a cause, see: Chalupa, 2015: 38-43. Similarly, Kotásek, 2012: 141: "The objections referred to in Article I § 17 are usually referred to as causal. It expresses that this defence of bill of exchange debtors finds its basis in the economic basis of the bill of exchange, or specific debt." Similarly, Kovařík, 2014: 54: "The law does not bind the creation of bills of exchange to any other circumstances than to the completion of the formalities it prescribes. (...) The law abstracts the bill of exchange from the reasons which led to its issuance."

4. False accessory of a bill of exchange

The claim from a bill of exchange is not of accessory nature. However, the defence of a debtor from a bill of exchange based on the allegation that there is no claim for which confirmation, securing or payment of the bill of exchange was issued may be justified in the event of a favourable coincidence. It is the defence based on the argumentation of the absence of a causal claim, by means of which the parties to the bill of exchange that is considered as a causal basis of the bill of exchange, that makes the judicial application unjust. It is necessary to seek the legal nature of the effect of the absence of a causal claim on the exercise of the bill of exchange law. However, the essence of the legal characteristic of a causal defence, which is not based on the accessory of the bill of exchange applied and whose justification is based on the conclusion that it is not possible to provide protection for a bill of exchange where no reason to enforce it has arisen or ceased to be, suggest similarity to the accessory. At the phenomenon level, this feature of the bill of exchange, which shows an unmistakable similarity with the accessory, is perceived as a false accessory (Chalupa, 2009: 50).

5. Limited effectiveness of relative defence against bills of exchange

Several possible classifications are subject to objections by debtors (or by other signatories of the bill of exchange) against a bill of exchange. In interpreting the issue of the abuse of a bill of exchange, it is important to classify objections as absolute and relative. The inclusion of the debtor's defence in a group of objections is not just a theoretical or an academic question. *Absolute objections* are objections that may be lodged by all bill of exchange debtors against any owner of the bill of exchange; *relative objections* have a limited scope of application; they apply only to some bill of exchange debtors and to a limited range of bill of exchange creditors.

Defence based on the absence of a causal claim, as well as defence based on excessive filling of a blank bill of exchange, is of a relative nature. Relativity of the objection to the absence of a causal claim and the objection of excessive filling of a blank bill of exchange (and thus their limited effectiveness) creates a significant potential for abuse of the bill of exchange.

6. Two main forms of abuse of the bill of exchange

Misuse (abuse) of the bill of exchange is based on one of the following two acts:

a) the application of a bill of exchange without a corresponding causal basis (application of a bill of exchange without a causal claim or with a lower causal claim),

b) the application of a bill of exchange which has been excessively filled.

6.1. Application of a bill of exchange without causal basis

One of the most frequent forms of abuse of a bill of exchange is the application of a bill of exchange claim in a situation where a causal claim is not credible to the creditor; it is not decisive whether it is wholly or partly credible.

6.2. Application of a bill of exchange which has been excessively filled

Only a little more frequent is the behaviour of a bill of exchange creditor, when he fills in a blank bill of exchange with a sum which significantly exceeds the causal claim. As a rule, such a filling of a blank bill of exchange does not correspond to the content of a granted right to fill in a bill of exchange. The subsequent application of an excessively filled blank bill of exchange is among the fretted and dangerous form of abuse of the bill of exchange.

7. The most common causes of the debtors' failure in procedural defence against bills of exchange

If an owner of a bill of exchange applies this bill of exchange when there is no claim which is confirmed or secured (or he applies it to the extent that is not secured or confirmed, which is essentially the same), or if he applies a bill of exchange which was created by an excessive filling of a bill of exchange (by filling in the non-compliance with the content of the right to fill in a bill of exchange), the effectiveness of the defence against the bill of exchange claim applied is in view of the relative nature of the objections available to the defendant (bill of exchange debtor) depending on the circumstances of the application of the bill of exchange. As a rule, one of the following paths leads to creditors' success in the alleged abuse of a bill:

The bill of exchange is applied against the bill of exchange debtors who do not bear the defence in the absence of a causal claim (either full or partial), i.e. they cannot claim this defence; as a rule, it is about collecting of the bills of exchange against bills of exchange guarantors, which can be defended against the bill of exchange solely on the basis of their own relations to the bill of exchange creditor, not on the basis of the issuer of the bill of exchange or the acceptant or the bill of exchange with the creditor.

The bill of exchange is applied by the new owner (assignee) to whom the bill of exchange has been transferred (assigned), without the debtor (as a defendant), proving that the plaintiff (creditor) has acted deliberately to the debtor's

detriment when acquiring the bill of exchange or that another circumstance breaching the non-applicability of the relative objections against assignee has occurred (e.g., that the transfer of a bill of exchange had the nature of "assignment of a bill of exchange for appearances' sake", and thus a blurred procura-endorsement); this variant of the misused bill of exchange is based on the fact that the debtor from the bill of exchange has a right (on the level of causal defence) to challenge the bill of exchange claimed solely on the basis of his own relations with the current creditor and not with the original creditor.

The bill of exchange creditor uses his significantly better procedural position in the bill of exchange order proceeding, whereby the debtor in the defendant's position does not properly exercise the defence as a result of the concentration of the proceedings or does not succeed to bear (or fulfil) the burden of proof.

The first two "scenarios" only occur when the case of an unsubstantiated (lacking the cause) or excessively filled bill of exchange is applied. The third "model" of the procedural failure of the defendant (the bill of exchange debtor) is almost universal.

8. Legal protection of bills of exchange against misuse of the bill

The protection of the bill of exchange debtors against abuse of a bill of exchange in the form of an excessively filled blank bill of exchange or a bill of exchange that does not have a corresponding causal basis in the form of a causal claim is insufficient in the Czech Republic. There is almost no legal protection; its indications are limited to some situations where the application of assigned bills of exchange is almost unaffected. There is no basis for this statutory protection which could justify the defence or at least its essence. The only support that the debtors from the bills of exchange receive when trying to protect themselves from misuse of a bill of exchange is the relative objection against the assigned bill of exchange if the assignee acted deliberately to the debtor's detriment, in bad faith, or in gross negligence when acquiring the bill of exchange ².

The law thus provides the debtors only with a limited defence against the misuse of the bill of exchange by way of its application despite the excessive filling of

² Article I, Section 17, Bill of Exchange Act states: „A person who is sued on a bill of exchange cannot object against the owner of the bill of exchange based on his own relations with the issuer or former owners, unless the owner acted knowingly to the detriment of the debtor when acquiring the bill.” Article I, Section 10 then states: “If a bill of exchange, which was blank at the time of the issue, has not been filled as agreed, one cannot object against the owner of the bill of exchange that these arrangements have not been complied with, unless he acquired the bill of exchange in bad faith or was guilty of gross negligence in acquiring the bill.”. Bill of Exchange No. 191/1950 Col. (<https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1950-191>).

the blank bill of exchange or the absence of a causal claim (either full or partial). The basic general prohibitions on the unfair exercise of the right are already contained in Section 6 of the Czech Civil Code, which imposes on everyone an obligation to act fairly in the legal system and which contains a prohibition to benefit from their dishonest or unlawful behaviour; however, they are not sufficient since both provisions of the Bill of Exchange Act (hereinafter: BoE Act) dealing with the relative defence of debtors against a claim arising from a assigned bill of exchange (Art. I Sections 10 and 17 of the BoE Act) prefer to protect the assignee at the expense of the bill of exchange debtors. But, at least, it opens the way to defence against a simulated assignment of the bills of exchange. The main loophole in the legal regulation of the protection of the bills of exchange debtors against misuse of the securing bill of exchange is the fact that the law does not prohibit the owner of the bill of exchange from exercising it in the absence of a claim for which the securing bill of exchange was issued, or does not explicitly revoke such protection. Also, the inadmissibility of the application of a bill of exchange, which was created by filling in a blank bill of exchange, must only be inferred as the law does not explicitly regulate the described situation; Article I. § 10 of the BoE Act states: *“If a bill of exchange, which was blank at the time of the issue, has not been filled as agreed, one cannot object against the owner of the bill of exchange that these arrangements have not been complied with, unless he acquired the bill of exchange in bad faith or was guilty of gross negligence in acquiring the bill.”* The BoE Act does not provide a timid indication of the lack of protection of the promissory note, which was created by the excessive filling of a blank bill of exchange. Legal protection against misuse of the amended bill of exchange is at a higher level, since the objection to changes in the bill of exchange text is of an absolute nature; thus, it can be used by all bill of exchange debtors against all creditors.

9. Self-help protection of the bills of exchange debtors

As noted earlier, the law does not take sufficient care to protect bill of exchange debtors. The debtors must protect themselves from misuse of the bill of exchange. They must do so by qualified defence in case of the application of a bill of exchange, in particular by a qualified preventive activity when signing a bill of exchange and when concluding a bill of exchange contract, a causal contract, or an agreement to fill in a blank bill of exchange.

The degree of risk of entering into the bill of exchange relations depends to a large extent on the ability of the bill of exchange debtors to create such prerequisites for defending themselves against the application of an illegally changed or excessively filled bill of exchange, as well as against the improper application

of a bill of exchange (an application of a claim that is not backed up by a causal claim). Even a leading-edge defence against the abuse of the bill of exchange may not be successful without qualified prevention because, if the bill of exchange is already purposefully assigned, it is very difficult to find a way to enforce relative objections against the assignee; moreover, negotiating access to a causal defence for the bill of exchange debtor is not additionally possible.

Professional preventive accompanying steps to enter into a bill of exchange relation are the alpha of the defence against the abuse of a bill of exchange; the omega of the defence is a qualified procedural defence after the application of the bill of exchange. However, the basic building block of the defence of the bill of exchange debtor against the incorrect application of the bill of exchange is always the creation of the basic pillars of defence and the necessary barriers when entering into a bill of exchange relation.

10. Prevention of the abuse of a bill of exchange by factual, contractual and bill of exchange defence

The bill of exchange debtors are given the opportunity to prevent the abuse of the securing bill of exchange by precautionary measures in the form of a high-quality contractual regime, supplemented by an appropriate adjustment of the bill of exchange content, which does not lead to the abuse application of the bill of exchange. It is important to know that neither of these two paths leads to the goal of protection against the securing bill of exchange itself. Only the appropriate combination of factual preventive steps, contractual protection measures and modification of the bill of exchange content will effectively protect the bill of exchange debtors.

10.1. Factual preventive steps

One of the preconditions for a successful defence against the abuse of a bill of exchange is to document the factual and legal situation declaring the state and the form of the bill of exchange whose excessive application is defended by a bill of exchange debtor.

A significant part of the bill of exchange disputes is decided not on the basis of the ascertained facts but on the basis of: the burden of proof, the excessive filling of the blank bill of exchange, and the absence of a causal claim. A dispute is always of contentious nature (as it is based on the claims of facts preventing the creation of the right, repealing the right, or weakening the right). Thus, by virtue of the nature of the objections against the abuse of the bill of exchange, the bill of exchange debtors bear the burden of proof regarding the facts on

which their defence is based. Preventing evasion in a potential litigation is thus an important part of the protection against abuse of the bill of exchange. The signer of a bill of exchange or a blank bill of exchange can prevent the debtor's failure to bear the burden of proof regarding the change of the bill of exchange text or the excessive filling of a blank bill of exchange, or the facts resulting from the absence of a causal claim, by taking precautionary steps such as: safekeeping documentation of the bill of exchange form (image) or blank bill of exchange which has been signed by the debtor (signer); preferential use of written form of contractual documentation; and careful archiving of relevant documents.

10.2. Contractual protection measures

Contractual protection against the abuse of the bill of exchange is a tool that serves the bill of exchange debtors to define the rules and limits for the use of the securing bill of exchange, to negotiate the applicability of causal objections, or to create a follow-up platform for responsibility of a creditor who will not respect the contracts on the use of the securing bill of exchange, and thereby warn the creditor not to abuse the bill of exchange.

In contracting contractual protection measures against the abuse of the securing bill of exchange, the author recommends taking into account the following elements:

Explicit definition of the right to fill in a blank bill of exchange

The debtor, whose defence is based on the excessive exercise of a bill of exchange consisting of excessive filling of a blank bill of exchange, bears the burden of proof on the basis of facts that the blank bill of exchange was not filled in accordance with the right to fill in a blank bill of exchange. The right to fill in a blank bill of exchange may be granted expressly and implicitly. If the content of the right to fill in a blank bill of exchange is not stated in a written agreement (i.e. if it was granted implicitly or explicitly in the oral form), it is highly probable that the bill of exchange debtor, defending himself against the filled bill of exchange claim by an objection of an excessively filled blank bill of exchange, will be in need of proof. The effectiveness of the defence based on excessive filling of a blank bill of exchange is thus directly proportional to the quality and transparency of the definition of the content of the right to fill in a blank bill of exchange.

Precise definition of the cause of a bill of exchange

The defendant also bears the burden of proof regarding the facts on which the cause claim is based. Thus, the effectiveness of causal defence is directly dependent on a good definition of the purpose of the issue of the bill of exchange (or the creation of a bill of exchange claim). If a bill of exchange debtor does not

have a high-quality bill of exchange contract, his chances of successful defence based on the claim that there is no causal claim are significantly reduced. The arrangement defining the bill of exchange (bill of exchange contract) should include the definition of the reason for the debtor's entry into the bill of exchange relation and the precise rules when and under what circumstances the owner of the bill of exchange is entitled to exercise it.

Prohibition of independence of the bill of exchange

The independence of the bill of exchange must be understood as the assignment of a bill of exchange and, concurrently, keeping a causal claim, the assignment of a causal claim, and a bill of exchange or the assignment of a bill of exchange and the assignment of the causal claim to different acquirers. One of the paths to the admissibility of the use of the causal objections in the case of the abuse of a bill of exchange through a purpose-built simulated assignment of the bill of exchange is the assertion that the bill of exchange creditor is also related to the causal basis of the bill of exchange (i.e. he is a party to a causal relation or otherwise linked to it). For this reason, eliminating the possibility of making a bill of exchange independent constitutes one of the key elements of preventing the use of a bill of exchange by applying a bill of exchange without a causal basis.

Negotiation of the obligation to hand over a bill of exchange and acknowledge the payment of the secured claim

It is common practice that the debtor leaves the bill of exchange in the hands of the creditor after paying the causal debt, without at least indicating the payment in the bill of exchange text. The law does not remember this situation because it only imposes a duty to hand over a bill of exchange or to acknowledge the payment of the secured claim on a bill of exchange creditor only if a bill of exchange claim is paid. One of the obstacles to applying a bill of exchange after paying a causal claim is an arrangement whereby the latent bill of exchange debtor negotiates the possibility of paying the causal claim conditional upon handing over a bill of exchange or issuing an acknowledgment in its text prior to signing the bill of exchange.

Negotiation of access to causal objections for the bill of exchange debtors not participating in the causal relation

One of the neuralgic points of the defence against the abuse of a bill of exchange is the objectional position of the bill of exchange guarantors. Contractual negotiation of access of the bill of exchange guarantors to causal objections of other debtors is in the current decision-making practice of courts, according to which bill of exchange debtors who are not involved in the causal relation (usually a bill of exchange guarantors) do not bear the causal defence. Being a

guarantor of a bill of exchange without negotiating the possibility to claim causal objections of the other bill of exchange debtors is an act bordering on offering double payment of bills of exchange.

10.3. Bill of exchange protection

The contractual protection of the debtor's primary position in the event of the abuse of a bill of exchange is effective only *inter partes* – between the participants in the arrangement and their successors. It is with the knowledge of this fact that the paths of bill of exchange creditors lead to the abuse of the bill of exchange through the independence of the bill of exchange – by the purposeful fictitious assignment of the bill of exchange, which eliminates the effects of contractual protection and judicial protection. Thus, it is necessary to combine the factual and contractual protection described above with the bill of exchange protection, which will extend the activities of the previous instruments to the current bill of exchange creditors. The main elements of the bill of exchange protection are:

Using a bill of exchange *au nom*

If the issuer does not issue the bill of exchange in the *ordre* form, but in the name of the remittent (*au nom*), preceded by a clause “*not on someone's turn*”³, it will block the possibility of assignment of the bill of exchange by endorsement and will shift the bill of exchange to the *cesse* (plain assignment) platform. The importance of this step lies in the fact that the issuer of the bill of exchange hereby blocks the possibility of purposeful assignment of the security by endorsement carried out in order to eliminate the possibility of applying relative objections.

Indication of the value clause (of the cause claim) in the bill of exchange text

If an endorsementable bill of exchange contains a clause expressing the fact that the bill of exchange was issued to secure a claim, confirm a claim or pay a claim, the clause describes the cause claim, and the clause generally has the effect of giving the debtor a greater chance of success and proving the fact that the current bill of exchange creditor acted deliberately to the debtor's detriment when acquiring the bill, which is the path opening the possibility of applying relative objections to the assignee.

This variant of the bill of exchange defence against the abuse of the securing bill of exchange is based on the idea that, if the bill of exchange contains a clause declaring its security nature and identifies a causal relation and the secured claim, it is much easier for the bill of exchange debtor to challenge the good faith of the assignee when acquiring the bill of exchange and his claim that he had no information about the cause of the bill of exchange or any causal objections

³This clause cannot be accurately translated into English.

of the debtors, thereby allowing the debtor to claim and more easily prove the creditor's actions to the detriment of the debtor in a purposeful simulated assignment of the bill of exchange.

Reference to the right to complete a blank bill of exchange

By implicitly declaring that a bill of exchange was originally issued as a blank bill of exchange, and by expressly identifying the right to complete a blank bill of exchange, the signer of the blank bill of exchange opens up the possibility to prove more easily that the purchaser of the excessively filled bill of exchange acted either in bad faith or at least in gross negligence, which is a circumstance allowing defence based on the excessive filling of a blank bill of exchange.

Reference to the prohibition of independence of the bill of exchange

The reference to the prohibition of independence of the bill of exchange works in the same manner as the aforementioned declaration of a cause of the bill of exchange in its text; it simplifies the position of the debtor in proving that the bill of exchange creditor who acquired a bill of exchange without the secured claim acted deliberately to the debtor's detriment when acquiring the bill of exchange.

Exemption of the circulation of the bill of exchange and acknowledgement of payment; confirmation of payment of the secured claim on the bill of exchange

A bill of exchange can also be abused through its repeated application after a bill of exchange claim or causal claim has been satisfied. Repeated application of a bill of exchange already paid, or a bill of exchange for which the reason for application has ceased, can be most effectively prevented by the debtor's payment of debt before handing over the bill of exchange or acknowledging the payment in the text of the bill of exchange.

Possible ways to improve the situation

The current state of protection of the bill of exchange debtors against the abuse of the bill of exchange in the Czech Republic is unsatisfactory. A balance between the creditor and the debtor can never be achieved by using bills of exchange. The law on the bills of exchange is inherently a creditor's law. If the rights between the creditor and the debtor were balanced, the law on the bills of exchange would lose its interest and the bills of exchange would cease to be used. Obtaining a more favourable position by a creditor is one of the main reasons for using bills of exchange in business relationships. This better creditor position originates from the abstraction of the bill of exchange, and without it bills of exchange would not be what they are. In the author's opinion, creditors are excessively favoured in litigation proceedings.

These measures could help prevent the increase in the abuse of the bill of exchange:

a) Finding a suitable procedural platform for exercising the bill of exchange claims: In the Czech Republic, bills of exchange claims are applied in the bill of exchange order proceedings which disproportionately favour the plaintiff. It is done through an extremely one-sided concentration of the procedure, which entails limiting the defendant's possibility to present defence arguments within the prescribed 15-day time limit. The abuse of the bills of exchange can be significantly reduced by creating a meaningful order proceeding for the exercise of the bill of exchange claims (or other qualified claims, where appropriate), while taking into account the specificities of the claims exercised, which would have to take into account the legitimate procedural interests of the defendants.

b) In litigations, to emphasize the requirement of honesty more effectively: One of the key ways to abuse the bill of exchange is the purposeful assignment of this security, which makes the bill of exchange independent from the causal claim. The law of the bill of exchange cannot move away from the protection of the *bona fide* position of the owner of the bill of exchange, which restricts the possibility of exercising relative objections against the assignee; the abandonment of this effect of the assignment (by endorsement) of the bill of exchange would have the effect of ceasing of the easy tradability of the bills of exchange. The reverse side of this coin is the deterioration of the debtor's position by applying relative defence against the assignee. In proceedings it is necessary to accentuate more the distinction between the honest application of the bill of exchange and the abuse of the abstraction of the bill of exchange claim, brought into the bill of exchange relation by the assignment (by endorsement) of the bill of exchange. It must be made easier for the debtors to prove that the creditor acted deliberately to the debtor's detriment when acquiring the bill of exchange, as well as bad faith and gross negligence while acquiring the bill.

c) Changing the decision-making practice of the Czech courts regarding access of the bill of exchange guarantors to the causal objections derived from the relationship of other bills of exchange debtors to the bill of exchange creditor. The position of the bill of exchange guarantors should be judged by the courts; namely, the bill of exchange guarantors should have a right to raise all substantively substantiated objections, regardless of whether it is the relation of the bill of exchange guarantor to the bill of exchange creditor, or whether the defence derives from the causal relation, which the guarantor himself does not participate in.

Conclusion

Bills of exchange are widely used in the business relations in the Czech Republic. The abstract nature of this security, as well as the claim incorporated in the bill of exchange, does not, in its legal regime, apply to one of the essential characteristics of the securing and confirming instruments represented by their accessory. The fact that the absence or ceasing of a causal claim does not result in the existence of a bill of exchange opens the way for creditors to abuse a bill of exchange. The law on the bills of exchange protects an honest purchaser of a bill of exchange when the possibility of exercising relative defence of a debtor against the application of an independent bill of exchange restricts only the situation where the assignee acted deliberately to the debtor's detriment, in bad faith or in gross negligence in acquiring the bill. This protection of the *bona fide* assignee is much accentuated at the expense of bill of exchange debtors. The cases where a bill of exchange creditor successfully enforces a bill of exchange which is not reasonably justified or which is a result of the excessive filling of a blank bill of exchange cannot be considered exceptional. The law does not sufficiently protect the bill of exchange debtors from being abused. It is up to these participants in the bill of exchange relations to build the protective barrier against the unjustified or excessive application of the bill of exchange. The effective protection of the bill of exchange debtors can be achieved by providing a proper combination of these measures:

- 1) *factual preventive steps* in the form of documentation of the bill of exchange or blank bill of exchange form (image) signed by the debtor, the preference of the written form of contractual documentation, and the careful archiving of relevant documents;
- 2) *contractual protection measures* in the form of explicit definition of the right to fill in a blank bill of exchange, precise definition of the bill of exchange cause, prohibition of independence of the bill of exchange, negotiation of the obligation to hand over a bill of exchange and acknowledgment of a secured claim, and negotiation of access to causal objections of other debtors for non-participating debtors; and, in particular,
- 3) *bill of exchange protection* in the form of limiting the transferability of the bill of exchange to mere plain assignment, bills of exchange clauses and assignment by an endorsement, the use of a bill of exchange *au nom*, the inclusion of a value clause in the bill of exchange text, a reference to the right to fill in a blank bill of exchange, a reference to the prohibition of independence of the bill of exchange and exemption from circulation and acknowledgment, and confirmation of payment of the secured claim in the bill of exchange text.

References

Chalupa, R. (2009). *Zajišťovací směnka*. Praha: Linde.

Chalupa, R. (2015). Důkazní břemeno v řízení o zaplacení směnečného nároku. in: *Právní rádce (str. 38-43)*, č. 10.

Kotásek, J. (2012). *Zákon směnečný a šekový. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s.

Kovařík, Z. (2014). *Zákon směnečný a šekový. Komentář*. 6., dopl. vydání. Praha: C.H.Beck.

Bill of Exchange Act, No. 191/1950 Col. (<https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1950-191>)

JUDr. Radim Chalupa, Ph.D.,
*Docent (Građansko pravo),
Pravni Fakultet, Masarik Univerzitet,
Brno, Republika Češka*

ZLOUPOTREBA MENICE U POSLOVNOM OKRUŽENJU

Apstrakt

Menica je interesantno sredstvo koji se može koristiti za obezbeđenje, potvrdu ili naplatu potraživanja. Menica je apstraktna hartija od vrednosti koja je tek u slaboj vezi sa osnovnim pravnim poslom. Zbog apstraktnosti menice, potraživanje iz menice omogućava imaocu (kreditoru) da uspešno potražuje menični iznos bez pozivanja na osnovni pravni posao. Međutim, ta apstraktnost menice je "mač sa dve oštrice", jer čini dužnika veoma ranjivim. Zloupotreba menice nije sporadična pojava, pa takvu praksu treba izbegavati od samog trenutka stavljanja ove hartije od vrednosti u promet primenom odgovarajućih ugovornih mera i određivanjem sadržaja menice.

Ključne reči: *menica, zloupotreba menice, poslovno okruženje.*

Dr. sc. Đurđa Bolanča Kekez*,
Asistent, Katedra za građansko pravo,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu,
Republika Hrvatska

UDK: 346.545:347.426.6](4-672EU:497.5)
366.5:346.545](4-672EU:497.5)

POLOŽAJ IZRAVNIH I NEIZRAVNIH KUPACA U SLUČAJEVIMA POVREDE PRAVA TRŽIŠNOGA NATJECANJA

Apstrakt: *Povrede pravila tržišnoga natjecanja istovremeno donose značajne negativne posljedice za pogođeno tržište i njegove sudionike. Slijedom toga, nastala je potreba za reguliranjem instituta odgovornosti za štetu uslijed povrede prava tržišnoga natjecanja, koji bi oštećenim osobama omogućio naknadu štete. Kompenzacija predstavlja najvažniji mehanizam privatnopravne zaštite upravu tržišnoga natjecanja jer se istodobno naknađuje šteta oštećenima i pridonosi učinkovitom provođenju prava tržišnoga natjecanja. Izravni i neizravni kupci predstavljaju dvije skupine oštećenika kojima je u interesu ostvariti pravo na naknadu štete. Ipak, pravila država članica Europske unije o ostvarivanju prava na naknadu štete bitno su se razlikovala, zbog čega ostvarivanje ovog prava nije značajno zaživjelo u praksi. Tek sudonošenjem Direktive 2014/104/EU o naknadi štete osmišljena materijalna i procesna pravila kojima je poboljšana položaj oštećenika u postupcima naknade štete. Na primjeru Republike Hrvatske, koja je usvajanjem Zakona o postupcima naknade štete zbog povreda prava tržišnoga natjecanja implementirala Direktivu 2014/104/EU, moguće je uočiti kakve su promjene nastupile u položaju izravnih i neizravnih kupaca.*

Ključne riječi: *pravo tržišnoga natjecanja, povreda prava tržišnoga natjecanja, odgovornost za štetu, pravo na naknadu štete, izravni i neizravni kupci, potrošači.*

1. Uvod

Pravila tržišnoga natjecanja usmjerena su održavanju učinkovite i pravedne tržišne utakmice, čime se doprinosi razvoju tržišta na kojem se plasiraju različiti

* email: durda.bolanca@pravst.hr

proizvodi i usluge. S ciljem postizanja što više razine kompetitivnosti tijela nadležna za štitu tržišnog natjecanja sankcioniraju ona tržišna postupanja koja se smatraju zabranjenima budući da koče daljnji razvoj tržišta i istodobno nanose štetu njezinim sudionicima. Održavanju poštene i zdrave konkurencije, ali i ravnopravnosti sudionika na tržištumože se postići i djelovanjem samih sudionika tržišnoga natjecanja kroz privatnopravne mehanizme zaštite.

Privatnopravno zaštita prava tržišnoga natjecanja se može provoditi na nekoliko načina, i to kroz pravila o ništavosti ugovora (sporazuma), postavljanjem zahtjeva za zabranom ili prestankom vršenja zabranjenih postupanja, te postavljanjem zahtjeva za naknadom štete. Do ništavosti bilo kojeg oblika sporazuma koji se smatra takvim ili je proglašen zabranjenim, dolazi uvijek što je i propisano relevantnim odredbama propisa o zaštiti prava tržišnoga natjecanja.¹ Kondemnatornu tužbu usmjerenu na činjenje, propuštanje ili trpljenje u korist tužitelja, može postaviti bilo koja osoba koja smatra da joj je protupravnim postupanjem tuženika povrijeđeno neko subjektivno pravo (Dika, 2009: 244-245). Treća mogućnost, zahtjev za naknadom štete ostaje najznačajniji privatnopravni mehanizam zaštitejer pogođene osobe stavlja u situaciju u kojoj su se nalazili prije nego je nastupila povreda prava tržišnog natjecanja.

Pravo na naknadu štete nastale povredom prava tržišnoga natjecanja Europske unije (dalje: EU) utemeljeno je u predmetu *Courage v. Crehan*,² u kojem je Sud pravde Europske unije (dalje: Sud EU) zauzeo stav da je pravo na naknadu štete zajamčeno u pravu EU svakoj osobi koja je pretrpjela štetu usred povrede prava tržišnog natjecanja, uključujući i osobi koja je bila stranka zabranjenog sporazuma. U idućem predmetu, *Manfredi*,³ Sud EU potvrđuje da se upravo u odredbama europskog prava tržišnoga natjecanja nalazi osnova građanske odgovornosti za štetu, te postavlja pretpostavke odgovornosti za štetu: povreduprava tržišnog natjecanja, štetu i uzročno-posljedičnu vezu. I dok je odgovornost za štetu zbog povrede prava tržišnog natjecanja utemeljena na pravu EU, ostvarivanje tog prava ovisi o propisima državama članicama. Međutim, nacionalna pravila država članica EU o ostvarivanju prava na naknadu

¹ U pravu tržišnog natjecanja radi se o čl. 101. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU) kojim su uređeni zabranjeni sporazumi. Čl. 102. UFEU-a uređeno je pitanje zlorabe vladajućeg položaja, (*Ugovor o Europskoj Uniji* (UEU) i *Ugovor o funkcioniranju Europske unije* (UFEU) - konsolidirana verzija, SL C 202, 7. 6. 2016. U hrvatskom pravu tržišnog natjecanja, zabranjeni sporazumi su uređeni čl. 8. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (ZZTN), dok je zloraba vladajućeg položaja uređena čl. 13. ZZTN-a (NN br. 79/09, 80/13).

² C-453/99 *Courage v. Crehan* (2001), ECLI:EU:C:2001:465.

³ Spojeni predmeti od C-295/04 do C-298/04 *Vincenzo Manfredi et al v. Lloyd Adriatico et al* (2006), ECLI:EU:C:2006:461.

štete bitno su se razlikovala, zbog čega ostvarivanje naknade štete nije značajno zaživjelo u praksi.

Sciljem približavanja nacionalnih pravila država članica EU u pogledu ostvarivanja prava na naknadu štetu u slučaju povrede prava tržišnog natjecanja donesena je Direktiva 2014/104/EU o naknadi štete nastale povredom prava tržišnoga natjecanja (dalje: Direktiva 2014/104/EU).⁴ Direktiva 2014/104/EU nastaje kao rezultata dugogodišnjeg rada Europske Komisije (dalje: Komisija EU), započetog 2004., a koji je imao za cilj uklanjanje bitnih razlika među pravilima država članica pri ostvarivanju prava na naknadu štete nastale povredom prava tržišnoga natjecanja.⁵ Uočeno je da klasični sustavi odgovornosti za štetu predviđaju postojanje određenih pretpostavki odgovornosti za štetu čije dokazivanje kroz općaprocesna pravila značajno otežava položaj oštećenika i izravno utječu na njihov neuspjeh u ostvarivanju prava na naknadu štete.⁶ Donošenjem Direktive 2014/104/EU situacija se značajno mijenja jer su osmišljena posebna pravila za slučajeve odgovornosti za štetu nastale povredom prava tržišnoga natjecanja. Ta posebna pravila implementirana su u hrvatski pravni sustav usvajanjem Zakona o postupcima naknade štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja (dalje: ZNŠTN).⁷

U ovom radu će se objasniti položaj izravnih i neizravnih kupaca u slučajevima povrede prava tržišnoga natjecanja, ali i izazovi s kojima se susreću ukoliko žele ostvariti pravo na naknadu nastale štete. Naime, oštećenici kao tužitelji u postupku naknade štete trebaju dokazati povredu prava tržišnoga natjecanja, nastalu štetu (obujam i visinu), te uzročno-posljedičnu vezu između štetne radnje i nastale štete. Teret dokazivanja navedenih pretpostavki odgovornosti najčešće leži na oštećeniku, međutim zbog složene činjenične i ekonomske analize u slučajevima povrede prava tržišnoga natjecanja, oštećenici često ne raspoložu ili nemaju pristup potrebnim dokazima, što izravno utječe na njihov uspjeh u sporu. Stoga, cilj je rada utvrditi je li položaj izravnih i neizravnih

⁴ Direktiva 2014/104/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije, Tekst značajan za EGP, SL L 349, 5.12.2014., str. 1.-19.

⁵ *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative report*, (u daljnjem tekstu: *Ashurst izvješće*). Preuzeto 12. 05. 2019., dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf

⁶ *Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM (2005) 0672 final, 19.12.2005.; *White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM (2008) 0165 final, 02.04.2008.

⁷ NN br. 69/17.

kupaca u domaćem pravnom poretku učinkovito poboljšan i olakšan donošenjem Direktive 2014/104/EU, te provjeriti postoji li razlika između navedenih skupina oštećenika u slučajevima ostvarivanja zajamčenog prava na naknadu štete. Rad se posebno osvrće i na pitanje položaja potrošača.

2. Povreda prava tržišnoga natjecanja

2.1. Zabranjena postupanja i prakse

Kod odgovornosti za štetu zbog povrede prava tržišnoga natjecanja štetna radnja predstavlja radnju poduzetnika koja je narušila tržišno natjecanje. Prema pravilima tržišnoga natjecanja, štetna radnja bi bila ona zabranjena radnja na mjerodavnom tržištu koju je poduzeo poduzetnik i koja je drugim subjektima nanijela štetu. U pravu tržišnoga natjecanja EU, isto kao i u nacionalnim propisima država članica,⁸ postoje dvije osnovne kategorije zabranjenih postupanja koja se uzimaju u obzir kod odgovornosti za štetu i ostvarivanja prava na naknadu štete, a radi se o zabrani sklapanja određenih sporazuma i zlouporabi vladajućeg položaja.

Čl. 101. st. 1. UFEU-a zabranjuje sporazume, odluke i usklađene prakse između poduzetnika kao i raznih udruženja poduzetnika koji imaju za cilj ili posljedicu spriječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na području unutarnjeg tržišta (Reynolds, 2007:276-277; Pošćić, 2011: 319-350). Kako bi se preciznije moglo odrediti kakvi se točno sporazumi, odluke i prakse smatraju zabranjenim, u istom stavku su navedeni sljedeći primjeri: sporazumi koji neposredno ili posredno utvrđuju kupovne ili prodajne cijene ili drugi trgovinski uvjeti; ograničuju ili nadziru proizvodnja, tržišta, tehnički razvoj ili ulaganja; vrši podjela tržišta ili izvora nabave, itd. Drugim riječima, i drugačija postupanja se mogu smatrati zabranjenim sporazumima u smislu čl. 101. st. 1. UFEU-a ukoliko imaju za cilj ili posljedicu spriječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na području unutarnjeg tržišta.

U odnosu na temljeno pravilo iz čl. 101. st. 1. UFEU-a postoje i izuzetci. Naime, sporazum, odluka ili usklađena praksa koja spada u njegov okvir ne dovodi nužno do nezakonitosti, odnosno da zabranjenog postupanja. Čl. 101. st. 3. UFEU-a predstavlja pravni izuzetak za zabrane, ukoliko se zadovolje četiri uvjeta, dva pozitivna i dva negativna. Tako sporazum, odluka ili usklađena praksa moraju: doprinosti poboljšanju proizvodnje ili distribucije robe ili promicanju

⁸ Pojedine države članice, kao primjerice Francuska, su zabranile određena postupanja koja imaju ograničavajući efekt na tržišno natjecanje, a koje nemaju svoj ekvivalent u pravu tržišnoga natjecanja EU, zbog čega se ta dodatna nacionalna pravila primjenjuju samo na nacionalnom tržištu.

tehničkog ili gospodarskog napretka; istodobno potrošačima omogućavati pravedan udio u koristi koja iz njih proizlazi; tim poduzetnicima ne nameću ograničenja koja nisu nužna za postizanje ovih ciljeva; i tim poduzetnicima ne omogućuju isključivanje konkurencije s tržišta s obzirom na znatan dio dotičnih proizvoda (Whish, Bailey, 2015: 159-182; Pošćić, 2014: 93-96). Sva četiri uvjeta moraju biti ispunjena kumulativno, o čemu je Sud EU u nekoliko prilika istaknuo u svojim postupcima.⁹ Teret dokaza da je povrijeđeno pravilo iz čl. 101. st. 1. UFEU-a je na Komisiji EU, nacionalnim tijelima za zaštitu prava tržišnoga natjecanja ili na osobi koja se protivi sporazumu, odluci ili usklađenoj praksi. Međutim, na poduzetniku ili udruženju poduzetnika ostaje teret dokaza da njihova navodno zabranjena postupanja nisu takva jer su ispunjeni uvjeti iz čl. 101. st. 3. UFEU-a.¹⁰ Tek ukoliko se radi o sporazumu, odluci ili usklađenoj praksi između poduzetnika ili udruženja poduzetnika koji imaju za svrhu ili učinak spriječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnoga natjecanja, a svoje opravdanje ipak ne mogu pronaći prema odredbama čl. 101. 3. UFEU-a, radi se o sporazumu koji je ništetan (Whish, Bailey, 2015: 343-347).

Navedeni čl. 101. UFEU-a ima i svoj ekvivalent u hrvatskom pravu tržišnoga natjecanja. Naime, u čl. 8. ZZTN-a određeno je da su zabranjeni sporazumi između poduzetnika, ugovori, pojedine odredbe ugovora, izričiti ili prešutni dogovori, usklađeno djelovanje, odluke udruženja poduzetnika koji kao cilj ili posljedicu imaju spriječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnoga natjecanja na mjerodavnom tržištu, a naročito oni kojima se: izravno ili neizravno utvrđuju kupovne ili prodajne cijene, odnosno drugi trgovinski uvjeti; ograničava ili nadzire proizvodnja, tržišta, tehnološki razvoj ili ulaganje; dijele tržišta ili izvori nabave; primjenjuju nejednaki uvjeti na istovrsne poslove s različitim poduzetnicima, čime ih se dovodi u nepovoljniji položaj u odnosu na konkurenciju; uvjetuje sklapanje ugovora prihvaćanjem od drugih ugovornih stranaka dodatnih obveza, koje po svojoj prirodi ili običajima u trgovini nisu u vezi s predmetom tih ugovora. Sporazumima se smatraju osobito ugovori, pojedine odredbe ugovora, usmeni ili pisani dogovori među poduzetnicima te usklađena praksa koja je posljedica

⁹ C-43/82 i C-63/82 *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, and Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, v Commission of the European Communities* (1984), ECLI:EU:C:1984:9, para. 61; C-238/05 *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)* (2006), ECLI:EU:C:2006:734, para. 65.

¹⁰ Čl. 2. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora o EZ-u, Tekst značajan za EGP, OJ L 1, 04.01.2003., str. 1.-25. Da bi se olakšalo postupanje za nacionalne sudove i nacionalna tijela za provođenje prava tržišnoga natjecanja, Europska komisija je objavila Upute za primjenu čl. 101. st. 3. UFEU-a, *Communication from the Commission - Guidelines on the application of Article 101(3) (ex Art. 81(3)) of the Treaty*, OJ C 101, 27.04.2004.

takvih dogovora, odluke poduzetnika ili udruženja poduzetnika, opći uvjeti poslovanja i drugi akti poduzetnika koji jesu ili mogu biti sastavni dio ugovora i slično, neovisno o tome jesu li takvi sporazumi sklopljeni između poduzetnika koji djeluju na istoj razini proizvodnje/distribucije (horizontalni sporazumi) ili između poduzetnika koji ne djeluju na istoj razini proizvodnje/distribucije (vertikalni sporazumi). Takvi sporazumi su *ex lege* ništetni. U nastavku istog članka predviđeni su i kumulativni uvjeti za izuzeće od zabrane koji su istovjetni uvjetima navedenim u čl. 101. st. 3. UFEU-a. Teret dokazivanja ovih uvjeta leži na poduzetnicima koji su sudionici određenog sporazuma. Također, u čl. 10. ZZTN-u su propisana skupna izuzeća.¹¹

Drugi oblik zabranjenog postupanja predstavlja zlouporaba vladajućeg položaja, stoga je čl. 102. UFEU-a usmjeren na jednostrano ponašanje vladajućih poduzetnika ili više njih, koji takav položaj iskorištavaju na štetu tržišnoga natjecanja na cijelom ili na znatnom dijelu tržišta među država članicama EU (Reynolds, 2007: 277-279). Zlouporaba vladajućeg položaja predstavlja: izravno ili neizravno nametanje nepoštenih kupovnih ili prodajnih cijena, kao i nepošteni uvjeti trgovanja, zatim ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehnološkog razvoja na štetu potrošača, primjenjivanje različitih uvjeta na jednake transakcije ovisno o kojem se poduzetniku radi, stavljajući ih na taj način u neravnotežan odnos natjecanja, itd. Određivanje pojma vladajućeg položaja je ponovno uspostavila praksa Suda EU, koja je utvrdila da je potrebno primjenjivati test koji će vladajući položaj povezati s onim položajem poduzetnika koji ima toliku ekonomsku snagu koja mu omogućava spriječavanje učinkovitoga natjecanja na mjerodavnom tržištu, i to takvu moć da se ponaša značajno neovisno od ostalih natjecatelja, kupaca i posljedično krajnjih potrošača.¹² Ovakvim tumačenjem vladajući položaj se može razumijeti jednako kao i dostatna tržišna moć (Whish, Bailey, 2015: 190-199). Utvrđivanje vladajućeg položaja ima dvije faze ocijenjivanja. Prvo je potrebno definirati relevantno tržište kao preduvjet primjene čl. 102. UFEU-a,¹³ a tek onda se može odrediti ima li poduzetnika vladajući položaj. Stoga je značajno da se precizno utvrdi položaj poduzetnika od kojega postoji opasnost da svojim postupanjem povrijeđuje pravilo čl. 102. UFEU-a, jer nije zabranjeno imati vladajući položaj, već ga zloupotrebljavati (Pošćić, 2014:172-181). Nakon što je određeno da pojedini poduzetnik ili više njih ima vladajući položaj, potrebno je odrediti iskorištava li ga na cijelom ili na znatnom dijelu tržišta. Ukoliko se pokaže da vladajući položaj ipak ne utječe na cijelo ili barem na znatni dio tržišta,

¹¹ Propisima o skupnom izuzeću određuju se osobito: a) uvjeti koje sporazumi moraju sadržavati, te; b) ograničenja ili uvjeti koje takvi sporazumi ne smiju sadržavati (čl. 10. st. 3. ZZTN-a).

¹² C-27/76 *United Brands v Commission* (1978), ECLI:EU:C:1978:22, para. 65.

¹³ C-6/72 *Continental Can v Commission* (1973), ECLI:EU:C:1975:50, para. 32.

ne može se primjenjivati čl. 102. UFEU-a. Međutim, tada se mogu primjeniti nacionalna pravila tržišnoga natjecanja o zlouporabi vladajućeg položaja jer se radi o slučajevima da je zlouporaba vladajućeg položaja lokalizirana najčešće na tržištu samo jedne države članice EU. Ipak, postoji iznimka i za ovo pravilo. Tijekom godina Komisija EU i Sud EU su prepoznali određena ponašanja, koja bi inače vjerojatno predstavljala zlouporabu vladajućeg položaja, a zapravo ne dovode do povrede čl. 102. UFEU-a. Za to postoji objektivno opravdanje, koje je Sud EU u predmetu *Sot. Lélos kai Sia, et al.* tumačio na način da to što određeni poduzetnik ima vladajući položaj ne znači da nije ovlašten zaštititi svoje trgovačke interese onda kada isti postanu ugroženi, međutim takvo postupanje ne može biti usmjereno na ojačavanje vladajućeg položaja da bi ga se moglo zloupotrijebiti.¹⁴

Prema čl. 12. ZZTN-a pretpostavlja se da je poduzetnik u vladajućem položaju ako se zbog svoje tržišne snage može ponašati na mjerodavnom tržištu u značajnoj mjeri neovisno od svojih stvarnih ili mogućih konkurenata, potrošača, kupaca ili dobavljača, naročito ako: nema konkurenata na mjerodavnom tržištu; i/ili ima značajnu tržišnu snagu na mjerodavnom tržištu u odnosu na stvarne ili moguće konkurente, a naročito s obzirom na: tržišni udjel i položaj, financijsku snagu, pristup izvorima nabave ili tržištu, povezanost s drugim poduzetnicima, pravne ili činjenične zapreke za ulazak drugih poduzetnika na tržište, sposobnost diktiranja tržišnih uvjeta s obzirom na njegovu ponudu ili potražnju, i sposobnost isključivanja ostalih konkurenata s tržišta usmjeravanjem na druge poduzetnike.¹⁵ Međutim, prema čl. 13. ZZTN-a zabranjena je svaka zlouporaba vladajućeg položaja jednog ili više poduzetnika na mjerodavnom tržištu, naročito kao: izravno ili neizravno nametanje nepravednih kupovnih ili prodajnih cijena, odnosno drugih nepravednih trgovinskih uvjeta; ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehnološkog razvitka na štetu potrošača; primjena nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s drugim poduzetnicima, čime ih se dovodi u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju; uvjetovanje sklapanja ugovora pristankom drugih ugovornih stranaka na dodatne obveze, koje po svojoj prirodi ili običajima u trgovini nisu u nikakvoj vezi s predmetom tih ugovora.

Navedena zabranjena postupanja imaju zajedničko obilježje, a to je da stvaraju nepovoljan učinak na samo tržišno natjecanje na mjerodavnom tržištu. Time se zapravo dolazi do objekta štetne radnje u slučajevima povrede prava tržišnoga natjecanja, a radi se upravo o tržišnom natjecanju koje se pokušava zaštititi propisima o tržišnom natjecanju. Utoliko, povreda prava tržišnoga natjecanja

¹⁴ Spojeni predmeti C-468/06 do C-476/06, *Sot. Lélos kai Sia EE und andere gegen GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, vormals Glaxowellcome AEVE* (2008), ECLI:EU:C:2008:504, para. 50.

¹⁵ Smatra se da ukoliko poduzetnik ima tržišni udjel viši od 40% može biti u vladajućem položaju.

kao štetna radnja se može izvršiti isključivo na tržišnom natjecanju određenog tržišta (Bukovac Puvača, Butorac, 2008: 258). Nakon što je štetnik zabranjenim ponašanjem doveo do narušavanja ili ograničavanja tržišnoga natjecanja, nastala je šteta koja se reflektira na pravima i interesima drugih sudionika na mjerodavnom tržištu.

2.2 Utvrđivanje povrede prava tržišnoga natjecanja

Samo utvrđivanje povrede prava tržišnoga natjecanja najzornije prikazuje koliko je uz javnopravno oblik provođenja prava tržišnoga natjecanja potrebna i privatnopravni zaštitni mehanizmi. Odnosno, kako se učinkovita zaštita prava tržišnoga natjecanja može ostvariti ukoliko i sami sudionici tržišnoga natjecanja aktivno sudjeluju u zaštiti svojih prava i interesa. Razlikuju se dva načina utvrđivanja povrede prava tržišnoga natjecanja. Prvi bi bio postupak koji provodi Komisija EU ili nacionalno tijelo za zaštitu tržišnoga natjecanja, koji pak poslije može dovesti do pokretanja vezanog postupka naknade štete pozivajući se na prethodnu odluku o utvrđenoj povredi. Drugi način je samostalni građanski postupak naknade štete, u kojem je utvrđivanje povrede prava tržišnoga natjecanja tek jedna od potrebnih pretpostavki odgovornosti za štetu koju oštećenik treba dokazati.

2.2.1. Vezani (follow on) postupak naknade štete

S obzirom da zabranjeni sporazumi i zlouporaba vladajućeg položaja mogu ozbiljno naštetiti tržišnom natjecanju na jedinstvenom tržištu EU, nije ni za čuditi da povreda čl. 101. i 102. UFEU-a ima značajne posljedice za prekršitelje. U provođenju ovih pravila, Komisija EU ima obvezu uočiti, istražiti te sankcionirati dokazanu povredu prava tržišnoga natjecanja (Hüschelrath, 2014: 9-37). Komisija EU, osim na osnivačkim ugovorima (UEU i UFEU), svoje ovlasti temelji i na Uredbi 1/2003, prema kojoj je izričito ovlaštena samostalno određivati novčane kazne zbog povrede čl. 101. i 102. UFEU-a.¹⁶ Teret dokaza o povredi EU pravila tržišnoga natjecanja, bez obzira vodi li se postupak na europskoj ili nacionalnoj razini, biva na stranci ili tijelu koje prijavljuje povredu. Ukoliko Komisija EU, postupajući po prijavi ili po službenoj dužnosti istražuje nečiju povredu pravila, dužna je dokazati isto. Međutim, na drugoj je strani (poduzetnika ili udruženja poduzetnika) teret dokaza ukoliko se želi dokazati ispunjenje uvjeta za izuzeće iz čl. 101. st. 3. UFEU-a.¹⁷

¹⁶ Čl. 23. st. 2. Uredbe 1/2003.

¹⁷ Čl. 2. Uredbe 1/2003. Protiv odluke Komisije EU, prekršitelj može podnijeti tužbu Općem sudu Europske Unije, odnosno naknadno žalbu i Sudu EU.

S ciljem razvoja privatnopravnog zaštite prava tržišnoga natjecanja, a posljedično i razvoja odgovornosti za štetu zbog povrede prava tržišnoga natjecanja, Uredba 1/2003 donosi nekoliko odredbi kojima dijeli nadležnosti javnopravne provedbe između Komisije EU i nacionalnih sudova i tijela za zaštitu prava tržišnoga natjecanja. Stoga, u Uredbi 1/2003 je određeno da nacionalna tijela nadležna za provođenje prava tržišnoga natjecanja i nacionalni sudovi kada odlučuju o sporazumima, odlukama ili postupanjima iz čl. 101. UFEU-a ili o zlouporabi vladajućeg položaja iz čl. 102. UFEU-a, koji su već bili predmetom odluke Komisije EU, ne mogu donositi odluke suprotne odluci koju je donijela Komisija EU.¹⁸

U hrvatskom pravu tržišnoga natjecanja ustrojena je Agencija za zaštitu tržišnoga natjecanja (dalje: AZTN) kao nadležno tijelo (Butorac Malnar, Pecotić Kaufman, Petrović, 2013: 52-71; Petrović, Jakšić, 2014: 358-361), a koje ima ovlasti za istraživanje i odlučivanje o kršenju prava tržišnoga natjecanja, kako nacionalnog tako i EU prava tržišnoga natjecanja (čl. 26. ZZTN-a). AZTN pokreće postupak utvrđivanja je li određeni sporazum zabranjen, odnosno postupak ocjene sporazuma kao i postupak utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja isključivo po službenoj dužnosti (čl. 38. st.1. ZZTN-a), međutim inicijativu za pokretanje postupka koji je u nadležnosti AZTN-a u obliku pisanog zahtijeva, prijedloga, obavijesti ili prigovora može podnijeti svaka pravna ili fizička osoba, strukovna ili gospodarska interesna udruga, odnosno komora poduzetnika, udruga potrošača, Vlada RH, središnja tijela državne uprave kao i tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave (čl. 37. st. 1. ZZTN-a). Nakon što je AZTN utvrdio da je poduzetnik narušio tržišno natjecanje, odnosno povrijedio odredbe ovog zakona ili čl. 101. i/ili 102. UFEU-a, donosi rješenje kojim se utvrđuje povreda, određuju mjere te izriče propisanu upravno-kaznenu mjeru ovisno o povredi koja je počinjena.¹⁹

Postojanje odluke o utvrđenoj povredi nadležnoga tijela značajno olakšava položaj oštećenika u slučaju vođenja postupka naknade štete. Naime, kako je i propisala Direktiva 2014/104/EU u čl. 9. st. 1. kršenje prava tržišnoga natjecanja koje je pravomoćnom odlukom utvrdilo nacionalno tijelo nadležno za tržišno natjecanje ili žalbeni sud smatra se nepobitno dokazanim za potrebe postupka za naknadu štete pokrenutog pred njihovim nacionalnim sudovima u skladu s čl. 101. ili 102. UFEU-a ili u skladu s nacionalnim pravom tržišnoga natjecanja. Utjecaj odluke nacionalnog tijela je obvezujući samo za sudove u toj državi članici, dok u

¹⁸ Čl. 16. Uredbe 1/2003.

¹⁹ Protiv rješenja AZTN-a nije dopuštena žalba, već tužbom pokretanje upravnog spora pred Visokim upravnim sudom RH, čime se ne zadržava izvršenje rješenja, osim u dijelu rješenja koji se odnosi na izrečenu upravno-kaznenu mjeru (čl. 67. st. 1. i 4. ZZTN-a), zbog čega se svi sporovi pred Visokim upravnim sudom RH pokrenuti temeljem odredbi ZZTN-a smatraju žurnim (čl. 69. ZZTN-a).

slučajevima kada je pravomoćna odluka donesena u drugoj državi članici, ta se odluka može, u skladu s nacionalnim pravom, iznijeti pred njihovim nacionalnim sudovima barem kao *prima facie* dokaz da je došlo do kršenja prava tržišnog natjecanja te se prema potrebi može procjenjivati zajedno s bilo kojim drugim dokazima koje podnesu stranke (čl. 9. st. 2.). Međutim, Direktiva 2014/104/EU ne spominje utjecaj odluke Komisije EU na vezane postupke naknade štete koji mogu uslijediti pred nacionalnim sudovima država članica, već se tu primjenjuju prvenstveno pravila iz Uredbe 1/2003 i prakse Suda EU (Milutinović, 2010: 257-267; Ashton, Henry, 2013: 94-95). Čl. 16. st. 1. Uredbe 1/2003 upućuje da u slučajevima kada nacionalni sudovi odlučuju o sporazumima, odlukama ili postupanjima iz čl. 101. ili čl.102. UFEU-a koji su već bili predmetom odluke Komisije EU, nacionalni sudovi ne mogu donositi odluke suprotne odluci koju je donijela Komisija EU, ali moraju i izbjegavati donošenje odluka koje bi bile u suprotnosti s odlukom koju razmatra Komisija EU u postupku koji je pokrenula (Craig, De Búrca, 2011: 256-267; Milutinović, 2010: 247-248). Odluke Komisije EU kojima se utvrđuje povreda prava tržišnoga natjecanja isključuje mogućnost štetnika da opovrgava štetnu radnju u vezanim postupcima za naknadu štete utemeljenoj na tom isto zabranjenom postupanju, dokle god su identitet štetnika i štetna radnja potpuno isti. Međutim, ukoliko je neka od pretpostavki izmijenjena, obvezujući učinak odluke Komisije EU se više ne može primjeniti (Milutinović, 2010: 267-274).

ZNŠTN je ovo pitanje uredio u čl. 11. st. 1., određivši da povreda prava tržišnog natjecanja koja je utvrđena pravomoćnom odlukom AZTN-a ili odlukom Visokog upravnog suda RH donesenom u upravnom sporu protiv rješenja AZTN-a se smatra nepobitno dokazanom za potrebe postupka naknade štete pokrenutog pred nadležnim sudom. Stoga, u vezanim postupcima za naknadu štete, prethodna odluka o utvrđenoj povredi oštećenika služi kao nepobitni dokaz, te na oštećeniku nije više teret dokazivanja štetne radnje, ali mu ostaje dokazivanje preostalih pretpostavki odgovornosti za štetu. Međutim, čl. 11. st. 2. ZNŠTN-a je određeno da povreda čl. 101. i/ili 102. UFEU-a utvrđena pravomoćnom odlukom tijela nadležnog za zaštitu tržišnog natjecanja druge države članice EU ili suda druge države članice EU se smatra dokazanom u postupku naknade štete, osim ako se ne dokaže suprotno. Stoga, u slučaju postojanja konačne odluke tijela nadležnog za tržišno natjecanje ili suda druge države članice, ista se ne smatra nepobitno dokazanom, kao što je to slučaj s odlukama AZTN-a, već u postupku za naknadom štete štetnik može dokazivati da nije počinio povredu.²⁰

²⁰ Većina država članica je usvojila navedeno rješenje, dok su Austrija i Njemačka usvojile rješenje prema kojem utvrđena povreda prava tijela nadležnog za provođenje prava tržišnoga natjecanja ili suda imaju obvezujući učinak pred domaćim sudovima, isto kao da ju je donijelo domaće tijelo nadležno za provođenje prava tržišnoga natjecanja ili sud.

2.2.2. Samostalni (stand-alone) postupak

Drugi način utvrđivanja povrede pravila tržišnoga natjecanja moguć je kroz pokretanje postupka naknade štete, u kojem na oštećeniku leži teret dokazivanja, između ostaloga, i same povrede. Budući da je položaj oštećenika znatno otežan uslijed toga što se relevantni dokazi najčešće nalaze kod protivne strane, Direktiva 2014/104/EU je propisala određena rješenja u kojima se miješaju javnopravni i privatnopravni mehanizmi, što za posljedicu ima komplicirana pravila o otkrivanju dokaza. U čl. 5. st. 1. i 2. Direktive 2014/104/EU propisano je da na zahtjev tužitelja koji je predočio uvjerljivo obrazloženje s razumno dostupnim činjenicama i dovoljnim dokazima da bi podržao vjerodostojnost svog zahtjeva za naknadu štete, nacionalni sudovi mogu naložiti tuženiku ili trećoj strani da otkriju relevantne dokaze koji su pod njihovom kontrolom, te da nacionalni sudovi mogu naložiti otkrivanje određenih elemenata dokaza ili relevantnih kategorija dokaza koji su što je moguće preciznije i uže ograničeni na temelju razumno dostupnih činjenica u uvjerljivom obrazloženju. Ovakav zahtjev otežava položaj oštećenika, jer nije uopće za očekivati da će on imati potrebna saznanja o postojanju određene kategorije dokaza, a kamoli da ih može detaljno specificirati.

Utoliko, položaj oštećenika u samostalnom postupku naknade štete otežan je u odnosu na oštećenike u vezanom postupku naknade štete, kojima je smanjen teret dokazivanja pretpostavki odgovornosti za štetu, točnije štetne radnje, upravo zbog postojanja odluke nadležnog tijela kojom je utvrđena povreda.

2.2.3. Otkrivanje dokaza

Oštećeniku će biti najpotrebnija dokumentacija koja se nalazi u posjedu Komisije EU ili nacionalnih tijela za zaštitu tržišnoga natjecanja, a koji najčešće nisu voljni dozvoliti pristup dokumentima u njihovim spisima, pozivajući se na zaštitu ciljeva javnopravne provedbe prava tržišnoga natjecanja. Slijedom toga, Direktiva 2014/104/EU u čl. 6. razlikuje bijelu, sivu i crnu listu dokumenata koji su u posjedu nadležnih tijela (Groussot, Pierce, 2016: 161-162). Bijela lista se odnosi se na one dokumente koji mogu biti uvijek otkriveni ukoliko nadležni sud, temeljem zahtjeva proporcionalnosti, zaključi da su ispunjeni uvjeti iz čl. 6. st. 4. Direktive 2014/104/EU. Sivu listu čine dokumenti koji mogu biti dani na uvid tek protekom određenoga vremena, a odnose se na dokumente iz stadija istrage. Tim dokumentima se može pristupiti tek nakon što je tijelo nadležno za tržišno natjecanje okončalo postupak donošenjem odluke ili na drugi način.²¹ Crnu listu čine dokumenti koji su apsolutno uvijek izuzeti od davanja na uvid

²¹ Prema čl. 6. st. 5. Direktive 2014/104/EU, radi se o: informacijama koje je posebno za postupak tijela nadležnog za tržišno natjecanje pripremila fizička ili pravna osoba; informacije

bilo kome, pa nacionalni sudovi nikada ne mogu naložiti nekoj stranci ili trećoj osobi da otkrije bilo koji dokaz iz ove skupine.²² Ovakav stav ne treba čuditi, budući da se smatra da su pokajnički programi i postupci nagodbe važni alati javnopravne provedbe pravila tržišnog natjecanja EU, budući da doprinose otkrivanju i učinkovitom progonu najtežih povreda prava tržišnog natjecanja.²³

3. Oštećene osobe

Određivanje osobe oštećenika u slučajevima povrede prava tržišnog natjecanja može biti složeno budući da negativni učinci zabranjenih sporazuma ili zlouporabe vladajućeg položaja mogu pogoditi više osoba, i to na različitim tržištima. Kako bi se obuhvatio što širi krug oštećenika, Direktiva 2014/104/EU već u preambuli određuje da se pravo na naknadu štete priznaje svakoj fizičkoj ili pravnoj osobi (potrošač, poduzetnik i tijela javne vlasti), bez obzira na postojanje izravnog ugovornog odnosa s poduzetnikom koji krši propise i bez obzira na to je li nadležno tijelo prethodno utvrdilo kršenje (toč. 13.). U nastavku, Direktiva 2014/104/EU određuje da se ovlaštenim oštećenikom za pokretanjem postupka za naknadu štete smatra svaka fizička ili pravna osoba koja je pretrpjela štetu prouzročenu kršenjem prava tržišnog natjecanja zbog čega može zahtijevati i dobiti potpunu naknadu za tu štetu (čl. 3. st.1.).

Oštećenici se mogu podijeliti u dvije kategorije: 1) osobe koje nisu sudjelovale u zabranjenom postupanju; 2) osobe koje su stranka zabranjenoga sporazuma. U prvu kategoriju se ubrajaju tri skupine: a) izravni kupci; b) neizravni kupci; i c) treće osobe. Druga kategorija, osobe koje su stranke zabranjenog sporazuma, također imaju priznat status oštećenika i ovlaštene su pokrenuti postupak naknade štete u slučajevima da im je taj isti zabranjeni sporazum nanio štetu, pod uvjetom da ne snose značajnu odgovornost povrede prave tržišnoga natjecanja.²⁴ Ovim putem se htjelo zaštititi i one pojedince koji su se, iako i sami sudjeluju u nezakonitom postupanju, našli u takvom položaju jer im je jači poduzetnik svojom tržišnom snagom nametnuo takve uvjete poslovanja. Ovakvo stajalište je izravna posljedica presude *Courage v. Crehan*, gdje je upravo najvažnije pitanje bilo može li i osoba koja je stranka zabranjenog sporazuma tražiti naknadu štete. Budući da je Sud EU objasnio da države članice trebaju i takvim osoba omogućiti kompenzaciju, nacionalna pravila suprotna tome nisu u skladu s Direktivom 2014/104/EU.

koje je tijelo nadležno za tržišno natjecanje sastavilo i poslalo strankama tijekom postupka; i povučene prijedloga za nagodbu.

²² Prema čl. 6. st. 6. radi se o izjavama poduzetnika pokajnika i prijedloga za nagodbu.

²³ Pravila o otkrivanju dokaza uređena su čl. 6.-10. ZNŠTN-a.

²⁴ C-453/99 *Courage v. Crehan* (2001), ECLI:EU:C:2001:465, para. 34.

Za razliku od Direktive 2014/104/EU koja to pitanje nije izričito regulirala, ZNŠTN je izričito uredio oblik odgovornosti za štetu u slučajevima povrede prava tržišnog natjecanja. Čl. 5. st. 2. ZNŠTN-a određeno je da štetnik odgovara za štetu bez obzira na krivnju, što znači da će se na ove štete primjenjivati pravila objektivne odgovornosti.²⁵ Utoliko, oštećenik mora dokazati štetnu radnju, štetu, uzročno-posljedičnu vezu između štetne radnje i štete, te protupravnost u objektivnom smislu, ali ne i krivnju štetnika. Iako odgovornost za štetu nastalu povredom prava tržišnog natjecanja odredbama Direktive 2014/104/EU nije izričito uređena kao objektivna odgovornost, ne može se smatrati da je hrvatski zakonodavac odstupio od pravila Direktive 2014/104/EU budući da Direktiva tretman krivnje kao pretpostavke odgovornosti za štetu prepušta nacionalnim pravima, pod uvjetom da je to u skladu s pravilima Direktive, praksom Suda EU i načelima učinkovitosti i ekvivalentnosti.²⁶

Na obje kategorije oštećenika primjenjuju se pravila iz Direktive 2014/104/EU o: - pravu na potpuno naknadu štete (čl. 3.);²⁷ - otkrivanju dokaza (čl. 5.-8.);²⁸ učinku odluka nacionalnih tijela (čl. 9.);²⁹ - zastari (čl. 10.);³⁰ solidarnoj odgovornosti (čl. 11.);³¹ kvantifikaciji štete (čl. 17.);³² - sporazumno rješavanju sporova (čl. 18. i 19.).³³

3.1. Izravni kupci

Izravni kupci su određeni kao skupina oštećenika koji trebaju uvijek biti zaštićeni, kako odredbama nacionalnih i EU prava tržišnoga natjecanja, tako i u primjeni instituta odgovornosti za štetu zbog povrede prava tržišnoga natjecanja. Slijedom toga, oni uvijek imaju i ovlaštenje za pokretanje postupka naknade štete. Radi se o osobama koje su usko vezane uz osobu štetnika s kojom se nalaze u izravnoj vezi, najčešće u ugovornom odnosu, budući da upravo od

²⁵ Uvođenjem objektivne odgovornosti za štetu u slučaju povrede prava tržišnog natjecanja nastupila je novina u hrvatskom odštetnom pravu. Naime, prije stupanja na snagu ZNŠTN-a, u slučaju povrede prava tržišnog natjecanja primjenjivala su se pravila izvanugovorne odgovornosti za štetu (čl. 1045.- 1110. Zakona o obveznim odnosima (NN br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18)), kojima je predviđena subjektivna odgovornost.

²⁶ Vidi toč. 11. preambule Direktive 2014/104/EU.

²⁷ Čl. 5. ZNŠTN-a

²⁸ Čl. 6.-10. ZNŠTN-a

²⁹ Čl. 11. ZNŠTN-a

³⁰ Čl. 12. ZNŠTN-a

³¹ Čl. 14. ZNŠTN-a

³² Čl. 17. ZNŠTN-a

³³ Čl. 18. ZNŠTN-a

njih nabavljaju i kupuju proizvod ili uslugu po višoj cijeni do koje je došlo uslijed povrede prava tržišnoga natjecanja, bez obzira radi li se fizičkoj ili pravnoj osobi. Primjerice, kod postojanja kartela, izravnim kupcima je nastala šteta koja je iskazana kao razlika u cijeni između kartelno utvrđene cijene i cijenu koju bi određeni prizvod ili usluga imao da ne postoji zabranjeni sporazum (Bukovac Puvača, Butorac, 2008: 251).

U izravne kupce najčešće spadaju oni poduzetnici koji izravno posluju sa osobom štetnikom, odnosno radi se o dobavljačima sudionika kartela koji mogu biti oštećeni ukoliko je došlo do umjetnoga smanjenja proizvodnje kako bi se povisile cijene, što zapravo dovodi do situacije smanjene potražnje za ulaznom robom ili uslugama čime se i dobavljačima smanjuje količina prodane robe ili usluga, čime je nastala šteta u njihovom poslovanju. Budući da izravno posluju s poduzetnikom ili udruženjem poduzetnika koji su narušili tržišno natjecanje, oni spadaju u skupinu izravnih kupaca. Međutim, treba istaknuti da čak i potrošači kao potencijalni oštećenici mogu spadati u ovu skupinu, ali samo ukoliko se radi o situacijama kada proizvod ili uslugu nabavljaju izravno od prekršitelja prava tržišnoga natjecanja. Ipak, češće su situacije da potrošači spadaju u skupinu neizravnih kupaca, budući da do kupovanja proizvoda ili usluge obično dolazi posrednim putem, a ne izravno od osobe štetnika.

3.2. Neizravni kupci

Ova skupina obuhvaća široki krug potencijalnih oštećenika, počevši od onih poduzetnika koji ne nabavljaju proizvode izravno od osobe štetnika već ih kupuju od njihovih izravnih kupaca, dobavljači poduzetnika koji posrednim putem nabavljaju proizvode ili usluge od štetnika te zato mogu pretrpjeti štetu, i tako dalje u lancu opskrbe sve do krajnjih potrošača (Eklund, 2016: 271-274). Nitko od navedenih nema izravni odnos s poduzetnikom koji krši pravila tržišnoga natjecanja, međutim svi oni osjećaju posljedice zabranjenih postupanja.

Smatra se da je šteta neizravnim kupcima nanesena tako što su izravni kupci plaćanje previsokih cijena proizvoda ili usluga, do kojih je došlo uslijed primjerice postojanja kartela, kao posredni prodavatelji prebacilidijelom ili u potpunosti na daljnje sudionike u lancu opskrbe, zbog čega ti pojedinci sada trpe štetu. Iako su česti slučajevi da istodobno štetu trpe i izravni i neizravni kupci, ostvarivanje prava na naknadu štete samo izravnih kupca dovodi do situacije prekomjernog obeštećenja, budući da se u određivanju odštete ne uzima u obzir da su izravni kupci prenijeli dalje prekoračenje i njihova je odšteta veća od stvarne štete i ne dovodi do poravnjavanja (Lianos, Davis, Nebbia, 2015: 55-56). S druge strane, ako je naglasak prava na naknadu štete stavljen na element odvratanja od kršenja prava tržišnog natjecanja, s razlogom se prednost daje samo izravnim kupcima

kao privilegiranoj skupini zbog boljeg pristupa relevantnih informacija i poticaja za vođenje postupka naknade štete (Asthon, Henry, 2013: 38).

I dok se za ovu skupina oštećenika neosporno smatra da im šteta može nastati, prema propisima odštetnog prava većine država članica EU nije im bio priznat status ovlaštenih osoba za pokretanje postupka naknade štete (Komninos, 2008: 191-192; Bukovac Puvača, Butorac, 2008: 255-256). Direktiva 2014/104/EU ima za cilj promijeniti takvo stanje, budući da je zauzela stav da je ovlašteni oštećenik svaka osoba kojoj je nanescena šteta zbog povrede prava tržišnog natjecanja. Direktiva 2014/104/EU u čl. 2. neizravnog kupca određuje kao fizičku ili pravnu osobu koja je, ne izravno od prekršitelja, nego od izravnog kupca ili dobavljača, kupila proizvode ili usluge koji su bili predmetom kršenja prava tržišnog natjecanja, ili proizvode ili usluge koji ih sadrže ili su iz njih izvedeni. Ipak, priznavanjem pravnog interesa neizravnim kupcima, pa tako i potrošačima, predstavlja rješenje samo jednog problema jer imi dalje ostaju poteškoće pri dokazivanju uzročno-posljedične veze i visine štete.

Učinkovitost prava na naknadu štete zahtijeva priznavanje prijenosa štete svakoj osobi koja je štetu pretrpjela, kako bi se izbjeglo prekomjerno obeštećenje i izostanak prekršiteljeve odgovornosti.³⁴ U pravnom smislu, prienos previsokih cijena, odnosno prienos štete, nastaje u situacijama kada izravni kupac nabavlja proizvode ili usluge od poduzetnika čije je određeno poslovanje predstavlja oblik zabranjenog postupanja, uslijed čega ekonomski gubitak nanesen izravnim kupcima biva dijelom ili u potpunosti prenesen dalje na sljedećeg u nizu, s time da se prienos štete može prenositi sve do krajnjeg potrošača. U odnosu na neizravne kupce, prienos štete se koristi kao temelje nastanka odgovornosti za štetu zbog povrede prava tržišnog natjecanja jer time nastaje veza između poduzetnika koji je povrijedio odredbe prava tržišnog natjecanja i oštećenih osoba sa kojima nije u izravnom odnosu, ali im je šteta nastala njegovom štetnom radnjom.³⁵

Teret dokazivanja prijenosa štete je na neizravnom oštećeniku, međutim, da bi mu olakšala teret dokaza, Direktiva 2014/104/EU uvodi oborivu predmnjevu postojanja prijenosa previsoke cijene na njega ako dokaže da je: a) tuženik počinio povredu prava tržišnog natjecanja; b) povreda prava tržišnog natjecanja dovela do previsoke cijene za izravnog kupca tuženika; i c) neizravni kupac kupio robu ili usluge koji su bili predmetom kršenja prava tržišnog natjecanja ili je kupio robu ili usluge koji su iz njih izvedeni ili ih sadrže.³⁶

³⁴ Čl. 12. Direktive 2014/104/EU.

³⁵ Priznavanje prijenosa štete bitno je i za štetnika. Naime, pozivanjem na prienos štete (obrana prenošenjem), štetnik se može osloboditi odgovornosti, ukoliko dokaže da je oštećenik, u cijelosti ili djelomično, prenio štetu (čl. 13. Direktive 2014/104/EU).

³⁶ Čl. 14. st. 2. Direktive 2014/104/EU.

Osim navedene presumpcije prijenosa štete za neizravne kupce, Direktiva 2014/104/EU izričito presumira postojanje uzročno-posljedične veze samo u slučajevima postojanja kartela. Karteli predstavljaju najteže povrede prava tržišnog natjecanja, čiji negativni učinci istodobno pogađaju široki krug sudionika tržišta na kojem je nastupila štetna radnja, a mogu se odraziti i na susjedna tržišta (Groussot, 2016: 144-145). Slijedom toga, primjereno je presumirati da kršenja u obliku kartela uzrokuju štetu, posebno utjecanjem na cijenu proizvoda ili usluge, budući da karteli uobičajeno izazivaju povećanje cijene ili sprečavaju snižavanje cijena do kojeg bi moglo doći da nije bilo kartela.³⁷ Stoga je u čl. 17. st. 2 Direktive 2014/104/EU određena oboriva predmnjeva uzročno-posljedične veze u slučajevima postojanja kartela.³⁸ Ipak, u praksi oštećeniku nije značajno olakšan položaj budući da obaranjem pretpostavke uzročno-posljedične veze štetnik dokazuje da kartel nije prouzročio navodnu štetu. A čak i da štetnik ne uspije oboriti predmnjevu uzročno-posljedične veze ili da prizna njezino postojanje, dokazano je samo da šteta postoji i nije ravna nuli, dok njezin točan iznos tek treba utvrditi (Clark, 2015: 153-167).

Odredbama čl. 15. ZNŠTN-a doslovno su preuzeta pravila Direktive 2014/104/EU o prijenosu štete i neizravnim kupcima. Iako bi tumačenje uzročne veze u hrvatskom odštetnom pravu u kontekstu povrede prava tržišnog natjecanja i štete nastale neizravnim kupcima uslijed prijenosa štete bilo neosporno i prema općim pravilima izvanugovorne odgovornosti za štetu, precizno određivanje u ZNŠTN-u činjenica kojima se dokazuje postojanje prijenosa štete na neizravne kupce svakako može otkloniti moguće nesigurnosti u budućoj sudskoj praksi.

U pogledu izračuna visine štete Direktiva 2014/104/EU ne sadrži posebna pravila. Direktiva 2014/104/EU već u preambuli daje definiciju opsega reparabilne štete kao stvarnog gubitka (*damnum emergens*), izmakle koristi (*lucrum cessans*) te kamate koja je bitna komponenta naknade štete kako bi se popravila pretrpljena šteta uzimajući u obzir protek vremena, a trebale bi se plaćati od trenutka kada je šteta nastala do trenutka kada se naknada isplati (toč. 12.), a izričito je uređen čl. 3. st. 2. Direktive 2014/104/EU. Međutim, u pogledu izračuna visine štete Direktiva 2014/104/EU ostavlja tek smjernice koje bi države članice trebale pratiti. U nastavku čl. 17. je određeno da države članice moraju osigurati da su nacionalni sudovi ovlašteni procijeniti iznos štete u slučaju da je utvrđeno da je tužitelj pretrpio štetu, ali je praktički nemoguće ili pretjerano teško točno utvrditi iznos pretrpljene štete na temelju raspoloživih dokaza. Ova odredba ima za cilj spriječiti situacije u kojima oštećenik ne bi mogao ostvariti zahtjev za naknadu štete samo zato jer nije u mogućnosti odrediti točan iznos pretrpljene štete (Iacovides, 2016: 301). Kao dodatna pomoć nacionalnim sudovima pri

³⁷ Toč. 47. preambule Direktive 2014/104/EU.

³⁸ Oboriva predmnjeva postojanja uzročne veze uređena je čl. 5. st. 4. ZNŠTN-a.

izračunavanju visine štete određeno je da se mogu obratiti nacionalnom tijelu za zaštitu tržišnoga natjecanja (čl. 17. st. 3.).

Obujam štete definiran je čl. 5. st. 1. ZNŠTN-a, koji određuje da oštećenik ima pravo na potpunu naknadu imovinske štete, na popravljane neimovinske štete prouzročene povredom prava tržišnoga natjecanja, te na zakonske zatezne kamate. ZNŠTN uređuje širi obujam štete nego je to predviđeno čl. 3. st. 2. Direktive 2014/104/EU, te dodaje i neimovinsku štetu. Budući da Direktiva 2014/104/EU postavlja samo minimalni obujam štete ispod kojega se ne smije ići da bi se zadovoljilo načelo potpune naknade, naknađivanje neimovinske štete se može smatrati usmjereno istom cilju. Uz to, prema općim pravilima hrvatskog odštetnog prava štetnik uvijek odgovara i za prouzročenu neimovinsku štetu, a načelo ekvivalentnosti zahtijeva da se pravo na popravljane te štete prizna i u slučajevima šteta uzrokovanih povredom i EU pravila tržišnoga natjecanja. U skladu s obvezom iz čl. 17. st. 1. Direktive 2014/104/EU, ZNŠTN u čl. 17. st. 1. propisuje da ukoliko se utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete, ali se na temelju raspoloživih dokaza visina iznosa pretrpljene štete ne može utvrditi ili bi se mogla utvrditi samo s nerazmjernim teškoćama, sud će procijeniti iznos štete prema slobodnoj ocjeni. Međutim, u praksi bi mogao poslužiti i Praktični vodič o izračunavanju visine štete.³⁹ Praktični vodič prikazuje brojne metode za utvrđivanje visine iznosa štete nastale povredom prava tržišnoga natjecanja razrađene su na jednom mjestu, s detaljnijim uputama za korištenje. Opisuje štetne učinke povreda, kako prema poduzetnicima, tako i prema ostalim sudionicima na tržištu, uključujući i krajne potrošače. Time je prikazano kako se nastala šteta dalje širi i prenosi kroz lanac proizvodnje i nabave, te u kojim omjerima utječe na, primjerice, izravne i neizravne kupce.

3.3. Potrošači

Potrošači najčešće spadaju u skupinu neizravnih kupaca na koje je šteta prenesena kroz lanac opskrbe. Potrošač koji je kupio proizvod ili uslugu čija je cijena porasla uslijed zabranjenog postupanja štetnika, opravdano se može smatrati neizravnim oštećenikom koji ulazi u krug ovlaštenih osoba za ostvarivanje prava na naknadu štete. S druge strane, oni potrošači koji zbog visokih cijena nisu u mogućnosti platiti određene proizvode ili usluge bivaju potpuno zanemareni u pravu tržišnoga natjecanja (Elzinga, 1977: 1208-1209).

Iako je takva situacija rijetka, potrošači mogu biti i izravni kupci ili dobavljači proizvoda i usluga od poduzetnika koji je povrijedio odredbe prava tržišnoga

³⁹ *Commission Staff Working Document – Practical Guide on Quantifying Harmful Actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, SWD(2013) 205, 11.6.2013.

natjecanja. Upravo se to dogodilo u predmetu *Manfredi*, u kojem su tužitelji (potrošači) zahtijevali naknadu štete od osiguravateljskih kuća kod kojih su sklopili police obveznog auto-osiguranja. Smatrali su da su oštećeni povećanjem premija osiguranja do kojega je došlo uslijed sporazuma između tuženih osiguravateljskih kuća, a kojeg je talijansko tijelo za zaštitu tržišnoga natjecanja prethodno proglasilo nezakonitim.⁴⁰ Najsporniji dio postupka pred nacionalnim sudom bilo je pitanje tko sve može ostvariti pravo na naknadu štete, budući da u vrijeme trajanja postupka nije bilo jedinstvenog stava o tome mogu li se sve treće osobe, uključujući i potrošače kao krajnje korisnike usluge, pozvati na nišetnost sporazuma i zahtijevati naknadu štete ukoliko postoji uzročna veza između pretrpljene štete i zabranjenog sporazuma.⁴¹ Odgovarajući napitanje o položaju potrošača kao osoba kojima je također zajamčeno pravo na naknadu štete, Sud EU ponavlja raniji stav zauzet u predmetu *Courage v. Crehan* prema kojem je svaki pojedinac ovlašten tražiti naknadu štete nastalu povredom prava tržišnoga natjecanja ukoliko postoji uzročna veza između štete i sporazuma ili postupanja zabranjenih čl. 101. UFEU-a, a sve u svrhu postizanja pune učinkovitosti ove odredbe.⁴² Sud EU podsjeća da odredbe čl. 101. st. 1. UFEU-a imaju horizontalni izravni učinak, odnosno na temelju njih za pojedince nastaju subjektivna prava koja su nacionalni sudovi dužni štiti, zbog čega se bilo koja osoba može pozivati na povredu čl. 101. st. 1. UFEU-a, a time i na nišetnost sporazuma protivnog toj odredbi.⁴³

Za potrošače koji su spadaju u skupinu neizravnih kupaca bitna je oboriva predmnjeva postojanja prijenosa previsoke cijene iz čl. 14. st. 2. Direktive 2014/104/EU. Ukoliko potrošač dokaže navedene uvjete, smatra se da je na njega prenesena šteta, te je šteta potrošača uzročno-posljedično povezana sa štetnikom.

Ipak, Direktiva 2014/104/EU ne sadrži posebna pravila vezana za potrošače, već je ta skupina oštećenika obuhvaćena pojmom „neizravni kupci“. Međutim, donošenjem samo materijalnih pravila koja potrošačima dodjeljuju ostvarivanje određenog prava nema nikakvog učinka ukoliko izostanu procesna pravila kojima bi se to isto pravo moglo ostvariti zbog čega se najveći nedostatak Direktive 2014/104/EU očituje u tome što nije uredila pitanje kolektivne zaštite.

⁴⁰ Odluka *Autorità garante per la concorrenza del mercato* (AGCM) br. 8546 (I377) od 28.07.2000. (Bolletino 30/2000, 14.08.2000.).

⁴¹ Prema talijanskom Zakonu o tržišnom natjecanju (Legge 10 ottobre 1990 No. 287, *Norme per la tutela della concorrenza del mercato*, GURINo. 240, 13.10.1990.) jedini ovlašteni oštećenici za pokretanje postupka za naknadu štete bili su poduzetnici kojima je tom povredom nastala šteta i koji su povezani s prekršiteljem u smislu tržišnoga natjecanja.

⁴² *Manfredi*, para. 60-61.

⁴³ *Ibid.*, para. 58. i 59.

3.3.1. Postoji li kolektivna zaštita u slučaju povrede prava tržišnog natjecanja u pravu RH?

Za potrošače je od izuzetne važnosti pitanje kolektivne zaštite njihovih prava i interesa. Naime, česti su slučajevi kada istom štetnom radnjom nastaje šteta većem broju osoba (i ne samo potrošačima), ali koja je najčešće mala. U takvim situacijama često se pojedinačni postupci pokazuju kao nedovoljno učinkovito pravno sredstvo zaštite, budući da se oštećenici teško odlučuju na podizanje tužbe za naknadu štete ako su individualni gubitci mali u usporedbi s troškovima vođenja postupka, a sudski postupci u pravilu dugotrajni. To je česta situacija i kod povreda prava tržišnog natjecanja, zbog čega je očito da postoji i interes za uređivanje mehanizma kolektivne zaštite određenih skupina, ne isključivo potrošača, u slučajevima povrede prava tržišnog natjecanja.

Jedan oblik preventivne kolektivne zaštite, usmjerene samo na prestanak povrede prava tržišnog natjecanja, a koji je dostupan bilo kojoj skupini oštećenika jest postupak koji se pokreće pred AZTN-om. U tom slučaju podnijeti inicijativu za pokretanje utvrđivanja povrede prava tržišnoga natjecanja mogu prema čl. 37. ZZTN-a svaka strukovna ili gospodarska interesna udruga, odnosno komora poduzetnika, udruga potrošača, svaka fizička ili pravna osoba, Vlada RH, središnja tijela državne uprave i tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave. Međutim, postojanje inicijative ne mora značiti da će postupak pred AZTN-om biti i pokrenut, budući da AZTN postupak pokreće samo po službenoj dužnost, ukoliko za to postoji javni interes.

Kolektivna zaštita pojedinačnih interesa oštećenika, i to ne samo u slučajevima povrede prava tržišnoga natjecanja, mogla bi se ostvariti jedino kroz suparničarstvo. Prema čl. 196. Zakona o parničnom postupku,⁴⁴ više oštećenika kojima je određenom štetnom radnjom poduzetnika nastala ista ili istovrsna šteta, u istom postupku jednom tužbom mogu tražiti naknadu štete. Tu dolazi do kumulacije procesnih subjekta koje u pravilu prati i kumulacija tužbenih zahtjeva. Dodatna pogodnost je i da do zaključenja glavne rasprave uz tužitelje može pristupiti novi tužitelj ili tužba može biti proširena na novog tuženika s njegovim pristankom (čl. 196. st. 2. ZPP-a).

Prema toč. 13. preambule Direktive 2014/104/EU, od država članica se ne zahtijeva uvođenje mehanizama kolektivne pravne zaštite za provedbu članaka 101. i 102. UFEU-a, slijedom čega ni ZNŠTN ne sadrži pravila o ovom pitanju. Utoliko, moguće odgovore na pitanje o pružanju kolektivne zaštite u slučajevima povrede prava tržišnog natjecanja treba tražiti u općim pravilima o zaštiti kolektivnih interesa i prava temeljem čl. 502.a ZPP-a, te pravilima o zaštiti

⁴⁴NN br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19 (u daljnjem tekstu: ZPP).

kolektivnih interesa potrošača prema Zakonu o zaštiti potrošača⁴⁵ (Baretić, 2009: 241-285).

Prema čl. 502.a ZPP-a udruge, tijela, ustanove ili druge organizacije koje su osnovane u skladu sa zakonom, koje se u sklopu svoje registrirane ili propisom određene djelatnosti bave zaštitom kolektivnih interesa i prava građana, mogu, kada je takva ovlast posebnim zakonom izriekom previđena i uz uvjete predviđene tim zakonom, podnijeti tužbu za zaštitu kolektivnih interesa i prava protiv fizičke ili pravne osobe koja obavljanjem određene djelatnosti ili općenito radom, postupanjem, uključujući i propuštanjem, teže povređuje ili ozbiljno ugrožava takve kolektivne interese i prava. Pri tome se mora raditi o interesima koji su zakonski zajamčeni i koji moraju biti teže povrijeđeni ili ozbiljno ugroženi djelatnošću, odnosno općenito postupanjem osobe protiv koje se tužba podnosi. Navedena pravila općeg instituta kolektivne zaštite interesa i prava ipak nisu primjenjiva u slučajevima povreda prava tržišnoga natjecanja jer takva mogućnost nije predviđena ni ZZTN-om ni ZNŠTN-om.

U odnosu na potrošače, pravila o zaštiti kolektivnih interesa potrošača uređena su čl. 106.-123. ZPP-a, a kojima je osmišljena zaštita kojom se štite kolektivni interesi posredstvom tužbi koje mogu pokrenuti ovlaštena tijela ili osobe koje imaju opravdani interes za kolektivnu zaštitu potrošača, kao što su udruge za zaštitu potrošača te državna tijela nadležna za zaštitu potrošača. Takvi tužbeni zahtjevi se mogu odnositi na prestanak djelovanja kojim se krše prava potrošača, u kojem se slučaju radi o preventivnoj zaštiti jer je zahtjev usmjeren u pravilu na negativnu radnju, a cilj mu je zaštita prava potrošača *pro futuro*. U slučaju osnovanosti tužbenog zahtjeva i utvrđene povrede, ovlaštena osoba ili nadležno tijelo ne može podići tužbu za naknadu štete jer oni nisu nosioci tih tražbina. Ipak, ni ovaj mehanizma kolektivne zaštite nije dostupan potrošačima u slučajevima povrede prava tržišnoga natjecanja budući da navedena odredba precizno navodi pri kojim povredama se može koristiti ovaj mehanizam zaštite, pri tom ne navodeći povredu prava tržišnoga natjecanja kao temelj za podizanjem tužbenog zahtjeva.

Stoga, mogući prijedlozi za rješavanje pitanja kolektivne zaštite u slučajevima povrede prava tržišnoga natjecanja mogu biti iskazana u dva smjera, ovisno radi li se o zaštiti kolektivnih interesa i prava određene skupine, ili o kolektivnoj zaštiti pojedinačnih prava.

Pružanje zaštite kolektivnih interesa potrošača u slučajevima povrede prava tržišnoga natjecanja moglo bi se ostvariti, iako samo djelomično, dopunom čl. 106. ZPP-a. Naime, kada bi se navedenom odredbom izričito propisalo da ovlašteno tijelo ili osoba ima pravo pokrenuti postupak za zaštitu kolektivnih interesa

⁴⁵ NN br. 41/14, 110/15, 14/19 (u daljnjem tekstu: ZPP).

potrošača protiv osobe čije postupanje nije u skladu s čl. 8. i 13. ZZTN-a, mogao bi se pokrenuti postupak za suzbijanje protupravne prakse kojom se povređuju ili ugrožavaju interesi i prava potrošača, te spriječiti postupanje poduzetnika *pro futuro*.

Nedostatak prethodno navedenoga problema očituje se u tome što je kolektivna zaštita pružena samo potrošačima, dok ostale skupine oštećenika (primjerice, mali i srednji poduzetnici i poduzetnici iz istog gospodarskog sektora) ponovno ostaju nezaštićene. Utoliko, bilo bi primjereno da se odredbama ZNŠTN-om uredi pružanje zaštite kolektivnih interesa određenih skupina oštećenika upravo po uzoru na taj mehanizam zaštite prema odredbama čl. 106.-123. ZJP-a. Time bi se ujedno obuhvatile različite skupine oštećenika koje trpe štetu istim zabranjenim postupanjem.

Kolektivna zaštita pojedinčanih interesa mogla bi se pružiti kroz dva modela. Prvi bi se odnosio na grupnu tužbu kojom se postavlja kondemnatorni zahtjev usmjeren na ispunjenje pozitivne činidbe, odnosno od tuženika se zahtijeva određeno davanje ili činjenje. Grupnu tužbu može podignuti jedan ili više tužitelja u interesu određene klase, odnosno grupe, a koja se sastoji od osoba koje su pretrpjele istu povredu, pri čemu se članovi grupe određuju kroz *opt-in* ili *opt-out* model⁴⁶ (Baretić, 2009: 251; Mulheron, 2004; Hensler, 2016: 4-11; Kammin, 2014:51-55). Prednost uvođenja grupne tužbe u domaći sustav očitovala bi se u postizanju konkretne i neposredne zaštite oštećenika usmjerene na kompenzaciju štete, dok se istodobno ne zanemaruje ni preventivni učinak, budući da će uslijed moguće izloženosti ovakvom postupku potencijalni štetnici ozbiljnije razmisliti o posljedicama protupravnog postupanja (Baretić, 2009: 252).

Drugi model bi mogla biti skupna tužba, kojom se ostvaruje konkretna i neposredna zaštita, a istodobno se omogućuje i kompenzacija štete. U odnosu na grupnu tužbu ona se razlikuje po pitanju aktivne legitimacije, jer skupnu tužbu mogu podizati u svoje ime osobe kojima je nastala konkretna šteta, a međusobno su povezane istom ili sličnom činjeničnom ili pravnom situacijom (Baretić, 2009: 252).

⁴⁶ Primjer *opt-out* modela kolektivne zaštite možemo naći u američkoj grupnoj tužbi (*class action*), koja se podiže u ime svih pripadnika određene grupe koji su pretrpjeli istu vrstu povrede. Ukoliko pojedinci iz grupe ne žele biti uključeni u postupak, oni mogu izričitom izjavom izaći iz grupe i tada se na njih ne primjenjuje presuda koja je rezultat pokretanja grupne tužbe. Primjer *opt-in* modela kolektivne zaštite postoji u Švedskoj, gdje se grupna tužba podiže u ime određen grupe koja je pretrpjela istu vrstu povrede, ali svaki pojedinac treba izrijekom pristupiti grupi, a kako bi se na njih mogla primijeniti presuda.

Iz navedenoga je očito da trenutno u pravu RH ne postoje mehanizmi kolektivne zaštite kojima bi se zaštitili prava i interesi određene skupine oštećenika u slučajevima povrede prava tržišnog natjecanja.

4. Zaključak

Direktiva 2014/104EU svojim rješenjima značajno doprinosi boljem položaju oštećenih osoba u slučajevima štete nastale povredom prava tržišnoga natjecanja, neovisno radi li se o izravnim ili neizravnim kupcima. Prije stupanja na snagu njezinih odredbi, postojale su značajne razlike u nacionalnim pravilima država članica EU, što je posljedično dovodilo do pravne nesigurnosti oštećenika te izostanka odgovornosti poduzetnika prekršitelja.

Donošenjem ZNŠTN-a i Republika Hrvatska je ispunila svoju obvezu države članice. Stupanjem na snagu novog Zakona, materija odgovornosti za štetu nastalu povredom prava tržišnoga natjecanja biva uređena posebnim propisom, *lex specialis*. Novim Zakonom, u slučaju povrede prava tržišnog natjecanja, štetnik odgovora prema pravilima objektivne odgovornosti za štetu, odnosno bez obzira na krivnju. U iznimnim slučajevima presumiraju se pretpostavke štete i uzročno-posljedične veza, što u konačnici ne dovodi nužno do boljeg položaja oštećenika, iako je to cilj tih odredbi. Pravila o priznavanju prijenosa štete pridonose položaju neizravnih kupaca, budući da se predmnijeva prijenos štete.

Iz rada je očito da položaj izravnih i neizravnih kupaca nije jednak. Izravni kupci, neovisno radi li se o vezanom postupku naknade štete ili pak o pokretanju samostalnog postupka naknade štete, su uvijek izravnoj vezi sa štetnikom, čime mu je bitno olakšano dokazivanje potrebnih pretpostavki odgovornosti za štetu. Ukoliko postoji odluka nadležnog tijela o utvrđenoj povredi, taj položaj biva još lakši.

S druge strane, položaj neizravnih kupaca je nepovoljniji. Po samoj prirodi odnosa, oni su uvijek udaljeni od izvora štetne radnje, odnosno poduzetnika. Što više postoji sudionika među njima, teže im je dokazati pretpostavke odgovornosti za štetu, prvenstveno uzročno-posljedičnu vezu i visinu štete, čime su im značajno smanjene šanse za uspjeh u postupku naknade štete. Potrošači, koji najčešće spadaju u skupinu neizravnih kupca, kao krajni korisnici proizvoda i usluga, najudaljeniji su od izvora štetne radnje. S jedne strane, nastaje im šteta u malom iznosu zbog čega, u nedostatku primjerenih pravila o kolektivnoj zaštiti njihovih prava i interesa, neće niti pokretati postupak za naknadom štete. S druge strane, čak da im je i nastala značajnija šteta, izuzetno im je otežano dokazivanje pretpostavki odgovornosti za štetu, posebice obujma štete i uzročnost.

Položaj potrošača može biti poboljšán, donekle, ukoliko se regulira pitanje zaštite njihovih kolektivnih interesa. Stoga, smatram da novom Zakonu nedostaju pravila o kolektivnoj zaštiti oštećenika, ne samo potrošača, kojim bi se regulirale situacije u kojima istom štetnom radnjom nastaje šteta većem broju osoba. Dok pružanje kolektivne zaštite pojedinačnih prava oštećenika zahtjeva veće i složenije intrevencije u nacionalnom zakonodavstvu, mehanizam zaštite kolektivnih interesa određene skupine se relativno lako može regulirati po uzoru na odredbe čl. 106.-123. ZZP-a.

Literatura

Ashton, D., Henry, D. (2013). *Competition damages actions in the EU, UK/* Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing

Baretić, M. (2009). Individualna i kolektivna zaštita interesa potrošača u hrvatskom pravu. V. Tomljenović, E. Čulinović Herc, V. Butorac Malnar (Prir.), *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području- Rješavanje trgovačkih i potrošačkih sporova* (str. 241-285). Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2009., str. 241.-285.

Bukovac Puvača, M., Butorac, V. (2008). Izvanugovorna odgovornost za štetu prouzročenu povredom pravila tržišnog natjecanja, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*. 6. 246-272

Butorac Malnar, V., Pecotić Kaufman, J., Petrović, S. (2013). *Pravo tržišnog natjecanja*, Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

C-238/05 Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) (2006), ECLI:EU:C:2006:734.

C-27/76 *United Brands v Commission* (1978), ECLI:EU:C:1978:22.

C-43/82 i C-63/82 *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, and Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, v Commission of the European Communities (1984)*, ECLI:EU:C:1984:9.

C-453/99 *Courage v. Crehan* (2001), ECLI:EU:C:2001:465

C-453/99 *Courage v. Crehan* (2001), ECLI:EU:C:2001:465.

C-6/72 *Continental Can v Commission* (1973), ECLI:EU:C:1975:50.

Clark, E., Sander, R. (2015). Navigating the Quantum Minefield in Cartel damages Cases, *Journal of European Competition Law & Practice*. 6/3. 153–167

Commission Staff Working Document – Practical Guide on Quantifying Harmful Actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, SWD (2013) 205, 11.6.2013.

Craig, P., De Búrca, G. (2011). *EU law*, Oxford: Oxford University Press

Dika, M. (2009). *Građansko parnično pravo*, VI. knjiga, *Tužba*, Zagreb: Narodne novine

Direktiva 2014/104/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije, Tekst značajan za EGP, SL L 349, 5.12.2014., str. 1.-19.

Eklund, E. (2016). Indirect Purchases and the New Directive. M. Bergström, M. Iacovidesi M. Strand (Prir.), *Harmonising EU Competition Litigation, The New Directive and Beyond - Swedish studies in European Law* (str. 261-278), Oxford: Hart Publishing

Elzinga, K. G. (1977). The Goals of Antitrust: Other Than Competition and Efficiency, What Else Counts?. *University of Pennsylvania Law Review*. 125/6. 1191-1213

Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM (2005) 0672 final, 19.12.2005.

Groussot, X., Pierce, J. (2016). Transparency and Liability in Leniency Programmes: A Question of Balancing? M. Bergström, M. Iacovidesi M. Strand (Prir.), *Harmonising EU Competition Litigation, The New Directive and Beyond - Swedish studies in European Law* (str. 143-164), Oxford: Hart Publishing

Hensler, D. (2016). The global landscape of collective litigation. D. Hensler, C. Hodges i L. Tzankova (Prir.), *Class Actions in Context, How Culture, Economics and Politics Shape Collective Litigation* (str. 3-21), Cheltenham, UK/ Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing

Hüschelrath, K. (2014). Public Enforcements of Anti-Cartel Laws – Theory and Empirical Evidence. K. Hüschelrath i H. Schweitzer (Prir.), *Public and Private Enforcement in Competition Law in Europe, Legal and Economic Perspectives* (str. 9-37), Heilderberg: Springer

Iacovides, M. (2016). The Presumption and Quantification of Harm in the Directive and the Practical Guide. M. Bergström, M. Iacovidesi M. Strand (Prir.), *Harmonising EU Competition Litigation, The New Directive and Beyond - Swedish studies in European Law* (str. 295-313), Oxford: Hart Publishing

Kammin, J. (2014). *Reforming Private Antitrust Enforcement in the Europe: Between Harmonisation and Regulatory Competition*, Berlin: Duncker-Humbolt

Komninos, A.P. (2008). *EC Private Antitrust Enforcement- Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford: Hart Publishing

Lianos, J., Davis, P., Nebbia, P. (2015). *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*, Oxford: Oxford University Press

Milutinović, V. (2010). *The 'Right to Damages' under EU Competition Law, From Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International

Mulheron, R. P. (2004). *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Oxford: Hart Publishing

Odluka *Autorità garante per la concorrenza del mercato* (AGCM) br. 8546 (I377) od 28.07.2000. (Bolletino 30/2000, 14.08.2000.)

Petrović, S., Jakšić, T. (2014). *Competition Law*, T. Josipović (Prir.), *Introduction to the Law of Croatia* (str. 357-380), The Netherlands: Wolters Kluwer

Pošćić, A. (2011). *Zabranjeni sporazumi u europskom pravu tržišnog natjecanja*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*. 32/1. str. 319-350

Pošćić, A. (2014). *Europsko pravo tržišnog natjecanja i interesi potrošača*, Zagreb: Narodne novine

Reynolds, M. J. (2007). *EC Competition Law - The First Experience of Modernization*. V. Dhall (Prir.), *Competition Law Today - Concepts, Issues and the Law in Practice* (str. 275-297), Oxford: Oxford University Press

Spojeni predmeti C-468/06 do C-476/06, *Sot. Lélos kai Sia EE und andere gegen GlaxoSmithKline AEE Farmakeftikon Proionton, vormals Glaxowellcome AEE* (2008), ECLI:EU:C:2008:504.

Spojeni predmeti od C-295/04 do C-298/04 *Vincenzo Manfredi et al v. Lloyd Adriatico et al* (2006), ECLI:EU:C:2006:461.

Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative report. Preuzeto 12. 05. 2019., dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf

Ugovor o Europskoj Uniji i Ugovor o funkcioniranju Europske unije - konsolidirana verzija, SL C 202, 7. 6. 2016.

Uredba Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora o EZ-u, Tekst značajan za EGP, OJ L 1, 04.01.2003., str. 1.-25.

Whish, R., Bailey, D. (2015). *Competition Law*, Oxford: Oxford University Press
White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM (2008) 0165 final, 02.04.2008.

Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18)

Zakon o parničnom postupku (Narodne novine br.53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19)

Zakon o postupcima naknade štete nastale povredom prava tržišnog natjecanja (Narodne novine br. 69/17)

Zakon o zaštiti potrošača (Narodne novine br. 41/14, 110/15, 14/19)

Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine br. 79/09, 80/13)

Sažetak

Povrede pravila tržišnog natjecanja istovremeno donose značajne negativne posljedice za pogođeno tržište i njegove sudionike. Održavanje poštene i zdrave konkurencije te ravnopravnosti sudionika može se ostvariti i djelovanjem samih sudionika tržišnog natjecanja kroz privatnopravne mehanizme zaštite. Kompenzacija predstavlja najvažniji mehanizam privatnopravne zaštite u pravu tržišnog natjecanja jer se istodobno naknađuje šteta oštećenima i pridonosi učinkovitom provođenju prava tržišnog natjecanja. Ipak, pravila država članica Europske unije o ostvarivanju prava na naknadu štete bitno su se razlikovala, zbog čega ostvarivanje ovog prava nije značajno zaživjelo u praksi. Tek su donošenjem Direktive 2014/104/EU o naknadi štete osmišljena materijalna i procesna pravila kojima je poboljšana položaj oštećenika u postupcima naknade štete. Izravni i neizravni kupci predstavljaju dvije skupine oštećenika kojima supervenstveno upućena nova pravila. I dok pravni interese izravnih kupaca nije ni upitan, te nije niti za očekivati da imaju problema u dokazivanju pretpostavki odgovornosti za štetu, položaj neizravnih kupca uvijek je nepovoljniji. Budući da prijenos štete predstavlja temelj nastanka odgovornosti za štetu zbog povrede prava tržišnog natjecanja neizravnih kupaca, Direktiva 2014/104/EU uredila pravila kojima toj kategoriji oštećenika olakšava teret dokaza. Republika Hrvatska je usvajanjem Zakona o postupcima naknade štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja implementirala Direktivu 2014/104/EU, i time je ujedno u domaći pravni poredak uvela značajne novine.

Đurđa Bolanča Kekez, PhD,
*Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Split,
Split, Republic of Croatia*

**LEGAL POSITION OF DIRECT AND INDIRECT PURCHASERS
IN CASE OF BREACH OF COMPETITION LAW**

Summary

Breaches of competition law have negative effects on the relevant market as well as on the participants of the affected market. In order to enable the right to damages award, it was necessary to regulate tort liability in case of breaching competition law provisions. Compensation of injured persons is the most effective mechanism of private law protection in competition law because it is not only aimed at redressing the injured market participants but also has a deterrence effect on future violators. There are two relevant groups of injured market participants: direct and indirect purchasers. Yet, national provisions of the EU Member States included significant differences in terms of exercising the right to compensation, which has resulted in the absence of damage awards in practice. The situation changed with the adoption of the Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the Member States and EU competition law provisions. It contains special substantive and procedural rules which have improved the position of the injured market participants in exercising the right to be awarded damages. Croatian general substantive and procedural rules were not designed to facilitate antitrust damages claims, thus causing a lack of relevant case law. The implementation of the Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions has a potential to institute new rules for injured persons to exercise the right to damages awards in the Croatian legal system. The adopted Act on Antitrust Damages Actions (2017) establishes a new type of tort liability, containing detailed provisions for obtaining damages awards in cases involving the infringement of competition law. At the same time, this Act contributes to the creation of legal certainty within Croatian private law regarding the breach of competition law provisions.

Keywords: competition law, breach of competition law, tort liability, right to damages award, direct and indirect purchasers, consumers.

