

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

UNIVERZITET U NIŠU  
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNİK RADOVA PRAVNOG  
FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 85 | GODINA LVIII | 2019

**COLLECTION OF PAPERS  
FACULTY OF LAW, NIŠ**

N°85 | YEAR LVIII | 2019

NIŠ, 2019.

# ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2019.

## Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

## Za izdavača

Prof. dr Goran Obradović, dekan

## Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Irena Pejić,  
redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

## Članovi Redakcionog odbora

Dr Martin Belov, redovni profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet "Kliment Ohridski" u Sofiji, Bugarska

Dr Serjogin Andrej Viktorovič, docent Pravnog fakulteta Južnog federalnog univerziteta, Rostov na Donu, Ruska Federacija

Dr Spyridon Vrelis, Professor emeritus, Faculty of Law, University of Athens, Prof. and Dr. h.c. (ELTE Budapest)

Dr Michael Geistlinger, profesor Univerziteta, Salzburg, Austrija

Dr Sašo Georgijevski, redovni profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju, Republika Severna Makedonija

Dr Marina Dimitrijević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Vladimir Đurić, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu

Dr Gordana Ilić-Popov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Dr Mustafa Yasan, docent Pravnog fakulteta, Univerzitet "Sakarya", Turska

Dr Todor Kalamatijev, redovni profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju, Republika Severna Makedonija

Dr Vesna Knežević Predić, redovni profesor Fakulteta političkih nauka, Univerziteta u Beogradu

Dr Miroslav Lazić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Zlatan Meškić, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, Bosna i Hercegovina

Dr Dušica Miladinović-Stefanović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Hajrija Mujović, naučnik savetnik Instituta društvenih nauka u Beogradu

Dr Dragan Nikolić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Dušan Nikolić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu

Dr Vladan Petrov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Dr Nevena Petrušić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Darko Radić, redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, Republika Srpska, Bosna i Hercegovina

Dr Željko Radić, redovni profesor  
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu,  
Hrvatska

Dr Nebojša Raičević, redovni profesor  
Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Darko Simović, redovni profesor  
Kriminalističko-policijskog Univerziteta  
u Beogradu

Dr Dragoljub Todić, naučni savetnik  
Instituta za međunarodnu politiku i  
privredu u Beogradu

Dr Dimitrije Čeranić, docent Pravnog  
fakulteta u Istočnom Sarajevu, Republika  
Srpska, Bosna i Hercegovina

Dr Sanja Ćopić, viši naučni saradnik  
Instituta za kriminološka i sociološka  
istraživanja u Beogradu

**Sekretar Redakcionog odbora:** Dr Marko Dimitrijević,  
docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

**Lektura radova i prevod rezimea:** Gordana Ignjatović (engleski)

**Lektura:** Aleksandra Gojković (srpski)

**Tehnički urednik:** Nenad Milošević

**Tehnički urednik onlajn izdanja:** Vladimir Blagojević

**Štampa:** Grafika Galeb Niš

**Tiraž:** 120

---

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu  
pod nazivom Collection of Papers, Faculty of Law, Nis je u punom tekstu dostupan  
u HeinOnline bazi podataka, EBSCO bazi Legal Source, kao i u bazi Central and Eastern  
European Online Library – CEEOL.

CENTAR ZA PUBLIKACIJE Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu  
18 000 Niš, Trg kralja Aleksandra 11, tel. +381 18 200 501,  
zbornik@prafak.ni.ac.rs  
www.prafak.ni.ac.rs

**COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS**  
NIŠ, 2019

**Publisher:**

Faculty of Law, University of Niš

**For the Publisher:**

Prof. dr Goran Obradović, Dean

**Editor-in-Chief:**

Irena Pejić, LL.D, Full Professor  
Faculty of Law, University of Niš

**Editorial Board of the Law Faculty Journal**

Prof. dr Martin Belov, Full Professor, Faculty of Law, Sofia University "St. Kliment Ohridski", Sofia, Bulgaria

Doc. dr Seryogin Andrey Viktorovich, Assistant Professor, Faculty of Law, Southern Federal University, Rostov-on-Don, Russian Federation

Dr Spyridon Vrelis, Professor emeritus, Faculty of Law, University of Athens, Prof. and Dr. h.c. (ELTE Budapest)

Prof. dr Michael Geistlinger, University of Salzburg, Department of Public International Law, Salzburg, Austria

Prof. dr Sašo Georgijevski, Full Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, Macedonia

Prof. dr Marina Dimitrijević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Dr Vladimir Đurić, Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

Prof. dr Gordana Ilić-Popov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Doc. dr Yasan Mustafa, Assistant Professor, Faculty of Law, Sakarya University, Turkey

Prof. dr Todor Kalamatijev, Full Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, Macedonia

Prof. dr Vesna Knežević Predić, Full Professor, Faculty of Political Science, University of Belgrade, Serbia

Prof. dr Zlatan Meškić, Associate Professor, Faculty of Law, University of Zenica, Bosnia and Herzegovina

Prof. dr Miroslav Lazić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Doc. dr Dušica Miladinović Stefanović, Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Dr Hajrija Mujović, Research Fellow, Institute of Social Sciences, Belgrade, Serbia

Prof. dr Dragan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Prof. dr Dušan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad, Serbia

Prof. dr Vladan Petrov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Prof. dr Nevena Petrušić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Prof. dr Darko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

Prof. dr Željko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Split, Croatia

Prof. dr Nebojša Raičević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Prof. dr Darko Simović, Full Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies Zemun, Belgrade, Serbia

Dr Dragoljub Todić, Research Fellow, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Serbia

Doc. dr Dimitrije Čeranić, Assistant Professor, Faculty of Law in East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

Dr Sanja Čopić, Senior Research Associate, Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Serbia

**Secretary of the Editorial Board:** Marko Dimitrijević, LL.D.

**Proofreading and Translation (summaries):** Gordana Ignjatović (English)

**Proofreading:** Aleksandra Gojković (Serbian)

**Layout editor:** Nenad Milošević

**Online Journal editor:** Vladimir Blagojević

**Print:** Grafika Galeb Niš

**Circulation:** 120

---

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš  
Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia Telephone:

+381 18 500 201,

E-mail: [zbornik@prafak.ni.ac.rs](mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs)

Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>  
<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-of-Law-Nis/?letter=C>

Central and Eastern European Online Library – CEEOL



# SADRŽAJ / CONTENTS

Uvodna reč ..... XI

Editor's Introductory Note ..... XII

## I ČLANCI / ARTICLES

### U FOKUSU / IN FOCUS

#### Medicinsko pravo

#### *MEDICAL LAW*

**Miroslav Lazić,**

**Ivana Simonović,**

The Principles of Human Organ Transplantation Procedure.. 15

*Načela postupka presađivanja organa* .....35

**Marija Ampovska**

Civil Liability in Medicine in the Legal System

of the Republic of North Macedonia ..... 37

*Građanska odgovornost u medicini u pravnom sistemu*

*Republike Makedonije* .....52

**Aleksandra Jovanović,**

Srbija i ekonomske implikacije vladavine prava..... 55

*Serbia and Economic Implications of the Rule of Law* .....71

**Zoran Radivojević,**

**Nebojša Raičević,**

Naknada troškova postupka kao oblik pravičnog zadovoljenja u  
praksi Evropskog suda za ljudska prava ..... 73

*Reimbursement of Costs and Expenses as a form  
of Just Satisfaction in the European Court of*

*Human Rights Case Law* .....93

<b>Sanja Marjanović,</b> <b>Mirko Živković,</b> Security for Costs in the 1982 PIL Act: the Responsibility of the State for Discrimination? .....	95
<i>Aktorska kaucija i ZRSZ – odgovornost države za diskriminaciju? .....</i>	118
<b>Mirjana Drenovak-Ivanović,</b> Ekološko pravo između javnog i privatnog prava.....	119
<i>Environmental Law between Public Law and Private Law .....</i>	133
<b>Jowanka Jakubek-Lalik,</b> The Role of Local Self-government in the Polish Constitutional System .....	135
<i>Uloga lokalne samouprave u poljskom ustavnom sistemu .....</i>	151
<b>Željko Mirjanić,</b> Zaštita ličnih podataka zaposlenih u uslovima korištenja informacionih tehnologija .....	153
<i>The Use of Information Technologies and Employees' Personal Data Protection .....</i>	169
<b>Goran Obradović,</b> Prestanak dužnosti organa poslovođenja univerziteta i fakulteta .....	171
<i>Termination of Offices of Executive Officers of Universities and Faculties.....</i>	183
<b>Nevena Vučković Šahović,</b> <b>Elvir Burazerović,</b> Children's Rights and Animal Welfare .....	185
<i>Prava deteta i dobrobit životinja.....</i>	203
<b>Dušica Miladinović-Stefanović,</b> „Matematizovanje” odmeravanja kazne: Efikasan metod za ujednačavanje sudske kaznene politike ili neuspeli eksperiment? .....	205
<i>Mathematical Sentencing Model in Criminal Justice: An Effective Method for Standardizing the Judicial Penal Policy or an Unsuccessful Experiment? .....</i>	224



<b>Mihajlo Cvetković,</b>	
Smart ugovori: revolucija ili komplikacija? .....	225
<i>Smart Contracts: Revolution or Hurdle?</i> .....	242
<b>Slobodanka Kovačević Perić,</b>	
Radnopravne posledice transrodnosti .....	243
<i>The Consequences of Transgender Identity in Labour Law</i> .....	262
<b>Savina Ivanova Mihaylova-Goleminova,</b>	
International Initiatives in the Field of Taxation and European Law.....	263
<i>Međunarodne inicijative u oblasti opozivanja i evropskog prava</i> .....	274
<b>Robert Grzeszczak,</b>	
<b>Tomasz Klemt,</b>	
Good Regulation and the Principle of Economic Freedom in the case of European Insurance Law.....	275
<i>Dobra regulativa i princip ekonomske slobode u slučaju Evropskog prava osiguranja</i> .....	291
<b>Helga Špadina,</b>	
<b>Marina Kalafatić,</b>	
Legal Position and Protection of Whistleblowers in Croatian Law .....	293
<i>Pravni položaj i zaštita tzv. “zviždača” u radnom pravu</i> .....	313
<b>Anka Mihajlov Prokopović,</b>	
<b>Marija Vujović,</b>	
Media in the Digital Age: Regulatory Aspects .....	315
<i>Mediji u digitalnom dobu: Regulatorni Aspekti</i> .....	330
<b>Zdravko V. Grujić,</b>	
Zločini mržnje kao specifičan oblik kriminalnog ponašanja .....	331
<i>Hate Crimes as a Special Form of Criminal Behavior</i> .....	349

## II RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA / PHD STUDENTS' PAPERS

**Andrej Blagojević,**

**Ivana Stojanović,**

Pravni i etički aspekti novinarstva u Srbiji: komparativna analiza Zakona o javnom informisanju i medijima i Kodeksa novinara Srbije ..... 353

*Legal and Ethical Aspects of Serbian Journalism: Comparative Analysis of the Public Information and Media Act and the Journalists' Code of Ethics* .....370

**Aleksandra Vasić,**

Pravni tretman klauzule bez osporavanja u ugovoru o licenci sa aspekta prava konkurencije ..... 371

*Legal Treatment of No Challenge Clauses in Licence Agreements from the aspect of Competition Law* .....387

**Mirjana Đukić,**

Nedozvoljena proizvodnja, držanje i stavljanje u promet opojnih droga kao oblik ispoljavanja organizovane kriminalne delatnosti (normativni i praktični aspekt) .....389

*Illicit Production, Possession and Marketing of Narcotics as a form of Organized Crime: Normative and Practical Aspect* .... 410

**Stefan Stojanović,**

Jeretik iz člana 10 Dušanovog zakonika ..... 411

*The Concept of a Heretic in Article 10 of Emperor Dušan's Code*.....426

**Uputstvo za autore / Instructions for Authors** ..... 427

## Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

U fokusu broja 85/2019 Zbornika radova Pravnog fakulteta u Nišu nalaze se dva naučna rada iz oblasti medicinskog prava u kojima su analizirani principi u postupku transplatacije ljudskih organa, kao i civilna odgovornost u oblasti makedonskog medicinskog prava. Takođe, u broju koji se nalazi pred vama nalazi se deo naučnih radova koji su nastali kao rezultat učešća na Međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo i multidisciplinarnost“ održanoj 12-13. aprila 2019. godine na Pravnom fakultetu u Nišu koji su prošli recenzentski postupak. Svi radovi prošli su proces dvostruke anonimne recenzije.

U Nišu, februar, 2020.

*Glavni i odgovorni urednik*

*Prof. dr Irena Pejić*

## **Editor's Introductory Note**

Dear Readers,

In this issue of the journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš (85/2019), the rubric In Focus comprises two scientific articles on Medical Law issues: the principles of human organ transplantation procedure, and civil liability of medical professionals under the Macedonian medial law. The other scientific papers published in this issue have been the result of participation in the International Scientific Conference "Law and Multidisciplinarity", which was held at the Faculty of Law, University of Niš, on 12-13 April 2019. Each article has been assessed on its own merits through the anonymous peer review process.

Niš, February 2020.

*Prof. Irena Pejić, LL.D.*

*Editor-in-Chief*

# I ČLANCI

---

---



**Prof. Miroslav Lazić\*, LL.D.**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš  
**Doc. Ivana Simonović\*, LL.D.**  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

originalan naučni rad  
10.5937/zrpfno-24395

UDK: 616-089.843  
179

Rad primljen: 12.12.2019.  
Rad prihvaćen: 09.01.2020.

## **THE PRINCIPLES OF HUMAN ORGAN TRANSPLANTATION PROCEDURE\*\***

**Abstract:** *The principles of human organ transplantation procedure must meet two requirements: the requirement of humanity, which all medical activities are based on, and the requirement for patients' protection and the preservation of human and personal rights of every human being, during one's lifetime and after death. In Serbian law, the following principles are established as fundamental ones: the protection of interests and dignity of the organ donor and the organ recipient; voluntariness; medical justification and safety; and equal availability of human organs. Every person having a medically established need and justification for human organ transplantation should be subject to equal conditions for receiving a human organ.*

**Key words:** *transplantation, consent, ethics, principles.*

---

\* lazic@prafak.ni.ac.rs

\* ivana@prafak.ni.ac.rs

\*\* The paper is the result of research conducted within two research projects: the project *Harmonizing the Law of the Republic of Serbia with the European Union Law*, run and financed by the Faculty of Law University of Niš; and *The Protection of Human and Minority Rights in European Legal Area (179046)* run by the Faculty of Law, University of Niš, and financially supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia.

## 1. Introduction

Development of medicine and transplant surgery, where diseased organs are replaced by transplantation from other live or deceased (cadaveric) organ donors, requires solving an array of ethical and legal issues. "Ethical and legal issues arising within the context of new knowledge in these sciences and in the course of their application in the area of experiments on man, genetic engineering, organ transplantation or human assisted reproduction cannot be resolved with the current legal regulations any longer. Legal regulation of these domains is set as a priority task [...] marking this regulation as biolaw [...]" (Kandić-Popović, 1999: 1, 2).

Organ transplantation is ethically debatable; thus, it must be founded on transparency of procedures and exactness of information of significant data. Healthcare institutions and social organisations involved in transplantation must act responsibly and citizens (potential organ donors) must be well acquainted with this humane act. It is primary in transplantation to find organ donors, whose "acting is characterised primarily by a highly exalted act of mercy, and only in the second place it has the legal meaning of donating" (Radišić, 2008: 107).

The issue of organ transplantation is also an object of interest of religion. Unlike Greek and Russian orthodox churches, which officially adopted and publicised the bases of their bioethical teachings<sup>1</sup>, the Serbian Orthodox Church (the SOC) has no officially formulated stands on bioethical problems; there are only comments of certain authors (Andrejić, 2016: 23). The stands within the framework of the SOC on organ transplantation are positive as people's lives can be saved, which is confirmed by the blessing and invitation to believers to bequeath their organs. Patriarch Irinej also published a text confirming "that the issues regarding human organ transplantation are regarded by the Orthodox Church and the Roman Catholic Church, and the traditional Reformation churches in the same way" (Irinej, 2011: 1).

Worldwide, the need for organs for transplantation significantly exceeds the number of donors and the waiting lists are very long. Serbia is not an exception, and statistics show that it is among the last countries in Europe when it comes to the number of performed transplantations. The reasons are numerous; in particular, the citizens' awareness of the significance of transplantation is insufficiently developed; there is also distrust in institutions, as well as prejudices

---

1 The Greek Orthodox Church and the Russian Orthodox Church have almost identical positions on some donorship issues; for example, they both treat donorship as a manifestation of love and empathy; life of one person must not be shortened in order to prolong the lifespan of another one; the system of a presumed consent of potential donors is considered unacceptable; donorship must not entail any financial interest (Andrejić, 2016:25).



about possible abuse of taken organs, etc. Thus, there is a need to inform the citizens better, to raise their awareness about this issue, to generate trust in healthcare system, and to ensure a correct application of medical standards and legal norms on organ transplantation.

In Serbia, the issues significant for organ transplantation are regulated by the Human Organs Transplantation Act of 2018 (hereinafter: HO Transplantation Act).<sup>2</sup> It also lays down the principles on organ transplantation procedure, which will be analyzed in this paper.

Principles are general norms setting the permitted legal framework for human organ transplantation, but they also have an ethical dimension for the purpose of preserving human integrity and dignity of each subject in organ transplantation procedure. According to the Human Organs Transplantation Act (2018), the transplantation procedure is based on the principles of protection of interests and dignity, voluntariness, charity, medical justification and protection, and equal availability of human organs in Serbia (Articles 4-7 HO Transplantation Act). These principles are general (valid for both the donor and the recipient) whereas the significance of some of them may be more prominent for one or the other party.

## 2. Organ Transplantation

The law defines organ transplantation as a medical procedure intended for re-establishing certain bodily functions of an organ recipient by replacing it with a donor's organ (Article 3 HO Transplantation Act).<sup>3</sup> Legally speaking, and bearing in mind that it is forbidden to acquire any material benefit by organ transplantation (non-chargeability rule)<sup>4</sup>, transplantation is based on an act of donation<sup>5</sup> of the donor's nonrenewable organs and tissues for the purpose of placing them in an organ recipient (a third person) or the donor himself. "In transplantation, the focus is on the protection against any risk for the organ donor, and organ

---

2 Zakon o presađivanju ljudskih organa (Act on Transplantation of Human Organs), *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 67/2018; (hereinafter: Human Organs Transplantation Act, HO Transplantation Act, or HOT Act).

3 Article 3 para. 1 item 11 of the Human Organs Transplantation Act.

4 The compensation of material loss incurred by the donor in relation to transplantation is not considered forbidden material benefit. The HO Transplantation Act envisages a compensation of lost profit during the temporary inability to work and an excessive damage sustained by taking one's organ, and a justified compensation for healthcare and technical services related to the transplantation (Art. 5 para. 3 of the HO Transplantation Act).

5 "Donating an organ is not an ordinary civil law contract of donation, as parts of human body are not a thing in free legal trade, but it is a *sui generis* contract within the rights of personality aimed at treatment of the organ recipient." (Radolović, 2014: 107)

trafficking is explicitly forbidden, as it would put the donor in a state of extortion for material benefit, which is contrary to the organ donation itself being highly evaluated as a priceless example of altruism” (Mujović-Zornić, 2013: 5).

In organ transplantation, it is most important is to ensure a sufficient number of organ donors. Organ transplantation procedure implemented by an adequate medical institution is regulated in different ways, depending on whether the donor is a living person or a deceased one. The organ transplantation principles are valid, with certain specificities, for all donors.

a) *Removal of organs or tissues from living donors* may be carried out solely for the therapeutic benefit of the recipient and if there is no suitable organ or tissue available from a deceased person (cadaver) and no other alternative therapeutic method of comparable effectiveness (Convention of Human Rights and Biomedicine, Art. 19 para. 1).<sup>6</sup>

In addition to medical requirements for transplantation, it is also necessary to satisfy legal requirements referring to the donor's and the recipient's competencies for judging and declaring their relevant wills related to their consents for donating organs. Legal rules should ensure the observance of their autonomy, their rights to self-determination and bodily integrity, and enable them to freely express their will whether they want to donate or to receive an organ for treatment. According to the Human Organs Transplantation Act, a living organ donor must be an adult person of full legal<sup>7</sup> capacity (Art. 17 para. 1 item 1 HO Transplantation Act) who is required to provide a written consent, as an expression of free will that he/she understands the nature, purpose and duration of the intervention, and that he/she has been sufficiently informed in advance about possible risks and expected successful outcome of the intervention (informed consent) (Art. 17 para. 1 item 2 HO Transplantation Act). It excludes children as donors as well as adult persons fully deprived of legal capacity. Besides the incapability of judgement, giving a reasonable and valid declaration may also be prevented by some physical reasons (e.g. the patient's unconsciousness). When making a decision on behalf of another person, the “best” interest of the person should be assessed and protected. The problem is legally eliminated by allowing the legal representatives (husband, adult child, parent) to decide, or by establishing a professional and ethical team for making a decision related to donating organ after one's death, and under a presumed consent. Under the

---

6 CoE Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, ETS No.164, Oviedo, 4.4.1997; <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164>

7 In this paper, legal capacity implies both the capacity to hold rights and the capacity to exercise them autonomously.

principle of urgency, it is also possible to pursue the decision of the court which interprets the will of a deceased person in accordance with his/her best interest.<sup>8</sup>

*b) Organ removal from deceased persons should prevail since this procedure precludes the risk of any potential threat to the health of living donors. The basic legal and ethical issues of cadaveric organ transplantation are: establishing the moment of death of a potential donor, respecting the deceased person's expressed will, and respecting the family members' piety.*

The first phase is establishing the death of a potential donor, which is done by licensed healthcare institutions. The moment of death is established according to the criterion of brain (neurological) death, which occurs with the cessation of brain activities. By establishing this criterion, the application of advanced medical technology for maintaining blood circulation and functions of individual organs after brain death has occurred, thereby increasing the number of organs for transplantation. In Serbia, the moment of death is determined under the Rulebook on Medical Criteria and Procedure for Establishing Death of a potential organ donor (Art. 3, 4 of the Rulebook).<sup>9</sup>

Organ transplantation is based on consent. The ethical and legal dilemma is caused by the conflict of the principle on understanding human life as the greatest value and the principle of inviolability of a dead body (cadaver). Under the Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine (1997), there are two possible legal approaches to the consideration of consent to organ transplantation 1) removal of organs only on the basis of an ***informed express consent*** given during lifetime (*opt-in* procedure, i.e. conscious involvement in the register of people who want to donate their organs after death), or 2) the principle of a ***presumed consent***, where a person must sign a legal document stating that he/she opposes the removal of organs from his/her body after death (*opt-out* procedure). The system of express consent narrows down the circle of potential organ donors. Denmark, Germany, the Netherlands, Switzerland, Australia, and the USA have such a solution, entailing the possibility that consent may be granted by the deceased's relatives, unless the deceased person explicitly stated his/her will thereof. The system of presumed consent, where the will was not explicitly stated during one's lifetime, entails a presumed approval; this practice is common in

8 Sometimes the court is the most objective authority since parents, for example, may be interested in saving the life of another child, while the medical commission is interested in implementing the transplantation procedure. When it comes to children, the possibility of letting the Court decide should be taken into consideration, particularly if there is a disagreement among the kins.

9 Pravilnik o medicinskim kriterijumima, načinu i postupku utvrđivanja smrti lica čiji se deo tela može uzeti radi presađivanja (Rulebook on Medical Criteria and Procedure for Establishing Death of a potential organ donor), "Sl. glasnik RS", br. 31/2005

the majority of the European Union countries, including Croatia. The Croatian Act on Transplantation of Human Body Parts for Medical Treatment Purposes (Art. 17) enables removing the organ from a deceased person, unless “the deceased person made a written statement of being opposed to organ donation.”<sup>10</sup> Croatia, which is a member of Eurotransplant that coordinates the cross-border transplantation organ exchange, also introduced a non-donor registry.

In January 2017, Serbia became an associate member of Eurotransplant; in order to acquire full membership, Serbia must meet specific requirements (e.g. ten donors per million citizens, compliance with standard procedures, etc.). For the purpose of increasing the number of donors, a presumed consent is established in Serbian law; however, if there is no an explicit statement of the deceased person, his/her family members may disagree. Under the Human Organs Transplantation Act (2018), “Human organs from a deceased person may be removed for transplantation if an adult donor who has full legal capacity did not oppose it, orally or in writing, during his/her life, or if his/her parent, spouse, cohabitee, or an adult child of the deceased does not explicitly oppose it. In derogation of paragraph 1 of this Article, if the deceased person has no relatives referred to in paragraph 1 of this Article, human organs from the deceased person may be removed unless a lateral kin up to and including the second degree of kinship explicitly opposed it at the moment of death (Art. 23 HO Transplantation Act.)

As the presumption of consent is not clearly confirmed, the 2018 HO Transplantation Act has little effect. Therefore, the number of organ donors has not increased. Another factor that contributes to such a situation is insufficient awareness on the significance of transplantation. It would be more expedient if the decision on organ donation is made during lifetime and communicated to the authorized public institution (e.g. selected physician who would enter it into the patient’s medical record or record the decision in a donor registry) and to his/her family members. The affirmative approach to organ donation demands a well-contemplated work of teams formed to address issues related to organ transplantation for medical treatment purposes, providing permanent education and information to citizens, and raising public awareness about the need for interpersonal solidarity and humanity. The positive attitude of religion, increased trust in healthcare institutions, and fairness in the organ transplantation procedure may contribute to the positive decision on organ donation.

Non-compliance of regulations related to organ transplantation in various states creates a “legal vacuum” and allows for abuses (e.g. transplantation tourism and

---

10 Zakon o presađivanju ljudskih organa u svrhu liječenja Republike Hrvatske (The Act on Transplantation of Human Body Parts for Medical Treatment Purposes), “*Narodne novine*”, br. 144/ 2012.

illegal organ trafficking). Although the World Health Organisation condemned the sale of human organs for transplantation purposes,<sup>11</sup> illegal trafficking will still take place.

### 3. Development of medical, ethical and legal principles

The principles of organ transplantation procedure are derived from the fundamental ethical principles in medicine, which are binding for all medical practitioners. Respecting the patient's dignity, autonomy and privacy, his/her bodily and mental integrities, nonmaleficence, charity, justice (prohibition of discrimination on any basis and fair distribution of insufficient healthcare services) are basic commandments underlying the sensitive relationship between a physician and a patient, scientific researchers and human subjects who participate in biomedical experiments. They are established by numerous international and regional documents (e.g. European Union acts) and they primarily express common consent of medical practitioners on the governing principles that they should be guided by in their everyday work, which are perceived not only as a moral category but also as binding rules.<sup>12</sup>

The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights (2005)<sup>13</sup> is perhaps the most influential international document that establishes the common principles and rules for resolving moral dilemmas prompted by development of medicine. In fifteen bioethics principles<sup>14</sup>, the Declaration stipulates the basic values which should guide scientific and technological development and responsible approach to bioethics, particularly by taking into account human dignity and human rights,

---

11 "Organ trafficking and transplant tourism violate the principles of equity, justice and respect for human dignity and should be prohibited." (Principle 6 of the Declaration on Organ Trafficking and Transplant Tourism, the Transplantation Society (TTS), and the International Society of Nephrology (ISN), Istanbul, 30 April - 2 May 2008, [https://www.declarationofistanbul.org/images/Policy\\_Documents/2008\\_Edition\\_of\\_the\\_Declaration\\_of\\_Istanbul\\_Final.pdf](https://www.declarationofistanbul.org/images/Policy_Documents/2008_Edition_of_the_Declaration_of_Istanbul_Final.pdf) (p. 4).

12 Medical ethics, as a field of applied ethics, studies the rules of behaviour of medical practitioners and provides guidelines for solving moral dilemmas on right and wrong, allowed and forbidden, good and bad, not only for the patient but also for the social community (Kaličanin, 1999: 1).

13 The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights (2005), United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation, UNESDOC Digital Library; <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180>

14 Bioethicists reflect on the ethical principles which should guide the development of science and ensure the greatest welfare of individuals, humanity and the world at large. They urge for sustainable scientific progress, which will not be inhibited by an excessive legal intervention but will not jeopardise the most significant human and social values.

welfare, autonomy and consent, personal integrity, privacy and confidentiality, solidarity and cooperation, equality, etc.).<sup>15</sup>

Acting in accordance with good clinical and scientific and research practice is also prescribed in other documents, adopted before and after the 2005 Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. The Hippocratic Oath is commonly referred to as the source of moral guidelines in medicine. The contemporary version of this pledge, which physicians take when entering into the medical profession, is found in the Geneva Declaration of the World Medical Association (1948),<sup>16</sup> whereby practitioners commit to perform their professional duties with due respect for human life, wellbeing and humane aims of medicine.

The first contemporary set of ethical principles governing research on human beings was established by the Nuremberg Code (1947)<sup>17</sup>. It was formulated as a set of ten principles which were the foundation for establishing the rules of humane conduct not only towards the persons participating in medical research but also towards any beneficiary of healthcare services. These principles were further developed in declarations and conventions passed later but this Code is significant because it established the standards of an informed consent, including the requirement “to explain to human subjects the nature, purpose and duration of the experiment, method and means to be used, inconveniences and risks that may be expected by them and effects upon his/her health or bodily integrity” (Simonović, 2012:306).

The Helsinki Declaration on ethical principles for medical research involving human subjects (1964)<sup>18</sup> was adopted at the 18<sup>th</sup> session of the World Medical Association in 1964. The obligations from the Geneva Declaration (1948) and the International Code of Medical Ethics (London 1949) were supplemented with rules (recommendations) for physicians dealing with clinical trials. The Helsinki Declaration was amended in 1975 (at the 19<sup>th</sup> session of the World Medical Association, in Tokyo), by introducing recommendations for the medical community conducting biomedical research involving human beings.

---

15 For more detail on the significance of this Declaration, see: Simonović, 2012: 312-314.

16 The Geneva Declaration of the World Medical Association (1948) was amended at the WMA assemblies in Sidney (Australia) in 1968 and in Venice (Italy) in 1983; <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-geneva/>

17 The Nuremberg Code (1947), available at; <https://history.nih.gov/research/downloads/nuremberg.pdf>

18 The Helsinki Declaration on ethical principles for medical research involving human subjects (1964), <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects/>

The Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient (1981)<sup>19</sup> envisaged that a medical practitioner should act in accordance with his/her conscience and always in the best interest of the patient, respecting the guaranteed patient rights and autonomy, in particular the right to consent to treatment after receiving adequate information. It sets forth the basic rights that medical profession should provide to the patients even when they are not guaranteed by the national law.

Another important document is the CoE Convention on Human Rights and Biomedicine (1997), known as the Oviedo Convention.<sup>20</sup> “With five additional protocols (on biomedical research, prohibition of cloning, transplantation of organs and tissues, human embryo and foetus, and human genetics), it expresses the essence of European view on biomedicine development, without undesired implications for man. The application of the Convention and its Protocols is intensified with the obligation of periodical reports of the member states and the jurisdiction of the European Court for Human Rights” (Simonović, 2012: 318). In particular, this Convention regulates the position of juvenile persons (minors) lacking capacity to consent and the manner of obtaining consent for medical intervention (Art. 6), as well as the protection of mentally impaired persons subjected to an intervention for treating a mental disorder (Art. 7 HRB Convention).

The development of genetics and progress in deciphering the human genome is also subjected to ethical scruples. The Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights (1997)<sup>21</sup> emphasizes the obligation to respect human rights, inherent dignity and human differences when performing research, treatment or diagnostic procedure, irrespective of one’s genetic origin and characteristics (Art. 2).

---

19 The Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient (1981) was adopted at the 34<sup>th</sup> assembly of the World Medical Association in Lisbon (Portugal), and later amended in 1995 (Bali, Indonesia), in 2005 (Santiago, Chile) and in 2015 (Oslo, Norway); <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-lisbon-on-the-rights-of-the-patient/>

20 Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, ETS No.164, known as the Oviedo Convention (adopted by the Committee of Ministers in November 1996, opened for signature by the CoE in April 1997, and entered into force in December 1999); available at <https://rm.coe.int/168007cf98>

21 The UNESCO Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights (1997), adopted in November 1997; [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13177&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

In Serbia, the principles of medical research are also regulated by the Good Clinical Practice Guidelines in Clinical Research (2017)<sup>22</sup> and the rulebooks that are in line with the adequate European Union guidelines and recommendations. Setting up ethical committees or boards in all medical and research institutions ensures the control in the application of these principles.

“Development of sciences on living systems (life sciences) has contributed that human rights, such as the rights to bodily integrity, dignity or privacy acquire new dimensions. Parts of human body are used in transplantation, removed organs may be a source for patenting new cell lines without the consent of the person they belong to, and human body entirely represents a potential object of biomedical researches. Such possibilities imply new dimensions of the human right to bodily integrity and the need to clearly define positions of the person who, for instance, gives a part of his/her body for a therapeutic goal or participates in a venture that has no therapeutic character for him/her” (Kandić- Popović, 1999: 32).

#### **4. Principles of transplantation procedure**

The Directive of the European Union on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation (2010/53/EU)<sup>23</sup> lays down the rules to ensure quality of organs and safety of the donor and the recipient, irrespective of where they live. It was passed in 2010, with the obligation of the Union members to incorporate it into their national legislations by 2012. The criteria from the Directive should also be observed by other European Union-oriented countries.

The Serbian Human Organ Transplantation Act affirms the generally accepted principles of not only transplantation medicine but also medicine in general. These principles are as follows: protection of interest and dignity; voluntariness and charity; medical justification and safety; and equal availability of organs.

##### ***4.1. Principle of the protection of interest and dignity***

*The principle of the protection of interest and dignity* imposes that the priorities in organ transplantation are the preservation of life and health and the protection of fundamental human rights and dignity of organ donors and

---

22 Smernice dobre kliničke prakse u kliničkim istraživanjima (Good Clinical Practice Guidelines in Clinical Research), *Službeni glasnik RS*, br. 108/2017, <http://www.pravno-informacioni-istem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/ministarstva/drugiakt/2017/108/1/reg>

23 Directive 2010/45/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation, *OJ L 207*, 6.8.2010, p14–29, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32010L0053>



recipients (Art. 4 of the HO Transplantation Act). Organ transplantation is intended to prolong the life of the organ recipient, but the intervention may affect the psycho-physical integrity of both the recipient and the donor. Bearing in mind that the number of possible organ donors is always lower than the persons in need of an organ, it is necessary to construe socially and ethically acceptable organ transplantation procedure, which will ensure respect for one's personality and protection of one's most significant personality rights.

Protection of dignity provides autonomy of decision making of organ donors and recipients in each phase of organ transplantation procedure. More broadly, a consistent application of this principle should guarantee a fair allocation and availability of organs, free of charge and irrespective of one's financial standing. This principle is in accordance with the human right to dignity acknowledged by the Universal Declaration on Human Rights, requiring respect for dignity of every human being without discrimination of any kind (Art. 1 and 2 UDHR). Organ trafficking is directly opposed to the request for respecting human dignity; thus, it is prohibited by international conventions which, despite their significance, are not generally accepted. This contributes to the existence of the black market and the so-called "transplantation tourism" in countries with undeveloped transplantation systems.

The right to protection of dignity is enjoyed not only by the organ recipient but also by the donor, regardless of whether he/she is alive or a deceased person. If a deceased person is the donor of organs, tissues or cells, it is necessary to respect his/her will regarding organ donation explicitly expressed during his/her lifetime; in case there is no such statement, the deceased person's dignity is protected by the will and piety of his/her family members. Therefore, a presumed consent on organ donation for transplantation must be preceded by appropriate information on the consequences of silence, i.e. not giving a statement on donation during one's lifetime. We believe that removing an organ may not only be based on a presumed will; there is no need for the family members to give their approval if the deceased did not consent during his/her lifetime. A failure to make a statement should not be considered as (presumed) consent, particularly in the contemporary age of frequent sudden deaths in traffic and other accidents and sudden diseases with fatal outcomes (heart attack, etc.).

#### ***4.2. Principle of voluntariness and principle of charity (benevolence)***

Voluntary written consent of the organ donor and the organ recipient, and benevolent (charitable) organ donation free of charge (without receiving any remuneration or attaining any material benefit) are two important components on which organ transplantation rests. These are two autonomous principles

although Serbian law regulates them in the same article (Art. 5 HO Transplantation Act).

The voluntariness principle implies that human organs donation is performed on the basis of freely expressed and legally relevant will of an adequately informed donor. Voluntariness also means the right to change one's opinion and revoke one's consent, as long as it is possible considering the phase of medical intervention. The voluntariness principle entails an expression of free will, which is one of the basic principles of contract law and, hence, of an organ transplantation contract. "From the legal viewpoint, it is a contract based on donorship but, being an act of charity and compassion, it entails high ethical components that make it quite different from a traditional trade contract" (Mujović-Zornić 2013: 5).

Freely expressed will must be a result of being well informed and thoughtful, which refers to the organ donor and the organ recipient alike. The right of an individual to autonomously make decisions relevant to his/her psychophysical integrity are not only part of European culture and civilization but also a legal principle of freedom of decision-making of a capable person. The system of autonomous decision-making is contrary to the so-called paternalistic system where physicians make decisions on transplantations. For an individual's "informed consent" to be legally valid, the statement has to be made freely, without third persons' pressure; it has to be made by a capable person who understands the consequences of such a decision and who is informed about the relevant medical facts that are important to assess the risk to the patient. The necessary consent must have been given expressly and specifically in written form (Art. 19 Convention on the Human Rights and Biomedicine).

"It is commonly believed that the principle of autonomy is fulfilled if capable adults have given their consent on the basis of being informed on all the risks that may occur when, for example, their organ is removed for transplantation (informed consent)" (Kandić-Popović, 1999:33). The principle of autonomy of will is embodied in the freedom of every person to make decision on a medical treatment and the obligation of medical practitioners to respect that decision. It is the patient's right to refuse the treatment, and the physician cannot assess whether the reasons for such a decision are rational. However, it also implies that the patient has been adequately informed on the facts important for the decision.

"A person is autonomous if she/he is capable of understanding the essence and significance of facts, values and other factors on the basis of which he/she makes decision, and understanding the consequences of his/her decisions and accepting them" (Simonović, 2012:301). A physician is obliged to provide the necessary and full information to the patient on the disease, on the purpose and nature of transplantation procedure, likelihood of success, possible risks and

Negative consequences and anything else needed for making decision on the medical treatment. The conversation should be made in a comprehensive terminology, adapted to the patient's intellectual level. The information on the right to revoke or to withdraw the previously granted consent (before the completion of the medical intervention), without any need to explain such a decision, is an integral part of each validly made conversation between the physician and the patient, or the organ recipient and the organ donor.

In accordance with the *principle of charity (benevolence)*, the legal basis for organ transplantation is a gratuitous contract, without pecuniary or any other material benefit being given or taken in return (Art. 5 of the HO Transplantation Act); the Act only permits the compensation of reasonable costs.<sup>24</sup> In this sense, organ trafficking is criminally sanctioned trade, and advertising of healthcare institutions is prohibited, as well as the sale and purchase of organs. The UN Convention against Transnational Organized Crime (2004) and the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children (2000) explicitly condemn sale and purchase of organs (Art. 1).<sup>25</sup> Legal prohibition of human organs trafficking is based on the Convention on Human Rights and Biomedicine (1997) which provides that "The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain" (Art. 21 of the Convention).

The standpoint on gratuitousness of donating an organ for transplantation is prevailing, but there are also opinions that the benevolence principle should be abandoned and such contracts should legally be "considered to be commercial contracts, even if they are *sui generis*, and also legitimate from the ethical and legal viewpoints [...] since disposition of human organs, as *sui generis* things, by its legal nature is an agreement regulated under contract law rules" (Klajn-Tatić, 2007: 331). In professional public, there are also opinions that a sort of strictly controlled commercialization of organ donation for transplantation should be allowed, whereby to exclude any immediate covenant and mediators (Ivančić- Kačer, 2012: 452). It is correct that the autonomy of will also includes the donor's

---

24 This exception refers to: "1) the compensation of earnings to the live donor of human organ during the period of the insured person's temporary incapacity to work, which has been caused by removal or transplanatation of a human organ transplantation; 2) a reasonable and justified compensation for the payment of healthcare or technical services related to the removal of a human organ, including the transportation of the deceased person who was moved to another healthcare institution beyond the deceased person's place of residence for the purpose of a possible human organ donation; and 3) the compensation in the event of excessive damage incurred as a consequence of removing a human organ from a live donor (Art. 5 of the HO Transplantation Act).

25 One of the earliest passed laws was the US National Organ Transplant Act (NOTA) of 1984 which explicitly prohibits pecuniary compensation for donated organs, which is often challenged (Diamond, 2012:1).

right to make decisions on the character of agreement on the basis of which he/she donates his/her organ. However, besides violating the ethical principles, organ trade (either free or controlled) would certainly have some drawbacks; for example, abandoning the principle of solidarity and humanity would diminish altruistic organ donation; it would diminish or exclude the opportunities for poor people to be cured by using the organ transplantation method; the poor would see the possibility in organ trade for obtaining income for themselves and their family members, which entails the danger of abuse; the established control over the organ trade would not be appropriate, and it would hardly eliminate the black market; it would be difficult to ensure a just allocation of organs if it is conditioned by payment; human civilization would experience another defeat of humanity before the onslaught of economic interests, etc.

The issue of respecting the autonomy of will of juvenile persons is also highly debatable. Can the minor's parents or legal representatives take the risk of granting consent on behalf of the child who is either an organ donor or a recipient, or consent to getting the child involved in the experiment? A strict respect of the autonomy principle requires that every person first must consent to any action related to his/her bodily integrity. It is commonly believed that, even when juveniles are organ donors, they should be given the opportunity to make a statement on their consent to or rejection of the intervention. "In the event of an explicit rejection, the juvenile person's will should be acknowledged, which is the best indicator of respecting the autonomy of will of those who do not have any legal capacity in legal sense" (Kandić-Popović, 1999: 36). We consider that, in such cases, juvenile persons should have a special legal capacity; thus, prior to the age of majority, they should be asked for consent, depending on the type of intervention and the degree of risk.

The principle of voluntariness is also reinforced in the Code of Medical Ethics of the Serbian Medical Chamber that provides that "a physician is obliged to respect the rights, freedoms, autonomy and human dignity of each patient. The obligation of respecting human dignity does not cease even after the death of patient" (Art. 6 of the Medical Ethics Code).

#### ***4.3. The principle of medical justification and safety***

*The principle of medical justification and safety* implies that a transplantation intervention is only performed if it is the most convenient treatment method, in accordance with the medical profession rules, professional and ethical standards and obligations. The transplantation method must be in compliance with contemporary scientific achievements, and conducted in a manner and under

conditions that decrease the risk for the recipient and the risk of human organs loss (Art. 6 of the HO Transplantation Act).

“Besides the autonomy principle as the fundamental principle from the viewpoint of respecting the right to bodily integrity and dignity of an individual, regarding the removal of an organ, tissue or a cell, as well as regarding an experiment, two related principles are often set out: the principle of doing good (beneficence) and the principle of not doing harm (nonmaleficence). According to the explanation given by the American National Commission, the principles include the two following rules: not doing or minimizing harm, and maximizing a potential benefit” (Kandić-Popović, 1999: 37).

Organ transplantation must be medically justified. It includes taking into consideration the balance between the risk for the subjects (primarily for a live donor, but also for the organ recipient) and the expected benefit that the transplantation interventions may bring. The risk must be minimal or non-existing, and the expected benefit must be real. The physician should stop the intervention that unexpectedly proves to be risky for one or more participants.

Additionally, the Hippocrates’ proverbial saying *Primum non nocere* (First, do no harm) obliges practitioners to exercise humanity in a physician-patient relationship. This principle was primarily created to prohibit infliction of physical pain but, in contemporary law, it also refers to the protection against inflicting mental anguish. As there are no two identical patients in medical practice, the physician must adjust his/her conduct to each patient, considering first of all the patient’s interest but also the justification and safety of the medical intervention. An experimental transplantation must meet all the legal requirements and the medical science and profession rules.

#### **4.4. The principle of equal availability of human organs**

*The principle of equal availability of human organs* implies that every person having a medically established need and medically justified reasons for human organ transplantation should be entitled to receive a human organ under equal conditions; it also entails equal requirements for entering the organ recipient’s name into the national organ transplantation register of persons waiting for organ transplantation (Art. 7 of the HO Transplantation Act). This provision is aimed at preventing any discrimination and abuses regarding organ availability.

Eurotransplant<sup>26</sup> is a non-governmental organization that coordinates the cross-border exchange of organs for transplantation in the territories of the member

---

<sup>26</sup> Eurotransplant is organized and functions on the basis of the democratic principle. It includes the Assembly, the Management Board, the Advisory Council, and nine Advisory

countries (Austria, Germany, the Netherlands, Luxembourg, Belgium, Slovenia, and Croatia); on the basis of cooperation agreements between the member countries, it provides a transparent and objective selection system and ensures optimal utilization of available organs for transplantation.

In line with medical standards and for medically justified reasons, every person who has been entered into the national register of persons in need of organ transplantation is entitled to receive a human organ under equal conditions and without discrimination on any grounds. The data on organ recipients are confidential. In organ transplantation, it is necessary not only legally but also organizationally to set up a perfect operating system, given the highly limited transplantation time available (heart and lung must be transplanted within 4 hours, kidney-within 24 to 36 hours, pancreas-within 12 to 18 hours, and liver-within 8 to 12 hours).

In comparative law, organ availability is associated with the principle of justice (fairness). "According to the interpretation of the US National Commission, the justice principle particularly implies the protection of weaker, more vulnerable subjects. It does not mean that they should be deprived of the opportunity to participate in an experiment that would be beneficial for a specific age group (e.g. children) or entire population. This principle is particularly significant in the context of transplantation. Considering the conflicting circumstances (scarce organ supply as opposed to urgent demand of a large number of potential recipients), social protection ethics requires equally fair and just relation to the disease" (Kandić-Popović, 1999: 38).

We believe that organ sales should not be legalised as rich patients would be privileged, and thus the equality principle would be infringed. The Convention on Human Rights and Biomedicine protects the dignity and identity of all human beings and guarantees everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine (Art. 1). Physicians also contribute to the observance of the principle of justice and equal availability of organs by doing their job in a conscientious and professional manner, without discrimination of any kind as to age, race, sex, religion, political opinion, sexual orientation, smoking habits, obesity, financial status, or any other source of inequality. *"Ethically, it is unacceptable*

---

Commissions. There is a single central donor identification system and a single waiting list, with approximately 15,000 patients. When a donated organ becomes available, the computer programme generates the compatibility (match) list for each organ. Four general principles are decisive for allocating an organ: the chance of successful transplantation outcome; the urgency of transplantation established by experts; the waiting time, and the so-called national organ transplant account balance (in the exchange of organs between countries). For more, see: [https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=about\\_brief](https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=about_brief)

*that a physician refuses any examination or treatment based on his/her non-approval of the patient's way of life" (Salihbegović, 2008: 43).*

## **5. Conclusion**

The contemporary world is characterised by dynamic development, permanent reviewing and changes of many values of previous generations. Moral principles are not exempted from change. With the development of science and technology, new methods of treatment are introduced, *inter alia*, organ transplantation and experimental interventions, which may jeopardise human dignity and integrity. Ethics has always been a companion of medical professionals, considering that knowledge without conscience and morality, particularly in medicine, may be counterproductive and may endanger personal and other rights of the patient. Therefore, it is necessary to set up precise ethical and legal frameworks of freedom for participants of numerous medical interventions, particularly when applying organ transplantation methods from live and deceased persons to the receiving patient for the purpose of treatment. Organ transplantation is based on the act of donation, which is an expression of human solidarity and humanity, and not purely a legal act of donation or sales and purchase.

Medical professionals and potential organ donors and organ recipients are confronted with numerous ethical and legal dilemmas. As its direct object is a person, his/her life, health and dignity, the medical profession has specific ethical rules, which are also subject to consideration under substantive and procedural law. These ethical rules must be legally shaped, not be left to the autonomy of will and conscientiousness of subjects during transplantation procedure.

The principles of organ transplantation provide the legal framework for legal regulations. In Serbian law, they are: *the principle of protection of interests and dignity* of the organ donor and the organ recipient (preservation of life and health of subjects, and respect for their personal rights have the priority); *the principle of voluntariness and charity* (donation of human organs is based on freely expressed will of fully informed organ donor and organ recipient on the benefits and possible risks; it is performed without compensation – as a gift); *the principle of medical justification and safety* (transplantation interventions are only performed if it is the most convenient method of treatment, in the way that decreases the risk for the recipient without jeopardising the organ donor's life); *the principle of equal availability of human organs* (prevention of discrimination and abuse regarding organ availability). Every person who is deemed to have a medically established need and medically justified reasons for human organ transplantation should have a prospect to receive a human organ on equal basis with others. In order to prevent any discrimination and possible abuse, the or-

gan recipient is entered into the national register of persons waiting for organ transplanation (waiting list).

Although an organ donation is based on a (donorship) contract, it is not a gift (*donatio*) in classic terms, due to the prevailing ethical elements of humanity, charity and solidarity. Therefore, it is important to set up the legal framework and principles which organ transplantation procedure is to be based on, and to regulate all the phases of this procedure in detail. Certainly, at the current level of ethical comprehension of life and death, the principle of charity should remain binding, as well as the prohibition of organ trafficking.

## References

Andrejić, Ana (2016). Stavovi o bioetičkim pitanjima u okviru srpske pravoslavne crkve u kontekstu pravoslavne bioetike, *Godišnjak za sociologiju Filozofskog fakulteta u Nišu*, br. XII/17, str. 23-45.

Diamond, J. Nicholas (2012). Is it Time to Reconsider the National Organ Transplant Act? Science Progress, posted 16.07.2012, available at: <https://www.scribd.com/document/339030243/Is-It-Time-to-Reconsider-the-National-Organ-Transplant-Act-Diamond-2012/>

Irinej, B. Episkop novosadski i bački, Ukratko o transplantaciji, Srpska pravoslavna crkva, (posted 26. 01 2011), available at: [http://spc.rs/sr/ukratko\\_o\\_transplantaciji](http://spc.rs/sr/ukratko_o_transplantaciji);

Ivančić-Kačer, B, (2012). Pravni promet ljudskim organima, *Pravni život*, br. 9, str.451-466.

Kaličanin, P. (1999). *Medicinska etika i medicinsko pravo*. Beograd: Institut za mentalno zdravlje.

Kandić-Popović, Zorica (1999). Pravna zaštita osnovnih ljudskih vrednosti u Centralnoj i Istočnoj Evropi i moderna biotehnologija, ka evropskoj harmonizaciji, Budimpešta; available at <http://docplayer.net/34196549-Pravna-zastita-osnovnih-ljudskih-vrednosti-u-centralnoj-i-istocnoj-evropi-i-moderna-biotehnologija-ka-evropskoj-harmonizaciji-zorica-kandic-popovic.html>,

Klajn-Tatić, V. (2007), Etička i pravna razmatranja donorstva *inter vivos*, *Pravni život*, br. 9, str.331-346.

Mujović-Zornić, H. (2013). *Donacija i transplantacija organa*. Beograd: Institut društvenih nauka, str.1-10.

Radišić, J. (2008). *Medicinsko pravo*. Beograd: Nomos.



Radolović, A. (2014). Pravni poslovi prava osobnosti, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. Vol. 35 Br. 1, str. 95-118.

Simonović, I. (2012). Bioetika i ljudske vrednosti – ostvarivanje i zaštita principa i prava pojedinaca u oblasti medicine. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. LXIII, str. 297-322.

Turčinović, Filip, Konvencija iz Ovijeda – Evropska povelja o bioetici, (2002) Vol. LIV, br. 1-2, br, 54, pp. 146-157; <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0025-8555/2002/0025-85550201008T.pdf>

Eurotransplant (in brief ): [https:// www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=about\\_brief](https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=about_brief); [https:// www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=pat\\_croatia](https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=pat_croatia)

#### Legal acts

CoE Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, ETS No.164, Council of Europe, Oviedo, 04/04/1997, available at: [https:// www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164)

Declaration on Organ Trafficking and Transplant Tourism (2008), the Transplantation Society (TTS) and the International Society of Nephrology (ISN), Istanbul, April 30 to May 2 2008, available at: [https:// www.declarationofistanbul.org/images/Policy\\_Documents/2008\\_Edition\\_of\\_the\\_Declaration\\_of\\_Istanbul\\_Final.pdf](https://www.declarationofistanbul.org/images/Policy_Documents/2008_Edition_of_the_Declaration_of_Istanbul_Final.pdf).

Directive 2010/45/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation, available at [https:// eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex:32010L0053](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex:32010L0053);

Geneva Declaration of the World Medical Association (1948), adopted at the 2<sup>nd</sup> General Assembly of the the World Medical Association, Geneva, Switzerland, ammended in 1968 and 1983; available at: [https:// www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-geneva/](https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-geneva/)

Helsinška deklaracija o etici u istraživanjima sa ljudima (The Helsinki Declaration on Ethical Principles in Medical Research involving Human Beings), prevod Jocić D., Krajnović D., Farmaceutski fakultet, Univerzitet u Beogradu, decembar 2009, available at <https://www.doccity.com/sr/helsinska-deklaracija-beleska-farmaceutsko-zakonodavstvo-i-etika-farmacija/368621/>;

International Code of Medical Ethics (1949), World Medical Association, available at <https://www.wma.net/policies-post/wma-international-code-of-medical-ethics>

Kodeks medicinske etike Lekarske komore Srbije (2016) (Code of Medical Ethics of the Serbian Medical Chamber), "*Sl. glasnik RS*", br. 104/2016; available at [https://www.paragraf.rs/propisi/kodeks\\_medicinske\\_etike\\_lekarske\\_komore\\_srbije.html](https://www.paragraf.rs/propisi/kodeks_medicinske_etike_lekarske_komore_srbije.html)

Konvencija ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i dopunskog protokola i Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom (UN Convention against Transnational Organized Crime and the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children), "*Službeni list SRJ*" - Međunarodni ugovori, br. 6/2001, [http://www.tuzilastvorz.org.rs/upload/Regulation/Document\\_sr/2016-05/konvencija\\_un\\_protiv\\_org\\_krim\\_lat.pdf](http://www.tuzilastvorz.org.rs/upload/Regulation/Document_sr/2016-05/konvencija_un_protiv_org_krim_lat.pdf)

Lisbon Declaration on the Rights of the Patient (1981) of the World Medical Association amended in 1995, revised in 2005; available at: <http://dl.med.or.jp/dl-med/wma/lisbon2005e.pdf>

Nirnberški kodeks iz 1947 (The Nuremberg Code, 1947), available at <https://history.nih.gov/research/downloads/nuremberg.pdf>;

Pravilnik o medicinskim kriterijumima, načinu i postupku utvrđivanja smrti lica čiji se deo tela može uzeti radi presađivanja (Rulebook on Medical Criteria and Procedure for Establishing Death of a potential organ donor), "*Službeni glasnik RS*", br. 31/2005.

Smernice dobre kliničke prakse u kliničkom istraživanju, (Good Clinical Practice Guidelines in Clinical Research), "*Službeni glasnik RS*", 2008/ br. 28. available at <http://www.vet.minpolj.gov.rs/legislativa/pravilnici/Smernice%20dobre%20klinicke%20prakse%20u%20klinickom%20ispitivanju.pdf>

The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights (2005), UNESCO/United Nations Educational, Scientific AND Cultural Organisation, UNESDOC Digital Library, available at <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180>

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima iz 1948 (Universal Declaration of Human Rights, 1948), available at <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/02/Univerzalna-deklaracija-o-ljudskim-pravima-1948.pdf>

Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, sačinjena u Ovieđu 4. aprila 1997 (Act on the Ratification of the

Convention of Human Rights and Biomedicine), "Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 12/2010

Zakon o presađivanju ljudskih organa u svrhu liječenja Republike Hrvatske (The Act on Transplantation of Human Body Parts for Medical Treatment Purposes), "Narodne novine", br. 144/ 2012, available at <https://www.zakon.hr/z/556/Zakon-o-presa%C4%91ivanju-ljudskih-organa-u-svrhu-lije%C4%8Denja>

Zakon o presađivanju ljudskih organa (Human Organs Transplantation Act), "Sl. glasnik RS ", 2018, br. 57, available at <https://www.paragraf.rs/propisi/zakon-o-presadjivanju-ljudskih-organa.html#>

**Dr Miroslav Lazić,**

Redovni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu

**Dr Ivana Simonović,** Docent

Pravnog fakulteta, Univerzitet u  
Nišu

## **NAČELA POSTUPKA PRESADIVANJA ORGANA**

### **Rezime**

*Načela postupka presađivanja organa moraju da ispune dva zahteva: zahtev humanosti, na kojoj počiva medicinska delatnost, i zahtev zaštite pacijenata i očuvanja ljudskih i ličnih prava svakog čoveka - za života i nakon njegove smrti. U srpskom pravu, za osnovna načela utvrđena su: zaštita interesa i dostojanstva davaoca i primaoca organa; dobrovoljnost; medicinska opravdanost i bezbednost, jednaka dostupnost ljudskih organa. Svako osoba sa medicinski utvrđenom potrebom i opravdanošću za presađivanjem ljudskog organa, trebalo bi da dobije jednake uslove za dobijanje ljudskog organa.*

**Ključne reči:** *transplantacija, saglasnost, etika, načela.*



**Marija Ampovska\*, LL.D.**

Assistant Professor,

Faculty of Law, Goce Delchev University in Shtip,

Republic of North Macedonia

pregledni naučni rad

10.5937/zrpfno-23577

UDK: 347.51:614.2(497.7)

614.2

Rad primljen: 14.10.2019.

Rad prihvaćen: 27.11.2019.

## **CIVIL LIABILITY IN MEDICINE IN THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA**

**Abstract:** *The Macedonian legal system does not contain special rules on the liability of medical institutions and medical staff for damage that is caused while providing health services. This implies that the general rules of civil liability, which can be found in the Macedonian Obligation Relations Act (ORA), apply to professional liability of physicians and medical institutions. The comparative law shows that the rules of contractual and non-contractual liability, fault and strict liability as well as vicarious liability can be applied in cases of medical liability. The aim of this paper is to present the existing rules on liability in the Macedonian legal system that may apply in cases of civil liability in medicine, as well as to present cases involving different kinds of liability and analyze the specific differences among them. A clear distinction among different types of liability is essential for deciding which liability rules apply in a particular case: the rules on contractual liability or non-contractual (tort) liability. The legal relationship between a patient and a physician is primarily a contractual relationship and, in these cases, a medical treatment contract is the legal ground of the patient's and the physicians' rights, duties and obligations. The application of the fault liability rules is predominant in comparative law but the mass usage of medical devices and the introduction of high technology into medicine in general have resulted in the tendency to increase the application of strict liability in practice. In this paper, the author addresses the following questions: which of these tendencies and cases are accepted in the Macedonian legal system, and under what conditions are they applied in the Macedonian legislation and in practice.*

**Keywords:** *civil liability in medicine, fault liability, strict liability, patient, physician, pecuniary damages, non-pecuniary damages.*

---

\* marija.ampovska@ugd.edu.mk

## 1. Introduction

Generally speaking, compensation for medical injury can take place in three ways: through the social insurance system including funds, through private insurers' schemes, and through the liability system (Dute, 2004: 474). The civil liability for damage in medicine is a relatively new institute, specially having in mind that the number of damage claims against doctors and medical institutions in the comparative law has significantly increased in the second half of 20<sup>th</sup> century. Legal scholars point out a few reasons that may explain the tendency of increased number of medical malpractice cases. The first reason is depersonalization of the doctor-patient relationship and its transformation in a pure business relation, as a result of the increased number of medical facilities and providers of health services (Klarić, 2003: 376). Other reasons that are postulated in legal theory are the excessive expectations of the patients as a result of the progress in both medicine and technology, the increased number of medical malpractice cases as a result of diagnostic error, inadequate or negligent treatment, and the existence of liability insurance for the doctor and the health institution (Klarić, 2003: 377).

## 2. Legal sources of civil liability in medicine

The legal provisions on health care and provision of healthcare services are contained in medical law. In legal literature, there are two definitions of the term *medical law*. In a narrow sense, medical law includes the legal provisions that regulate the relationships arising from performing medical activities. In a broad sense, medical law also includes the provisions regulating trade and prescription of medicines, provisions on professional liability insurance, and provisions on medicines and health supplies (Klarić, 2003: 378).

According to the narrow definition, the legal sources of medical law are diverse legal provisions that fall into different branches of law. In general, most of these provisions regulate the provision of health services. We may first refer to the Constitution of the Republic of North Macedonia because it contains a few provisions that can be classified as part of Macedonian medical law. Article 39 of the Constitution provides as follows: "*Every citizen is guaranteed the right to health care. Citizens have the right and duty to protect and promote their own health and the health of others.*"<sup>1</sup>

---

1 Article 39, Constitution of the Republic of N. Macedonia, available at [https://www.sobranie.mk/the-constitution-of-the-republic-of-macedonia-ns\\_article-constitution-of-the-republic-of-north-macedonia.nspix](https://www.sobranie.mk/the-constitution-of-the-republic-of-macedonia-ns_article-constitution-of-the-republic-of-north-macedonia.nspix)(accessed 17.08.2019)

Most of the provisions on health care and services are contained in the Health Protection Act (HPA).<sup>2</sup> Article 152 of this Act provides that the employees in the healthcare sector have ethical, professional and civil (material) liability, and that the health care institution is obliged to insure its employees against liability for damage that may be caused in the course of providing healthcare services. Article 152-a HPA states: “Healthcare workers and co-workers<sup>3</sup> shall be obliged, in the course of their operation, taking actions, and conduct, to apply and observe the principles and rules of conduct and operation determined by the Minister of Health by means of a protocol, pursuant to Article 27 paragraph (5) of this Law, for the purpose of ensuring application and observance of the principles of legality, professional integrity, efficiency, effectiveness and dedication in the performance of their official duties.” The Act further specifies that a healthcare worker/co-worker “shall be obliged to perform the works and duties conscientiously, professionally, efficiently, duly and timely in accordance with the Constitution, law and ratified international agreements”, that he/she is obliged “to do his/her work impartially, not to be guided by his/her personal financial interests, not to abuse the authorizations and the status of a healthcare worker, that is, a healthcare co-worker, and to protect the personal reputation and the reputation of the institution where he/she is employed”, and that professional chambers (the Doctors’ Chamber, the Dentists’ Chamber and the Pharmaceutical Chamber) “shall adopt a Code of Professional Ethical Duties and Rights” (Article 166 HPA).

According to Article 180 of the Health Protection Act, the healthcare worker and co-worker shall be personally liable for the performance of job-related duties and activities. Along with personal liability, this law also introduces disciplinary liability of healthcare workers and co-workers (Articles 181-193 HPA) and the civil (material) liability (Article 194 HPA). Within the scope of disciplinary liability, Article 186 (7) HPA provides a type of disciplinary offence designated as “causing

---

2 Health Protection Act, “*Official Gazette of the Republic of Macedonia*” nos. 43/2012, 145/2012, 87/2013, 164/2013, 39/2014, 43/2014, 132/2014, 188/2014, 10/2015, 61/2015, 154/2015, 192/2015, 17/2016, 37/2016 and 20/2019 and “*Official Gazette of the Republic of North Macedonia*” no. 101/2019.

3 These terms are defined in the Health Protection Act: “Healthcare worker“ is a person who provides health services in the delivery of a particular healthcare activity and is entered in the register of healthcare workers (doctor of medicine, doctor of dental medicine and pharmacist who holds a university degree or who have completed academic integrated studies with 300, that is, 360 ECTS in the field of medicine, dental medicine and pharmacy, healthcare workers with a two-year postsecondary school or higher vocational education or with 180 ECTS in the field of medicine, dental medicine and pharmacy) and healthcare workers who hold a high school degree’ (Article 15, point 7 HPA); “Healthcare co-worker“ is a person who holds a university degree and independently carries out particular activities within the healthcare activity in cooperation with the healthcare workers.” (Article 15, point 8 HPA).

greater material damage”, but the provision does not specify who the injured person is: the institution or a third person who is subject to medical services.

Article 194 HPA prescribes that a healthcare worker/co-worker “shall be liable for the damage he/she has caused at work or in relation with the work in the healthcare institution, intentionally or due to excessive negligence.” On the other hand, “if a healthcare worker/co-worker suffers damage at work or in relation with work, the healthcare institution shall be obliged to compensate the damage in accordance with the law” (Article 199 HPA). These provisions refer to the mutual relationship between the healthcare worker/co-worker and the healthcare institution.

The Act on Protection of Patients’ Rights,<sup>4</sup> adopted in 2008, is considered to be a milestone in the field of human rights related to patient care; it provides an excellent basis for the promotion of patients’ rights (Apostolska & Tozija, 2010: 19). Although it outlines the patients’ and providers’ rights and obligations, as well as the mechanisms for protection of these rights, there is lack of provisions regarding liability for damage caused by the health institution while providing health services.

However, given the fact that the activity of healthcare personnel is considered to be a professional activity, the standard of care in case of providing professional activity is regulated in the Obligation Relations Act (OR A)<sup>5</sup>: “*When performing an obligation relating to their professional activity, a party of the obligations shall be bound to act with increased standard of care, according to the professional rules and customs (standard of care of a good expert*” (Article 11 (2) OR A). In order to define the obligations of professionals, the Act uses the standard of care of a good expert. Professionals have a duty to exercise the level of care that a reasonably prudent person in their line of work would exercise. Naturally, the specifics of care depend upon the practice area. Any act or omission by a physician during the treatment of a patient that deviates from accepted norms of practice in the medical community and causes an injury is considered to be medical malpractice and ground of fault liability. A plaintiff must show that the physician deviated from the level of care of a reasonably prudent person in the same position. The standard of care in our law is set on objective bases, which means that the conduct of the professional is compared to the abstract reasonably prudent person

---

4 Zakon za zaštita na pravata na pacientite, (Act on Protection of Patients’ Rights) *Sl. vesnik na R Makedonija* br.82/2008, 12/2009, 53/2011, 150/2015; available at. <http://zdravstvo.gov.mk/zakon-za-zashtita-na-prava-na-pacienti/>(accessed 10.04.2019).

5 Zakon za obligacionite odnosi (Obligation Relations Act), *Sl. vesnik na R Makedonija* br. 18 od 5.03.2001 g.



in the same position. It is not compared to the personal characteristics of the professional.

The liability for damage caused during the performance of healthcare activity is also regulated by by-laws. For example, in this paper, we refer to the "Rulebook on immunoprophylaxis and chemoprophylaxis of persons subject to these measures, the manner of instituting these procedures, and keeping records and documentation"<sup>6</sup>, which the author came across in the analyzed case law.<sup>7</sup>

Ethical rules and medical profession rules are a significant segment of medical law. Although these rules rank lower than legal provisions in the hierarchy of legal norms, in some legal systems they are placed in the rank of legal rules. This is achieved by envisaging legal provisions which regulate that the inobservance of these rules will be subject to criminal and civil sanctions (Klarić, 2003: 379).

In the Macedonian legal system, there are general and specific principles that are the base for doctors' ethics. They are envisaged in the Macedonian Codex of Medical Deontology.<sup>8</sup> Regarding the relationship between the physician and the patient, the emphasis is on the duty of the physician to perform his professional duty conscientiously, precisely and responsibly, regardless of age, sex, religion, nationality, race, political affiliation, sexual orientation, disability and socio-economic status, and his personal attitude towards the sick and his family. The physician should consistently keep up with the achievements of medical science and the principles of professional conduct, and freely choose the method of treatment. When deciding on the treatment, one is obliged to rely on knowledge and conscience, and to be independent of various influences or inappropriate desires of patients, relatives and others (Article 19 of the Medical Deontology Codex).

### 3. Prerequisites of liability in the health care sector

As previously mentioned, apart from the liability mechanisms for compensation of damage, there are two models for compensation of damage: the social insurance system and the private insurers system. In these two models for compensation of damage, the central issue is whether the insurance conditions

---

6 Pravilnik za imunoprofilaksa, hemioprofilaksa, licata koi podležat na ovie merki, načinot na izveduvanje i vodenje na evidencija i dokumentacija, *Služben vesnik na Republika Makedonija* br 65/2010, available at <http://zdravstvo.gov.mk/wp-content/uploads/2012/12/imunizacija-pravilnik.pdf> (accessed 10.04.2019).

7 This Rulebook was used as as legal source in Decision of the Basic Court in Shtip P4-46/16 from 16.11.2018.

8 Kodeks na medicinska deontologija (Codex of Medical Deontology), Lekarska komora na Makedonija, adopted on 5 June 1992, Available at <http://www.lkm.org.mk/mk/zapis.asp?id=278>, (accessed 08.04.2019).

have been met; how the injury was caused is of little or no relevance. On the other hand, the situation is completely different when it comes to the liability model for compensation of damage in the healthcare system because this model entails that damage/injury can only be compensated if a person or institution can be shown to be liable; in general, it must be demonstrated that an error has been made and that the patient's injury was caused by that error (Dute, 2004: 480). In the text that follows, the mentioned prerequisites of liability will be elaborated, starting from defining the subjects in the liability model as a *conditio sine qua non* for every case of liability.

### **3.1. Subjects**

According to the Macedonian legal system, the healthcare activity is an activity of public interest "which ensures health protection and which covers measures, activities and procedures that, in accordance with the evidence-based medicine and with the use of health technology, are applied for maintenance and promotion of health, for prevention, early detection and eradication of diseases, injuries and other work and environment related health disorders, for timely and efficient treatment, as well as for health care and rehabilitation". Healthcare services are provided at primary, secondary and tertiary level of health protection, primarily provided by healthcare workers but particular activities may also be performed by healthcare co-workers who meet the requirements under the law (Article 12 HPA). The network of healthcare institutions provided and organized by the Republic of N. Macedonia comprises public and private healthcare institutions that perform the activity on the basis of a license (Article 28 (1) HPA).

The providers of healthcare services (license holders) are the legal entities that may appear as a party (the tortfeasor) in lawsuits involving liability of healthcare institutions. Liability issues may arise out of a number of different relations, involving a doctor and a patient, a doctor and a hospital, or a hospital and a manufacturer or seller of medical products (Wendehorst, 2004: 261).

Liability in the healthcare sector may be contractual and tortious liability, and it is very difficult to draw a strict borderline between the two. There are opinions in legal theory that these two categories "should not be seen in stark contrast to each other but as two opposite ends of liability based on fault which are connected by a chain of intermediate stages" (Koch & Koziol, 2004: 89) If we analyze the cases of liability through the prism of contract liability, the healthcare institution is one of the contract parties and it is liable under the contract liability rules. In cases of tortious liability, the legal tortfeasor is also the healthcare institution. The Macedonian tort law contains liability provision that is in fact a general provision governing "the third party liability of

the employer for damage caused by the employee during work or related to work, except in cases when the employer will prove that the employee acted according to the profession rules and practices (rules on vicarious liability)” (Article 157 (1) OR A). The vicarious liability does not require fault on the part of the liable party, who instead has to account for the misbehavior of another. We consider these provisions on vicarious liability to be applicable in the cases of liability in the healthcare sector, where the healthcare institution appears as an employer and the healthcare worker/coworker appears as an employee. In addition, there is a provision in Macedonian tort law that provides a legal opportunity for parallel liability of both the employer (healthcare institution) and the employee (healthcare worker/coworker) in cases where the damage was caused intentionally (Article 157 (2) OR A). The court practice in these cases shows that the plaintiffs often claim damages from the healthcare institution because the compensation is more likely to be awarded when the case involves an institution (rather than an individual). On the other hand, in cases where the employer has compensated the damage caused by the employee with intention or gross negligence, the employer is entitled to seek redress from the employee<sup>9</sup> with a limitation period of six months, starting from the day the compensation was paid (Article 157 (4) and (5) OR A).

In healthcare liability cases, the plaintiff is the patient himself. But, in case of the patient’s death or severe disability, the plaintiff may also be a family member (the patient’s spouse, children and parents). According to the Macedonian tort law, certain family members are entitled to a fair monetary compensation, which is determined by the competent court. The cycle of these family members is determined by the law; it primarily includes the patient’s spouse, children and parents but, in specific circumstances, it may also include the patient’s brothers and sisters, grandparents and grandchildren, as well as the patient’s extramarital partner, but only provided that there was a permanent life-long community between these persons and the deceased/ injured person (Article 190 OR A).

### **3.2. Wrongful act**

There is large number of activities that can result in causing damage to another person while providing healthcare services. These activities are regulated by the healthcare protection regulations, and the legal theory provides systematization on this matter (Klarić, 2003: 397).

The term healthcare malpractice was introduced in legal theory very early. It is known in the Roman law, where it had broader meaning and it incorporated inexperience, negligence and not providing help. The term *medical malpractice*

---

9 Similar regulation is part of the Croatian tort law. (See: Klarić, 2003:397).

was first introduced in the modern legal literature in the mid-20<sup>th</sup> century but, in this period, the term was not defined by legal theory and it was not part of the legislation. Rudolf Virchow was the first among scientists to try to define what medical malpractice is, pointing out that malpractice should be considered to be a failure to comply with accepted standards of medical practice due to lack of required duty of care (Knežić & Dabić, 2009: 162). Nowadays, there is no doubt that the legal nature of the term *medical error* is not primarily legal but, within the civil liability of a physician, it acquires a nature of civil delict (tort); thus, in conjunction with damage and fault (or irrespective of whether it exists), it results in liability for medical malpractice.

#### **4. The legal nature of the relationship between the healthcare provider and the patient**

The primary question to be answer regarding the legal nature of this relationship is if this relationship is of private or public nature. The prevailing standpoint in legal theory in developed countries is that the relationship between the doctor and the patient has the nature of private relationship or, to be more exact, it is civil law relationship (Knežić & Dabić, 2009: 48; Klarić, 2003: 383). Exception is encountered in the French law and in some of the Swiss canons, where the relationship between the health service user and public hospitals is considered to be a public-law relationship of an administrative-law nature. In these systems, the doctor is considered to be a public servant and, in cases involving damage compensation, there is administrative court jurisdiction (Klarić, 2003: 383).

The next question is whether it is a contractual or non-contractual relationship. The prevailing opinion in the legal doctrine is that in most cases this relationship is based on contract, but there are cases involving non-contractual relationship (e.g. emergency). There are some theories that *negotiorum gestio* (as a type of obligation) arises in these cases (Klarić, 2003: 384).

Another question concerns the legal nature of this contract as there are different classifications in legal theory. In the French law, this contract is known as a contract *sui generis*. In German, Austrian and Greece law, it is known as a service contract. In Swiss law, it is known as a contract of mandate (Radišić, 1992).

There is no doubt that it is an unnamed contract and it is not regulated with specific provisions within the legal systems. In Serbian legal literature, it is designated as a patient treatment contract, although it is also mentioned that treatment in a narrow sense is only one of many medical services and that the term does not include examination, diagnosis, cosmetic surgery, sterilization, termination of pregnancy, and others (Klarić, 2003: 384).

In German legal literature, it is designated as a contract of medical treatment. Only in the Dutch legal theory and Dutch Civil code this contract is found as a named contract – contract of medical treatment, and it is regulated with special provisions.<sup>10</sup>

The relationship between the patient and physician in the Turkish law is considered to be based on contract, classified as a contract of mandate that can be concluded as an oral or as a written contract between the patient and the physician (Özsunay, 2007: 355). The Turkish court practice also considers this contract to be a contract of mandate.<sup>11</sup> If the doctor made a medical intervention on a particular person in the absence of such a contract, then his actions would be considered as unlawful, harmful actions as one of the conditions for the occurrence of non-contractual liability (Unver, 2016: 61).

We can conclude that different legal systems and doctrines have different views on the legal nature of the contract. On the other hand, we can agree that the determination of the legal nature of an agreement can also be seen as a question that depends on the specifics of the case. In practice, this implies the following interpretation: in the contracts for providing specific health services, the content of the undertaken obligations has to be taken into account, especially the type and purpose of the health services. At the end, this means that different contracts for providing healthcare services could have different legal nature. Some of these contracts have been established in theory and in practice as special types of contracts (for example, the contract for making a dental prosthesis, performing a cosmetic surgery, laboratory examination, etc.). All of these contracts are in fact considered to be contracts for specific work because in all these cases the physicians are obliged to achieve a certain result (Klarić, 2003: 385).

The essential part of the content of every contract for healthcare services is the obligation laid down by the law that the medical intervention should be carried out according to the rules of the medical profession and the moral and ethical principles of the medical profession. A contract for medical treatment obligates the doctor to exercise reasonable and comprehensive professional care and skill, which is determined on the basis of objective standards of expert behavior. Medical practitioners are required to come up to the standard of a prudent and experienced specialist in their respective area of expertise, which is determined according to the state of science at the time the injurious behavior occurred (Koch & Koziol, 2004: 97). Every activity of the physician that is contrary to these

10 Article 446-468 of the Dutch Civil Code, Book 7 (special contracts).

11 Turkish Court of Cassation, Decision from 6 July 1964, E 964/37, K 40 according to Özsunay, E. (2007). Medical Liability and Liability of Health Institutions in Turkish Law, *European Journal of Health Law* 14, pp. 355.

rules and principles constitutes a breach of contract and a civil wrong (delict) at the same time. On the other hand, this creates legal bases for applying the rules of both contractual and tortious liability (Radišić, 1992:103).

Regarding the application of the liability rules to a certain case, the choice is made by the plaintiff himself. The plaintiff will determine which rules the claim for compensation will be based on. The legal doctrine points to the advantages of basing these requirements on the rules of tortious liability: longer periods of limitation, greater scope, the compensation for non-pecuniary damage through tortious liability rules in legal systems where non-pecuniary damage is not provided in the case of contractual liability, and other advantages (Klarić, 2003: 390).

Most scholars consider the tortious liability the most adequate type of liability in cases of liability in the medical sector, but the question to be addressed is whether fault liability or strict liability is a more appropriate base for the liability in the health sector.

In theory, the liability of the physician is always based on the fault of the doctor, and fault liability rules apply in every case, regardless of whether it is contractual or tortious liability (Radišić, 2007: 90). In the early case-law of the Yugoslav courts, there were court decisions in which medical activity was treated as a dangerous activity and the rules of strict liability were applied to cases of physicians' liability. This practice was interrupted by decisions of the Federal Court of Yugoslavia and the supreme courts of the republics and provinces (Radišić, 2007: 90). One of those decisions was made by the Supreme Court of Serbia, which states: *"A medical institution that performs medical interventions can only be held liable for the consequences of interventions that result from the unprofessional and careless or improper treatment performed by its employees, i.e. for consequences that may be attributed to the fault of doctors and other medical personnel for acts which were not in accordance with the rules of medical science."*<sup>12</sup>

In Croatian court practice, a decision by the Constitutional Court of the Republic of Croatia states: *"The hospital is liable for medical malpractice based on the principle of presumed fault, which means that the hospital must prove that the employee acted in accordance with the rules of the medical profession and that the damage did not occur because of the negligence of the physician performing the operation ..."*

---

12 Decision of the Supreme Court in Serbia, Rev.2066/80, of 14.01.1981, *Pravni život*, br. 11/1981, str.120-121, cited according to Radišić, J. (2007). *Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenta*. Beograd: Nomos Izdavačko preduzeće DOO, str. 91.

*The first-instance court incorrectly states that the liability of the medical institution for a medical malpractice is decided on the basis of the principle of proven fault.*<sup>13</sup>

In Macedonian law, the general provision regarding the standard of due care that the healthcare employee is obligated to provide to the patients is contained in the Obligations Act. As already mentioned, the patient-physician relationship is considered to be a professional relationship and the physician is obligated to act as a “good expert” in the field. The term good expert is a legal standard or a medical “standard of care”, and it entails the degree of care and skill of the average health care provider who practices in the provider’s specialty, considering the medical knowledge that is available in the field. The standard of care is typically based on the hypothetical practices of a reasonably competent health care professional in the same or similar community. This shows that the abstract concept of standard of care is accepted in the Macedonian law as well as in Macedonian legal theory, i.e. “...*the abstract rule that specifies what properties a person should have is more acceptable than considering what properties he personally possesses*” (Galev & Anastasovska, 2009: 679).

On the other hand, regarding the burden of proof for the physicians’ fault, the plaintiff has the burden of proof in cases he claims that the defendant (the physician) caused the damage with fault or gross negligence. In cases of ordinary negligence, the burden of proof rests with the defendant who has to show that the standard of care was met at that moment.<sup>14</sup>

Although it is common ground in jurisprudence and legal theory that indemnity liability in health care should be adjudicated on the principle of fault, there are also views that it is wrong to consider liability within health care activity solely through the application of fault liability rules, thus ruling out the possibility of applying the rules of strict liability (Crnić, 2009: 84).

We consider that our law provides a legal possibility to apply both grounds of liability. According to Macedonian law, strict liability is not regulated by the principle of numerous clauses but as liability arising from a dangerous object, or from carrying out a dangerous activity. One of the characteristics of this type of liability is the assumption of causality; namely, the damage arising from an object, movable or immovable, whose position, use, feature or its very existence present an increased risk of harm to the environment (dangerous object), or an activity that can be considered to present an increased risk of harm to the environment (hazardous activity), is assumed to originate from that object

---

13 Decision of the Constitutional Court of Croatia U-III -3002/2005 of 21.11.2007, cited according to Crnić I. (2009). *Odgovornost liječnika za štetu*. Zagreb: Organizator str. 84.

14 Article 145 (2and 3) of the Obligations Act.

or activity, unless it is proved that the cause of the damage lies in the plaintiff himself, in a third person, or that it occurred due to force majeure.

The theoretical standpoints in Macedonia appear to be in line with the established case-law. Namely, in the jurisprudence of Macedonian courts, we find that: *"When it is established that the cause of bodily harm to a juvenile plaintiff is the compulsory vaccine that the victim received at the health center, and the control is carried out by the Ministry of Health, solidarity liability for non-pecuniary damage incurred under the principle of strict liability exists in the person who applied the vaccine and in the person who controls the process."*<sup>15</sup> On the other hand, we have come across a new court decision on a similar case of vaccine-induced damage. In this case<sup>16</sup>, the judge found that the Ministry of Health *"... as a body that provides centralized supply of all vaccines in accordance with the mandatory and continuous immunization calendar and as a body that oversees the procurement and supply of vaccine health facilities and control over the legality and expertise of the work of the health organizations as well as the vaccination process itself, had not strict liability in the case."* This way the courts created a differing case law practice regarding joint and strict liability in cases of mandatory vaccination.

Based on the liability provisions provided in the Obligation Relations Act (OR A), the person liable for damage arising from dangerous object is the owner of the object, and the person liable for damage arising from dangerous activity is the operator (holder) of dangerous activity (Article 160 OR A). The rule on joint liability in the scope of the strict liability is contained in Article 163 (4) of the OR A, which states: *"If third person partially contributed to the arise of the damage, that person is liable to the plaintiff along with the owner of the dangerous object, and he has the obligation to compensate the damage in proportionate amount with his fault."*<sup>17</sup> Within strict liability, there are three bases of exoneration (Article 163 OR A):

1. Force majeure
2. Exclusive fault of the claimant
3. Partial exoneration of strict liability in cases of partial contribution of the claimant to the occurrence of damage.

---

15 Decision of the Court of Appeal in Stip, GZ. n. 358/2011 from 12.05.2011 and the Supreme Court of R.M. Rev. no. 879/201 of 3.05.2013 cited according to Bulletin No. 8 of Court of Appeal in Stip, June 2014.

16 Decision of the Basic Court in Stip, P4-46/2016 of 16.11.2018

17 The general rule on joint liability is contained in Article 195 of the Obligation Relations Act (OR A).



Legal literature emphasizes that there are medical, surgical or gynecological procedures that may cause harm to the health service user during regular medical procedures only because of their medical nature and procedures that may endanger one's life or health (Crnić, 2009: 93).

In the comparative case law we find what activity may be designated as a dangerous activity: *"An activity is considered to be increased danger only if by its regular course, by its very technical nature, or the manner in which it can be performed, it is endangering human health or property, so the endangering itself requires increased standard of care from the person performing the activity."*<sup>18</sup> In addition to such views, legal literature includes the decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, which states that strict liability is generally provided for all damage stemming from objects and activities with an increased risk to the environment and that in each particular case it is for the court to assess whether the object or activity associated with the damage was actually a dangerous object or a dangerous activity.<sup>19</sup>

## 5. Concluding remarks

Today, there are three established models for compensation of damage in the field of medicine: compensation through the social insurance system, compensation through private insurers' system, and compensation through the civil liability system. This article focused on the liability model for compensation under Macedonian law. This model comprises provisions on liability that are found in *lex specialis* referring to health law in our legal system. The analysis of the Health Protection Act has shown that there is lack of regulation regarding the civil liability of the healthcare institution and/or the healthcare workers/co-workers for the damage caused to third persons that use these health services.

The analysis of the Act on Protection of Patients' Rights showed that although it outlines the patients' and providers' rights and obligations, as well as the mechanisms for protection of these rights, there is also a lack of provisions regarding liability for damage caused by the health institution while providing health services.

In terms of theory and court practice, the provisions contained in the Obligations Act (as general tort law provisions) appear to be sufficient and they have been successfully used to regulate cases of medical malpractice. Although fault

---

18 Vs, Rev-298/88, of 13.10.1988. PSP-43/76, cited according to Crnić I. (2009). Odgovornost liječnika za štetu, Zagreb: Organizator, str. 94.

19 Decision of the Constitutional Court of Croatia U-III-1062/2005 od 15.11.2007, cited according to Crnić I. (2009). Odgovornost liječnika za štetu. Zagreb: Organizator, str. 94.

liability is primarily used as the legal ground for establishing liability in such cases, the analyses have shown that strict liability can also be the legal ground for determining the compensation for injuries or harm that occurred in the course of providing health care services.

We strongly believe that the established system for regulating medical malpractice will serve as an appropriate incentive to health care providers. In this way, liability rules serve their primary preventive function. But, we also recognize the reasons in favor of using strict liability rules, which are advocated by the legal doctrine and some judges in our legal system. These reasons are often motivated by the wish to provide full compensation for victims, especially in cases where the nature of the provided medical treatment or other kind of activity is dangerous and entails inherent risks.

## References

Apostolska, Z., & Tozija, F. (2010). *Annual national report 2010: Pensions, health and long-term care*. Skopje: Available at [http://www.socialprotection.eu/files\\_db/903/asisp\\_ANR10\\_FYR\\_Macedonia.pdf](http://www.socialprotection.eu/files_db/903/asisp_ANR10_FYR_Macedonia.pdf).

Crnić, I. (2009). *Odgovornost liječnika za štetu*. Zagreb: Organizator.

Dute, J. (200). A comparison of No-Fault Compensation Schemes. In J. Dute, M. Faure, & H. Koziol, *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (pp. 444-484). Vienna: Springer.

Klarić, P. (2003). *Odstetno pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Knežić, D. P., & Dabić, L. (2009). *Slobodne profesije –pravni aspekti*. Beograd: Institut za uporedno pravo.

Koch, B., & Koziol, H. eds (2004). Compensation in the health care sector. In *No-fault compensation in the health care sector* (pp. 89-120). Wien: Springer-Verlag/ Wien .

Özsunay, E. (2007). Medical Liability and liability of health institutions in Turkish law. *European Journal of health law* (pp. 355-367).

Radišić, J. (2007). *Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenta*. Beograd: Nomos Izdavačko preduzeće DOO.

Radišić, J. (1992). Pravna priroda odgovornosti medicinskih poslenika i njihov odnos sa pacijentima. *Pravni život, br. 11-12/1992* .

Unver, Y. (2016). The legal nature of doctor patient relationship in Turkish medical law. *Medicine, Law & Society* (pp. 59-71).

Wendehorst, C. (2004). Compensation in the German Health Care Sector. In *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*. Wien: Springer - Verlag/Wien.

Galev, G., & Anastasovska, J. D. (2009). *Obligaciono pravo*. Skopje: CEPPE.

#### Legal sources

Constitution of Republic of N. Macedonia, Assembly of the Republic of Macedonia, Skopje, 11 January 2019, available at [https://www.sobranie.mk/the-constitution-of-the-republic-of-macedonia-ns\\_article-constitution-of-the-republic-of-north-macedonia.nsp](https://www.sobranie.mk/the-constitution-of-the-republic-of-macedonia-ns_article-constitution-of-the-republic-of-north-macedonia.nsp)

Dutch Civil Code, Book 7 (Special contracts, Article 446-468), available at <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>, accessed 30.12.2019

Health Protection Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, no. 43/2012, 145/2012, 87/2013, 164/2013, 39/2014, 43/2014, 132/2014, 188/2014, 10/2015, 61/2015, 154/2015, 192/2015, 17/2016, 37/2016 and 20/2019 and "Official Gazette of the Republic of North Macedonia" no. 101/2019), available in English at <https://www.refworld.org/pdfid/54edef434.pdf>

Kodeks na medicinska deontologija (Codex of Medical Deontology), Lekarska komora na Makedonija, (1992), Available at <http://www.lkm.org.mk/mk/zapis.asp?id=278>, (accessed 08.04.2019).

Zakon za zaštita na pravata na pacientite, (Act on Protection of Patients' Rights), *Sl. vesnik na R Makedonija* br.82/2008, 12/2009, 53/2011, 150/2015; available at <http://zdravstvo.gov.mk/zakon-za-zashtita-na-prava-na-pacienti/> (accessed 10.04.2019).

Zakon za obligacionite odnosi (Obligation Relations Act), *Sl. vesnik na R Makedonija* br. 18 od 5.03.2001 g.

Pravilnik za imunoprofilaksa, hemioprofilaksa, licata koi podležat na ovie merki, načinot na izveduvanje i vodenje na evidencija i dokumentacija, *Služben vesnik na Republika Makedonija* br 65/2010, available at <http://zdravstvo.gov.mk/wp-content/uploads/2012/12/imunizacija-pravilnik.pdf> (accessed 10.04.2019).

#### Case law

Decision of the Basic Court in Shtip P4-46/16 of 16.11.2018.)

Decision of the Basic Court in Stip, P4-46/2016 of 16.11.2018

Decision of the Court of Appeal in Stip, GZ. n. 358/2011 of 12.05.2011, and Supreme Court of R.M. Rev. no. 879/201 of 3.05.2013

Decision of the Supreme Court of Serbia, Rev.2066/80 of 14.01.1981, *Pravni život*, br. 11/1981, str.120-121

Decision of the Constitutional Court of Croatia U-III -3002/2005 from 21.11.2007

Decision of the Constitutional Court of Croatia U-III-1062/2005 of 15.11.2007

Decision of the Constitutional Court of Croatia, Vs, Rev-298/88, of 13.10.1988. PSP-43/76 <https://hrcak.srce.hr> › file, accessed 30.12.2019

Turkish Court of Cassation, Decision from 6 July 1964, E 964/37, K 40

***Dr Marija Ampovska,***

*Docent Pravnog fakulteta,*

*Univerzitet Goce Delčev - Štip, Republika Severna Makedonija*

## **GRAĐANSKA ODGOVORNOST U MEDICINI U PRAVNOM SISTEMU REPUBLIKE MAKEDONIJE**

### **Rezime**

*Uporedno pravo ukazuje da se pravila o ugovornoj i vanugovornoj (odštetnoj) odgovornosti, odgovornosti za lekarsku gršku i objektivnoj odgovornosti, kao i odgovornosti za radnje drugih, mogu primeniti u slučajevima odgovornosti zdravstvenih ustanova i medicinskog osoblja. Cilj ovog rada je da predstavi postojeće zakonske odredbe o odgovornosti u makedonskom pravnom sistemu koje se mogu primeniti u slučajevima građanske odgovornosti u oblasti medicine, da analizira slučajeve koji uključuju različite vrste odgovornosti i prikaže razlike među njima. Utvrđivanje specifičnih razlika između različitih vrsta odgovornosti neophodno je u procesu odlučivanja o tome koja pravila važe u konkretnom slučaju: pravila o ugovornoj ili vanugovornoj odgovornosti. Pravni odnos između pacijenta i lekara je prvenstveno ugovorni odnos. U ovim slučajevima, ugovor o lečenju je osnov prava, dužnosti i obaveza kako pacijenta tako i lekara. U uporednom pravu preovladava primena pravila o odgovornosti za lekarsku grešku. Međutim, masovna upotreba medicinskih uređaja i uvođenje visoke tehnologije u medicinu doveli su do povećane primene objektivne odgovornosti u praksi. U ovom radu, autor nastoji da odgovori na sledeća pitanja: koje od ovih tendencija su prihvaćene u makedonskom pravnom sistemu, i pod kojim uslovima su primenjene u zakonodavstvu i praksi?*

*Makedonski pravni sistem ne sadrži posebna pravila o odgovornosti zdravstvenih ustanova i medicinskog osoblja za štetu nastalu prilikom*

*pružanja zdravstvenih usluga. Makedonsko medicinsko pravo je ograničeno u pogledu broja i obima odredaba o profesionalnoj odgovornosti lekara i zdravstvenih ustanova i naknadi štete nastale usled povrede ovih prava. U ovim slučajevima se primenjuju opšta pravila odštetnog prava, sadržana u makedonskom Zakonu o obligacionim odnosima (ZOO). Dominantna osnova odgovornosti u ovim slučajevima je odgovornost na osnovu krivice, koja počiva na lekarskoj grešci, kao posebnom preduslovu odgovornosti. Međutim, prema makedonskoj sudskoj praksi, odredbe o objektivnoj odgovornosti ili odgovornosti bez obzira na postojanje ili nepostojanje lekarske greške, takođe su priznate kao osnov za odgovornost.*

***Ključne reči:*** građanska odgovornost u medicini, greška, objektivna odgovornost, lekar, pacijent, materijalna šteta, nematerijalna šteta.



**Dr Aleksandra Jovanović,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Beogradu

originalni naučni rad  
10.5937/zrpfno-23418

UDK: 340.131:33(497.11)  
33

Rad primljen: 01.10.2019.  
Rad prihvaćen: 28.10.2019.

## **SRBIJA I EKONOMSKE IMPLIKACIJE VLADAVINE PRAVA\*\***

**Apstrakt:** *Vladavina prava ima par excellence političku i pravnu prirodu, ali i značajne ekonomske implikacije zbog kojih je opravdano govoriti o ekonomskom konceptu vladavine prava. Vladavina prava je predmet ispitivanja ekonomske analize prava i institucionalne ekonomije, pri čemu se koriste različiti metodološki pristupi u analizi njene složene i višedimenzionalne prirode. U radu se daje pregled pitanja i problema koji se pojavljuju u teorijskom okviru povezivanja vladavine prava i ekonomskog rasta. Takođe, u radu se diskutuje kako različite ekonomske paradigme vladavine prava utiču na način izgradnje vladavine prava i na moguće implikacije tih shvatanja na ekonomsku efikasnost, transakcione troškove, preduzetništvo, specijalizaciju, investicije i ekonomski rast.*

*Rad ukazuje na ekonomske posledice slabe vladavine prava u Srbiji i ispituje adekvatni teorijski okvir za istraživanje veze vladavine prava i indikatora ekonomskog uspeha u Srbiji. Nalazi domaćih i međunarodnih izveštaja o vladavini prava kontinuirano upućuju na problem slabe vladavine prava u Srbiji. Izveštaj Evropske komisije o napretku Srbije 2019, iako pohvaljuje napredak u određenim oblastima, još jedanput ističe slabost vladavine prava. Ovakav nalaz se odnosi na poglavlja 23 i 24, ali i na probleme uspostavljanja funkcionalne tržišne privrede, poslovnog okruženja i strukturne reforme. Ekonomske implikacije se manifestuju u investicijama nedovoljnim da pokriju višegodišnje podinvestiranje. Fiskalni savet RS, takođe, upućuje na problem vladavine prava koji je kao fundamentalni faktor doveo do zaostajanja privrednog rasta.*

**Ključne reči:** *vladavina prava, ekonomija vladavine prava, ekonomski rast, transakcioni troškovi, tržišna privreda, Srbija.*

---

\* sanja@ius.bg.ac.rs

\*\* Rad predstavlja istraživanje u okviru naučnoistraživačkog projekta „Identitetski preobražaj Srbije“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

## 1. Uvod

Vladavina prava ima *par excellence* političku i pravnu prirodu, ali i značajne ekonomske implikacije zbog kojih je opravdano govoriti o ekonomskom konceptu vladavine prava. Vladavina prava je predmet ispitivanja *ekonomske analize prava i institucionalne ekonomije*, pri čemu se koriste različiti metodološki pristupi u analizi njene složene i višedimenzionalne prirode. U radu se daje pregled pitanja i problema koji se pojavljuju u teorijskom okviru povezivanja vladavine prava i ekonomskog rasta. Takođe, u radu se diskutuje kako različite ekonomske paradigme vladavine prava utiču na način izgradnje vladavine prava i na moguće implikacije tih shvatanja na ekonomsku efikasnost, transakcione troškove, preduzetništvo, inovacije, specijalizaciju, investicije i ekonomski rast. Rad ukazuje na ekonomske posledice slabe vladavine prava u Srbiji i ispituje adekvatni teorijski okvir za istraživanje veze vladavine prava i indikatora ekonomskog uspeha u Srbiji.

*Ekonomija vladavine prava* je nastala zato što vladavina prava ima važnu ekonomsku funkciju da, čuvajući ekonomsku sferu od političkog uticaja, obezbedi političku, pravnu i ekonomsku stabilnost i predvidljivost, koje su neophodne pretpostavke zaštite svojinskih prava. Ekonomska uloga vladavine prava se naročito ogleda u ostvarivanju jednakosti svih ekonomskih subjekata (nezavisno od oblika svojine) pred zakonom, a posebno u ograničenju države u odnosu prema privatnim privrednim subjektima, jer taj odnos određuje distribuciju troškova i koristi. *Ekonomija vladavine prava* povezuje različite komponente vladavine prava (kvalitet i primena prava i regulatornog okvira, sudska nezavisnost, verovatnoća eksproprijacije, zaštita svojinskih prava i izvršenje ugovora) sa različitim aspektima ekonomske uspešnosti (efikasnost, ekonomski rast, investicije). Postojanje brojnih komponenti vladavine prava pred nas postavlja metodološko pitanje njihovog izbora i načina njihovog merenja. Ovakva istraživanja nam objašnjavaju zašto neke zemlje imaju snažan ekonomski rast, ali i zašto, kao izuzeci, postoje zemlje koje ostvaruju visoki rast uprkos narušenoj vladavini prava.

Posle uvodnih napomena, rad se u drugom delu bavi ekonomskom relevantnošću vladavine prava – uključuje ekonomski relevantne definicije i ekonomsku ulogu vladavine prava. Treći deo rada daje pregled teorijsko- metodoloških tumačenja ekonomskog koncepta vladavine prava, koja imaju različite praktične implikacije u izgradnji vladavine prava. Četvrti deo se bavi pregledom pitanja i problema u vezi sa konceptualizacijom teorijskog okvira koji ispituje vezu vladavine prava i ekonomskog rasta.



U petom delu su predstavljene ocene domaćih i međunarodnih izveštaja o vladavini prava u Srbiji, nakon kojih slede zaključna razmatranja.

## **2. Ekonomska relevantnost vladavine prava**

Vladavina prava je postala važna ekonomska tema jer ona predstavlja okvir u kome se manifestuju individualni ekonomski racionalni izbori i njima odgovarajući ekonomski efekti.

Vladavina prava je važno javno dobro koje nudi država. Njena funkcija je da formalizuje i održava zdravu institucionalnu strukturu privredne delatnosti. Vladavina prava ima intrinzičnu vrednost, koja se iskazuje kroz zaštitu i odbranu političkih i ekonomskih sloboda iz kojih izvire i kroz koje se manifestuje i kojima daje vrednost, ali ima i instrumentalnu vrednost, jer omogućava ostvarivanje ciljeva u različitim sferama društvenog života. Dakle, vladavina prava garantuje individualne, uključujući i ekonomske slobode, koje su osnova tržišnih procesa i ekonomskog rasta. Efikasne institucije, uključujući vladavinu prava, omogućavaju tržištu da ograniči predatorstvo i privatnih tržišnih subjekata i predatorstvo države, uspostavi poverenje i reputaciju učesnika, da prevazilazi problem neizvesnosti i asimetričnih informacija, da redukuje transakcione troškove, da poveća očekivanu vrednost prinosa od investicija i kao konsekvencu omogući rast i razvoj ekonomije. Pozitivne ekonomske implikacije vladavine prava na ekonomski rast se empirijski potvrđuju nezavisno od izvora ekonomskog rasta – akumulacije, povećanja efikasnosti, inovacija (Begović, Jovanović, 2018: 31).

### **2.1. Ekonomski koncept i ekonomska uloga vladavine prava**

Kao ekonomski koncept, za svrhe istraživanja veze vladavine prava i indikatora ekonomske uspešnosti, vladavina prava se može definisati u užem formalno-pravnom smislu kao zaštita svojinskih prava i ugovora, uz delovanje nezavisnog i efikasnog pravosuđa, što stvara pravni okvir za predvidljivo poslovanje. „U širem, sadržinskom smislu se vladavina prava tumači kao ustavna zaštita individualnih prava i sloboda, uključujući politička i građanska prava i demokratiju. Obe definicije vladavine prava, za zastupnike slobodnog tržišta, podrazumevaju da su supremacija zakona nad arbitrarnom vlašću, jednakost pred zakonom, kao i zakon i ustav, konsekvence individualnih prava, a ne njihov izvor“ (Jovanović, 2014a: 261).

Vladavina prava, pre svega, podrazumeva ograničenje i kontrolu vlasti. Pored političke i pravne dimenzije, vladavina prava ima i ekonomsku dimenziju jer ima značajne ekonomske implikacije. Ekonomska uloga vladavine prava jeste da razvede ekonomiju od politike, odnosno da isključi supremaciju politike nad ekonomijom. Ova supremacija je ključni razlog pravne nesigurnosti investitora i gubljenja njihovog podsticaja da investiraju. Ograničenje i kontrola vlasti se u ekonomskoj sferi, pre svega, iskazuju kroz zaštitu svojinskih prava i ugovora. Pravna infrastruktura, zajedno sa nezavisnim pravosudnim sistemom koji obezbeđuje efikasno rešavanje sporova, otklanja neizvesnost, daje predvidljivost i daje podsticaje za preduzetništvo, inovacije i investiranje. Empirijska istraživanja potvrđuju snažnu korelaciju između ekonomskih i pravosudnih institucija.

Uloga vladavine prava je da redukuje informacionu asimetriju i neizvesnost, podstakne poverenje, pravnu sigurnost, redukuje transakcione troškove, odnosno da omogući da pravni sistem internalizuje eksterne troškove. Suprotno, slaba vladavina prava stvara oportunitetne troškove zbog niže stope investicija i stvaranja prepreka kretanju resursa ka najprofitabilnijim upotrebama, kao i zbog neproaktivne upotrebe resursa (kriminal, korupcija). Prethodno je posledica visokih transakcionih troškova i promene ekonomskih podsticaja privrednih subjekata.

„Proizvodnja“, primena i održavanje vladavine prava, kao važnog javnog dobra, stvara troškove, pri čemu nivo i optimalan odnos pojedinih komponenti vladavine prava određuju visinu troškova. S druge strane, visoki su oportunitetni troškovi nepostojanja ili slabe vladavine prava. Oni se mere neželjenim ekonomskim efektima – propuštenom efikasnošću, gušenjem preduzetništva i specijalizacije, nedovoljnim investicijama, propuštenim ekonomskim rastom i razvojem. Vladavina prava je ekonomski značajna jer, čak i onda kada ne postoji ili kada je slaba, zakonito deluje na ekonomsko ponašanje, na rast i razvoj (Hunter, 2017).

### **3. Teorijsko-metodološka tumačenja vladavine prava i njihove praktične implikacije**

Složenost i višedimenzionalnost koncepta vladavine prava se iskazuje u izboru definicije vladavine prava, u oba hvatu njenih različitih dimenzija (političke, pravne, ekonomske), različitih komponenti (nezavisnost i efikasnost pravosuđa, kvalitet prava i regulatornog

okvira, zaštita svojine i ugovora, verovatnoća eksproprijacije, itd.) i njihovog ponderisanja i u izboru indikatora kojima se mere komponente vladavine prava. Takođe, složenost se ogleda i u različitim teorijsko-metodološkim tumačenjima vladavine prava, koja dovode do različitih ekonomsko-teorijskih i praktičnih implikacija. Naime, glavni tok istraživanja veze vladavine prava i indikatora ekonomske uspešnosti zasniva ekonomski koncept vladavine prava na ekonomskoj efikasnosti i smatra da ekonomska efikasnost (i ekonomski rast) predstavljaju najbolji argument za izgradnju vladavine prava. Ovakvo shvatanje prihvata da je predvidljivost i stabilnost pravila osnova koja daje podsticaje individualnom odlučivanju o investicijama. Ovako shvaćena vladavina prava (kao stabilnost i predvidljivost pravila) dozvoljava različite oblike ekonomskog intervencionizma uključujući i regulaciju (Colombatto, 2011: 133), odnosno omogućava da država čak i neopravdano prisvaja prinose od privatnih investicija u fizički i humani kapital. Ekonomska efikasnost postaje opravdanje za neopravdano prisvajanje i državnu intervenciju, pri čemu intervencija samo slučajno može da pogodi efikasno rešenje. Naglasimo da nije svaki ekonomski intervencionizam predatorstvo države, jer oporezivanjem, na primer, država nudi javna dobra, uključujući i vladavinu prava. Ekonomska argumentacija za uspostavljanje institucija vladavine prava počiva na različitim idejama: na neoklasičnom shvatanju vladavine prava, zasnovane na izgradnji regulisanog tržišta kojim se umanjuju transakcioni troškovi (pored efikasnosti kao cilja), na ideji klasičnog liberalizma o vladavini prava, zasnovanoj na društvenom ugovoru koji štiti individu u od države, na libertarijanskom shvatanju vladavine prava, zasnovanom na ekonomskim slobodama uz delovanje ograničene države i, na kraju, na socijaldemokratskom shvatanju vladavine prava, kao instrumentu za postizanje poželjnih društvenih ciljeva putem ekonomskog intervencionizma.

Navedeni ekonomski argumenti za uspostavljanje vladavine prava praktično-politički impliciraju različite načine izgradnje vladavine prava. Ovi načini se razlikuju po meri državne intervencije koju dozvoljavaju ili, drugačije rečeno, preko prostora koji otvaraju ekonomskim slobodama. Praktično, čak i protržišno orijentisani neoklasični pristup, zasnovan na shvatanju da je uloga vladavine prava da povećava efikasnost i redukuje transakcione troškove, daje argument za relativizaciju ekonomskih sloboda koje su nedeljive od vladavine prava, pa time daje i argument za relativizaciju vladavine prava. Ne treba zaboraviti da regulacija i intervencionizam nastaju

u procesima rentonosnog ponašanja različitih interesnih grupa i vode redistributivnim ishodima (Jovanović, A. 2014b: 167–168), koji, u konačnom rezultatu, umanjuju ekonomsku efikasnost, a vladavinu prava svode na instrument za postizanje efikasnosti ili nekog drugog cilja. Iz prethodno navedenih tumačenja vladavine prava i njihovih praktičnih implikacija, možemo da zaključimo da teorijsko-metodološki okvir za izgradnju vladavine prava koja podržava efikasnu privredu treba da počne od ekonomskih sloboda i da iz njih izvodi vladavinu prava, ekonomsku efikasnost i rast kao ciljeve kojima težimo (Jovanović, A. 2014a: 263).

#### **4. Teorijski okvir za ispitivanje veze vladavine prava i ekonomskog rasta: pregled pitanja i problema**

Poslednje dve decenije obeležava ekspanzija teorijskih i empirijskih istraživanja o vezi vladavine prava i ekonomskog rasta. Ekonomija vladavine prava ispituje ekonomske implikacije vladavine prava, pri čemu se suočava sa nizom pitanja – od različitih definicija vladavine prava, njenih različitih dimenzija, specifikacija komponenti i indikatora, njihovog ponderisanja, troškova izgradnje i optimalnog nivoa vladavine prava, kao i troškova nepostojanja i slabe vladavine prava.<sup>1</sup>

Multidimenzionalnost koncepta vladavine prava stvara problem uporedivosti nalaza empirijskih istraživanja i robusnosti rezultata dobijenih korišćenjem različitih komponenti. Ipak, istraživanja potvrđuju komplementarnu prirodu i povezanost različitih dimenzija/ komponenti vladavine prava, ali i osobenost pojedinih dimenzija/ komponenti u pogledu njihovog uticaja na ekonomski rast. Na primer, iako postoji povezanost indikatora svojinskih prava, ograničenja države i korupcije, stepen njihove povezanosti se razlikuje zavisno od uzorka zemalja odabranih prema ekonomskoj razvijenosti (Haggard, Brashear Tiede, 2011).

Brojna istraživanja – teorijska i empirijska – i njihovi nalazi upućuju da je potrebno da se u odgovarajućem teorijskom okviru specificiraju pojedinačne komponente vladavine prava kako bi se bolje objasnio mehanizam delovanja vladavine prava na ekonomski rast, a na osnovu kojih se mogu uputiti ekonomsko-političke preporuke. Upravo se ekspanzija interesovanja za ekonomsku dimenziju vladavine prava razvila u pravcu specificiranja njenih pojedinačnih komponenti koje su poslužile za empirijska istraživanja i formulisanje ekonomske politike.

---

1 Problem predstavlja i subjektivnost u oceni indikatora od strane eksperata, investitora i građana.

Takođe, neophodan je multidisciplinarni pristup, posebno u ispitivanju odnosa političkih i ekonomskih institucija, kao i uloge porekla pravnog sistema u kreiranju zdravih ekonomskih institucija koje podržavaju preduzetništvo i investicije. Ekonomska literatura se krajem XX i početkom XXI veka bavila pitanjem ekonomske superiornosti anglosaksonskog u odnosu na kontinentalno pravo (i vladavinu prava) (Jovanović, 2013: 196–204), a naročito pitanjem superiornosti anglosaksonskog prava u vezi sa razvojem finansijskih tržišta. Novije studije ne nalaze da *common law* bolje podržava ekonomski razvoj u odnosu na sistem kontinentalnog prava, ali potvrđuju da *common law* jeste zasnovan na odnosu individue i vlade/vlasti koji je orijentisan na rešavanje problema zahvaljujući čemu podstiče preduzetništvo i ekonomski rast (Nedzel, 2018). U empirijskoj literaturi su najviše ispitivani odnosi vladavine prava i razvoja finansijskih tržišta, pri čemu nalazi potvrđuju pozitivnu i signifikantnu vezu vladavine prava i razvoja tržišta kapitala (Dima, Barna, Nachescu, 2018).

Posebnu temu *ekonomije vladavine prava* predstavlja korelacija indikatora ekonomske uspešnosti sa vladavinom prava s obzirom na formalni i neformalni koncept vladavine prava. Naime, neprimenjivanje formalnih pravila dovodi do korupcije i raznih oblika državne zaštite „odabranih“ privrednih subjekata, što u velikoj meri može da podriva vladavinu prava i da dovede do redukovanja ekonomske efikasnosti i rasta. Kvalitet ekonomske politike i drugih javnih politika upravo zavisi od jaza koji postoji između formalnih pravila i stepena njihove primene, kao i od uticaja koji na ovaj jaz imaju neformalna pravila (običaji i društvene prakse ekonomskih i političkih aktera). Najvažnije za ekonomski rast, u vezi sa odnosom formalnih i neformalnih pravila, jeste pitanje primene formalnih pravila, odnosno pitanje odstupanja normativnog od stvarnog, što je posledica takozvanog „mekog pravnog ograničenja“.<sup>2</sup> Dakle, ekonomija vladavine prava potvrđuje da je važnija primena prava nego kvalitet prava, odnosno da je *de facto* vladavina prava značajnija od *de iure* vladavine prava. Zato pravna harmonizacija i uvođenje ekonomski zdravih institucija (pravila), koje podržavaju ekonomsku efikasnost, nije samo tehničko pitanje. To nije dovoljan uslov za ekonomski rast, jer je i dosledna primena prava potreban uslov ekonomskog rasta.

---

2 Bihevioristička ekonomija ispituje individualno ponašanje ekonomskih aktera s obzirom na nesklad formalnih i neformalnih institucija.

Vladavina prava i njena veza sa ekonomskim rastom se najčešće smešta u metodološki okvir škole svojinskih prava. Ispituje se, naime, korelacija između ekonomskog rasta i ustavnog i zakonskog ograničenja vlasti uz nezavisno sudstvo, koji sprečavaju predatorstvo države i omogućavaju ekonomske slobode. Takođe, veza vladavine prava i ekonomskog rasta se ispituje i u drugom teorijskom okviru – koji polazi od slabe države koja ne može da održi pravni poredak što ograničava ekonomski rast.

U uslovima globalizovane ekonomije, vladavina prava demonstrira snažnu korelaciju sa ekonomskim rastom (Lisitsyn-Svetlanov, Mal'ko, Afanas'ev, 2018) i može da objasni međudržavne razlike u ekonomskoj razvijenosti. Jedan broj istraživanja nastoji da objasni kako je moguće da neke zemlje, poput Kine, ostvaruju visoke stope ekonomskog rasta u uslovima slabe/nepostojeće vladavine prava. Neki autori vide objašnjenje ekonomskog rasta Kine u specifičnom političkom fokusu vlade na pravni sistem koji podržava nacionalni ekonomski prosperitet i neutrališe diferencirane interese u društvu. Prethodni mehanizam shvataju kao supstituciju vladavine prava i način da obezbede legitimizaciju vlasti (Mazur, Ursu, 2017). Takođe, i druga istraživanja nalaze da kinesko iskustvo ne vodi zaključku da su institucije i vladavina prava nevažni za ekonomski razvoj (Dam, 2006). Ekonomski rast i razvoj se mogu privremeno ostvariti i uz slabu/nepostojeću vladavinu prava, zahvaljujući socijalnim strukturama – porodične i prijateljske veze – koje mogu uspostaviti poverenje nezavisno od vladavine prava ili zahvaljujući centralizovanom upravljanju (Bufford, 2006). Zanimljivo je da nalazi empirijskih istraživanja pokazuju da je veza vladavine prava i ekonomskog rasta snažnija u ekonomski razvijenim zemljama nego u zemljama u razvoju (Ozpolat, Guven, Ozsoy, Bahar, 2016).

#### ***4.1. Političke i ekonomske institucije i vladavina prava***

Snažna je i složena veza vladavine prava i ekonomskog rasta. Za ovu vezu je posebno važno pitanje političkih institucija koje podržavaju vladavinu prava kao neophodni stub ekonomskog rasta. Tržišna ekonomija zahteva jasna, stabilna i predvidljiva pravila za poslovanje, kao i političku odgovornost uz nisku korupciju. Dakle, ona počiva na ekonomskim slobodama, zdravim institucijama (političkim i ekonomskim pravilima igre), uključujući i vladavinu prava.

Suštinsko obeležje vladavine prava je politička i pravna ideja o ograničenju vlasti kako bi se ograničilo rentonosno ponašanje. Naime, problem zaštite svojinskih prava i ugovora je u ekonomskoj literaturi

najčešće povezan sa ograničenjem vlasti i nezavisnošću pravosuđa, a predatorstvo javnog sektora se vidi kao ključni faktor koji deluje na smanjenje ekonomskog rasta. Zato je važno ispitati vezu političkih institucija i načina praktično-političke operacionalizacije koncepta vladavine prava. U društvu bez vladavine prava, predatorstvo (od strane privatnog ili javnog sektora) u smislu eksproprijacije prinosa od investiranja postaje nekažnjeno ponašanje, koje redukuje podsticaje ekonomskih subjekata da investiraju, pa time redukuje i ekonomski rast. Preduzetništvo i ekonomska aktivnost tada postaju neisplativi. Stvaraju se specijalne interesne grupe koje ovladavaju državom i koje, braneći svoje privilegije, ne dopuštaju institucionalne promene.

Političke institucije (pravila igre), kao manifestacija društvenih interesnih grupa, po nekim autorima, imaju preovlađujući značaj za izgradnju ekonomskih institucija, dakle i za ekonomski prosperitet. U tom smislu, izgradnja vladavine prava postaje stalno prisutan zadatak demokratske vlasti koja gradi inkluzivne ekonomske institucije konkurentne privrede, tako da sprečava predatorstvo, odnosno sprečava redistribuciju prinosa od investicija u korist privilegovanih interesnih grupa (Acemoglu, Robinson, 2012).

Vladavina prava se gradi strukturnim reformama, odnosno reformama koje određuju način na koji država interveniše u ekonomskoj sferi. One podrazumevaju podršku tržišnoj orijentaciji privrede. U ovom procesu je značajna uloga političkih institucija koje podrškom zdravom pravnom i regulatornom okviru i „čvrstom pravnom ograničenju“ omogućavaju odvajanje politike od ekonomije, tako da ekonomske institucije podstaknu poverenje između ekonomskih subjekata i države i ekonomskih subjekata međusobno, da smanjuju rizik i da smanjuju transakcione troškove (smanjenje korupcije i rentonosnog ponašanja, odnosno ponašanja kojim se zaobilaze pravila) kako bi se povećao nivo investicija i ekonomski rast. Suprotno, neproductivno trošenje (visoke subvencije koje diskriminišu investitore, neproductivno zapošljavanje, neefikasnosti javnih preduzeća, itd.) se redukuje.

## **5. Srbija i ekonomske implikacije vladavine prava**

Uprkos deklarativnom opredeljenju i formalnom usvajanju principa vladavine prava i uprkos institucionalnim poboljšanjima, međunarodni i domaći izveštaji i istraživanja zaključuju da je u Srbiji slaba vladavina prava. Ova konstatacija stoji nezavisno od konceptualnog definisanja dimenzija i aspekata vladavine prava (u različitim izveštajima i

studijama), i nezavisno od odabira indikatora za njenu kvantifikaciju i koreliranje sa ekonomskim rastom i drugim indikatorima ekonomske uspešnosti.

Ocene o ekonomskim implikacijama vladavine prava u Srbiji i svetu koje nalazimo u domaćim i stranim izveštajima naglašavaju nedovoljne stope investicija usled problema slabe zaštite svojinskih prava i ugovora, usled problema u radu pravosudnih institucija, nejasnih regulatornih pravila, nestabilnog poslovnog okruženja (trajanje procedura i obimna administracija za poslovne dozvole), nedosledne primene prava (poreska amnestija), lošeg upravljanja javnim preduzećima, nereformisane državne administracije, visokih subvencija i poreza i drugo.

### **5.1. Fiskalni savet Srbije: trošak slabe vladavine prava**

Ekonometrijski nalazi Fiskalnog saveta Republike Srbije pokazuju da je odstupanje stvarne od potencijalne stope privrednog rasta Srbije korelirano sa slabim institucijama, i to pre svega sa slabom vladavinom prava i korupcijom, niskim investicijama i lošim kvalitetom obrazovnog sistema (Petrović, Brčerević, Gligorić, 2019: 2).<sup>3</sup> Nedovoljan nivo investiranja, posebno privatnih investicija je, prema nalazima studije, nastao usled slabe vladavine prava i visoke korupcije. Autori zaključuju da jedan procentni poen zaostajanja stvarnog od potencijalnog rasta može da se objasni fundamentalnim razlozima – slabom vladavinom prava i visokom korupcijom, a drugi deo zaostajanja može da se objasni niskim investicijama i kvalitetom obrazovnog sistema. U poređenju sa zemljama Centralne i Istočne Evrope, BDP po stanovniku Srbije je sa 62%, početkom decenije, pao na manje od 55% proseka CIE u 2017. godini, odnosno trećinu razvijenih zemalja Zapadne Evrope. Ekonometrijski nalazi pokazuju da je uticaj poslovnog ambijenta, vladavine prava i korupcije na veličinu privatnih investicija na uzorku zemalja EU statistički značajan, odnosno vladavina prava direktno utiče na privredni rast i dodatno ubrzava ekonomski rast putem uticaja na povećanje privatnih investicija (Petrović et al., 2019: 4). „Rezultat koji smo dobili veoma je indikativan jer ukazuje na to da su smanjenje korupcije i povećanje nivoa vladavine prava fundamentalan kanal preko kog Vlada može da utiče na ubrzanje privrednog rasta“ (Petrović et al., 2019: 18).

Međunarodni izveštaji i studije, takođe, potvrđuju slabu vladavinu prava u Srbiji, naročito u poređenju sa EU prosekom, sa susednim

---

3 Autori zaključuju da privreda Srbije raste po stopi nešto većoj od 3% umesto potencijalnih 5%.



zemljama – Bugarskom, Mađarskom Rumunijom i Hrvatskom i u odnosu na neke zemlje Zapadnog Balkana.<sup>4</sup> Reč je o izveštajima koji na godišnjem nivou kvantifikuju institucionalni napredak, koriste različitu metodologiju i različite mnogobrojne indikatore kojima aproksimiraju i mere vladavinu prava (i druge institucionalne karakteristike) u svetu i Srbiji i povezuju ih, direktno ili indirektno, sa indikatorima ekonomskog uspeha.

Nezavisno od izabranih indikatora vladavine prava i metodoloških problema u vezi sa izborom indikatora, navedene studije Srbiju komparativno svrstavaju u zemlje sa slabom vladavinom prava (Begović, Jovanović, 2014: 36–40).

## **5.2. EU Izveštaj o napretku Srbije**

Komisija EU preduzima mere snaženja vladavine prava jer je vladavina prava jedno od bitnih vrednosnih i identitetskih obeležja na kojima počiva EU. Izazovi vladavini prava sa kojima se poslednjih godina suočava EU su doveli do inicijative koja se oslanja na tri stuba: promociji kulture vladavine prava, prevenciji mogućih problema i efikasnom reagovanju na kršenje vladavine prava.<sup>5</sup>

Godišnjim izveštajima o napretku Srbije, Komisija EU prati ispunjavanje političkih, ekonomskih i kriterijuma pravne harmonizacije za EU pridruživanje Srbije. Ocene u prethodnim, pa i poslednjem Izveštaju o napretku Srbije iz 2019. godine, pokazuju da Srbija ostvaruje napredak, ali Komisija u pogledu ključne ocene o vladavini prava ukazuje na slabost različitih dimenzija i komponenti vladavine prava, povezući ih sa različitim kriterijumima (političkim, pravnim, ekonomskim)

---

4 Ocena vladavine prava se može pratiti i u sledećim izveštajima:

World Bank Group. World Governance Indicators (WGI). Preuzeto 15. 09. 2019. <http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home>;

World Bank Group. Doing Business. Preuzeto 15. 09. 2019. [https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report\\_web-version.pdf](https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf).

Heritage Foundation. Index of Economic Freedom. Preuzeto 15. 09. 2019. <https://www.heritage.org/index/>;

Fraser Institute. Economic Freedom of the World. Preuzeto 15. 09. 2019. <https://www.fraserinstitute.org/studies/economic-freedom-of-the-world-2019-annual-report>.

5 Eurobarometer anketa pokazuje da više od 80% EU građana pripisuje veliki značaj vladavini prava i potrebi da se unapredi. European Commission. Strengthening the Rule of Law Through Increased Awareness, Annual Monitoring Cycle and More Effective Enforcement. Preuzeto 17. 06. 2019. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_4169](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4169).

pristupanja<sup>6</sup>. Tako, bez pretenzija da navedem sve dimenzije i njihove komponente koje se direktno ili indirektno mogu podvesti pod vladavinu prava, navodim samo neke. Primera radi, politička dimenzija vladavine prava može da se posmatra na osnovu sledećih ocena iz Izveštaja: problem postojanja uslova za fer i slobodne izbore, problem zakonodavne debate i parlamentarnog nadzora nad izvršnom vlašću, što narušava princip podele vlasti, problem reforme javne administracije i političkog uticaja na postavljanje zvaničnika, problem upravljanja javnim finansijama itd. Zatim, sudski sistem, po oceni iz Izveštaja, pokazuje progres koji je vidljiv u redukciji starih predmeta izvršenja i u nastavku primene mera za harmonizaciju sudske prakse. Prema podacima Vrhovnog kasacionog suda, u Srbiji je na kraju 2018. godine bilo nerešeno 1.701.580 predmeta, od kojih je 194.864 (plus 40 u Privrednom apelacionom sudu i 216 u privrednim sudovima) bilo starije od deset godina (Republika Srbija Vrhovni kasacioni sud, 2019: 12 i 27). Iako se navodi da je u toku proces ustavnih promena kojima bi se uveli EU standardi za pravosudni sistem i izbor sudija i tužilaca, zaključak je: „Trenutno, prostor za politički uticaj ostaje predmet zabrinutosti“ (EU Commission, 2019: 3). Ograničeni su i rezultati antikorupcijskih reformi, pa su i oni predmet zabrinutosti jer nema njihovog merljivog efekta. Zaključak je da korupcija značajna u mnogim oblastima. Ekonomski deo krivičnog zakonodavstva se gradi, ali problem je u njegovoj primeni, odnosno u malom broju izrečenih osuđujućih presuda.

Kao i svake godine, u odnosu na ekonomske kriterijume, Izveštaj pripisuje Srbiji umeren progres i umerenu pripremljenost za razvijanje funkcionalne tržišne privrede, a što se tiče vladavine prava ocena je sledeća: „Država zadržava snažan trag u ekonomiji i privatni sektor je nerazvijen i opterećen slabom vladavinom prava i primenom fer konkurencije“ (EU Commission, 2019: 4). Ocenjuje se da je inflacija obuzdana, pohvaljuje se fiskalna konsolidacija i stabilnost finansijskog sektora, konstatuje se da je delovanje tržišta rada poboljšano, da sporo napreduju strukturne reforme javne administracije i državnih preduzeća, što produžava dugoročne neefikasnosti, i da se sporo menjaju slabe strane upravljanja budžetom. Srbija je umereno pripremljena za konkurentske pritiske i tržišne snage u EU, a ekonomska integracija sa EU ostaje

---

6 European Commission. Brussels. (2019). 25. 05. 2019. SWD (2019) 2019 final. Commission Staff Working Document Serbia 2019 Report. Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee of the Regions. 2019 Communication on EU Enlargement Policy {COM(2019) 260 final}. 3. Preuzeto 30. 06. 2019. <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20190529-serbia-report.pdf>.

visoka. Investicije rastu, ali su posle višegodišnjeg podinvestiranja nedovoljne da pokriju investiciono zaostajanje. Brojna su iskušenja za srednji i mali biznis, uključujući nestalno poslovno okruženje i nefer konkurenciju. Izveštaj naglašava i problem državne pomoći, što se poklapa sa ocenom privrednika da državne subvencije najviše privlače strani kapital.<sup>7</sup>

## 6. Zaključna razmatranja

Uobičajeno zaključujemo da su potrebna nova teorijska istraživanja koja doprinose konceptualnoj jasnoći i specifikaciji vladavine prava, kao i nova empirijska istraživanja koja dodatno objašnjavaju mehanizam uspostavljanja veze vladavine prava i ekonomskog rasta.

Vladavina prava je integralni koncept koji u pravnim, političkim i ekonomskim istraživanjima dobija sve više prostora zbog svog značaja za oblikovanje našeg socijalnog, političkog i ekonomskog života. Postojanje važnih ekonomskih implikacija vladavine prava, stavlja vladavinu prava u fokus istraživanja različitih ekonomskih škola. Ekonomske škole (klasični liberalizam, neoliberalizam i libertarijanizam, ekonomija blagostanja) različito tumače vladavinu prava i preporučuju različite načine za izgradnju vladavine prava, pa i nekritički conceptualizuju ideju vladavine prava, tako da je moguće da postane instrument za postizanje bilo kakvog, pa i neželjenog, cilja, i da pre svega uruši ekonomske slobode i sa njima tržište. Iz navedenih tumačenja vladavine prava i njihovih praktičnih implikacija, možemo da zaključimo da teorijsko-metodološki okvir za izgradnju vladavine prava koja podržava efikasnu privredu treba da pođe od ekonomskih sloboda i da iz njih izvodi vladavinu prava, ekonomsku efikasnost i rast.

Vladavina prava se gradi strukturnim reformama, odnosno reformama koje određuju način na koji država interveniše u ekonomskoj sferi, i koje podrazumevaju podršku tržišnoj orijentaciji privrede. U ovom procesu je značajna uloga političkih institucija, koje podrškom zdravom pravnom i regulatornom okviru i „čvrstom pravnom ograničenju“ omogućavaju odvajanje politike od ekonomije, tako da ekonomske institucije podstaknu

---

<sup>7</sup> U Ministarstvu privrede, pozivajući se na analizu efekata s ubvencija kroz visinu naplaćenih poreza i doprinosa i drugih javnih prihoda, broj novih radnih mesta, angažovanje domaćih dobavljača i kretanje izvoza, tvrde da netržišna mera s ubvencioniranja stranih investitora predstavlja ekonomsk u kategoriju. Subvencioniranje ne može biti zamena za zdravo poslovno okru ženje koje privlači i domaće i strane investicije. Preuzeto 22. 07. 2019. [https://www.blic.rs/biznis/vesti/svakog-meseca-300-miliona-evra-strani-investitori-ur srbiju-dolaze-zbog-ovih-osam/kbt1qfv](https://www.blic.rs/biznis/vesti/svakog-meseca-300-miliona-evra-strani-investitori-ur Srbiju-dolaze-zbog-ovih-osam/kbt1qfv).

poverenje između ekonomskih subjekata i države i ekonomskih subjekata međusobno, da smanjuju rizik i da smanjuju transakcione troškove (smanjenje korupcije i rentonosnog ponašanja, odnosno ponašanja kojim se zaobilaze pravila), kako bi se povećao nivo investicija i ekonomski rast. Suprotno, neproduktivno trošenje (visoke subvencije koje diskriminiraju investitore, neproduktivno zapošljavanje, neefikasnosti javnih preduzeća, itd.) se redukuje.

Nalazi domaćih i međunarodnih izveštaja o vladavini prava kontinuirano upućuju na problem slabe vladavine prava u Srbiji. Izveštaj Evropske komisije o napretku Srbije 2019, iako pohvaljuje napredak u određenim oblastima, još jedanput ističe slabost vladavine prava. Ovakav nalaz se odnosi na poglavlja 23 i 24, ali i na probleme uspostavljanja funkcionalne tržišne privrede, poslovnog okruženja i strukturne reforme. Fiskalni savet RS, takođe, upućuje na problem vladavine prava, koji je kao fundamentalni faktor, prema ekonometrijskom istraživanju, doveo do zaostajanja privrednog rasta.

### Literatura/References

Acemoglu, D., Robinson, J. A. (2012). *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*. New York: Crown Publishers.

Begović, B., Jovanović, A. (2018). Institucije i privredni rast – pogled iz pravnoekonomskog ugla, Praščević, A. (Prir.). *Ekonomska politika Srbije u 2018. godini – Kvalitet institucija i ekonomski rast*. Beograd: Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu. 25–47.

Bufford, S. (2006). International Rule of Law and Market Economy – An Outline, *Penn State Law eLibrary*. [https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1161&context=fac\\_works](https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1161&context=fac_works)

Dam, K.W. (2006). China as a Test Case: Is the Rule of Law Essential for Economic Growth? *Chicago Law & Economics Olin Working Paper*. 275. Preuzeto 10. 02. 2019. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.880125>

Dima, B. Barna, F. Nachescu, M. L. (2018). Does Rule of Law Support the Capital Market?. *Economic Research*. 1(Vol. 31). 461–479. Preuzeto 25. 01. 2019. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1331677X.2018.1432371>

European Commission. Brussels. (2019). 25. 05. 2019. SWD (2019) 2019 final. Commission Staff Working Document Serbia 2019 Report. Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee of the Regions. 2019

Communication on EU Enlargement Policy {COM(2019) 260 final}. Preuzeto 30. 06. 2019. <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20190529-serbia-report.pdf>

European Commission. *Strengthening the Rule of Law Through Increased Awareness, Annual Monitoring Cycle and More Effective Enforcement*. Preuzeto 17. 06. 2019. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_4169](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4169)

Jovanović, A. (2014a). Problem tranzicije u Srbiji: Pravna sigurnost i vladavina prava u odbrani tržišnog rešenja i ekonomskih sloboda, U Vasić, R. (Prir.). *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo i informisanje, 257–271.

Jovanović, A. (2014b). Vladavina tržišta, vladavina prava i (anti) liberalizam. U Vukotić. V. (Prir.). *(Anti)liberalizam i ekonomija*. Beograd: Institut društvenih nauka – Centar za ekonomska istraživanja, Beograd. 164–174.

Jovanović, A. (2013). The Legal Origin, Economic Freedom and Economic Crisis. Jovanović, A., Madzar, Lj. (Eds.). *Law, Rules and Economic Performance*. Belgrade: Publication Center of the University of Belgrade Faculty of Law and Dosije. 194–214.

Lisitsyn-Svetlanov, A. G., Mal'ko, A. V., Afanas'ev, S. F. (2018). The Rule of Law As a Factor of Economic Development. *Herald of the Russian Academy of Sciences*. 2(Vol. 88). 119–126. Preuzeto 25. 12. 2018. <https://link.springer.com/article/10.1134%2FS1019331618020028>

Mazur, J. Ursu, A. E. (2017). China's Disinterested Government and the Rule of Law. *Asia & the Pacific Policy Studies*, 2(Vol. 4). Preuzeto 25. 12. 2018. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/app5.176>

Nedzel, N. E. (2018). The International Rule of Law and Economic Development. *Washington University Global Studies Law Review*. 2(Vol.17). 447–501. Preuzeto 25. 03. 2019. [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_globalstudies/vol17/iss2/9/](https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol17/iss2/9/)

Ozpolat, A. Guven, G. G. Ozsoy, F. N. Bahar, A. (2016). Does the Rule of Law Affect Economic Growth Positively?. *Research in World Economy*. 1(Vol.7). 107–117. Preuzeto 25. 12. 2019. file://C:/Users/Pravni/AppData/Local/Temp/9778-32655-1-SM.pdf

Petrović, P., Brčerević, D., Gligorić, M. (2019). *Zašto privredni rast Srbije zaostaje?*. Radni dokument 19/01, Beograd: Fiskalni savet Srbije. Preuzeto 20. 05. 2019. <http://www.fiskalnisavet.rs/doc/istrazivacki-radovi/>

FS-Radni-dokument-2019-01.pdf Preuzeto 22. 07. 2019. <https://www.blic.rs/bi-znis/vesti/svakog-meseca-300-miliona-evra-strani-investitoriu-srbiju-dolaze-zbog-ovih-osam/kbt1qfv>

Republika Srbija Vrhovni kasacioni sud. *Godišnji izveštaj o radu sudova u Republici Srbiji za 2018. godinu.* (2019). Beograd: Preuzeto 18. 06. 2019. <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Godisnji%20izveštaj%20o%20radu%20sudova%202018.pdf>

Fraser Institute. *Economic Freedom of the World.* Preuzeto 15. 09. 2019. <https://www.fraserinstitute.org/studies/economic-freedom-of-the-world-2019-annual-report>.

Haggard, S. M., Brashear Tiede, L. (2011). The Rule of Law and Economic Growth: Where Are We?. *World Development*. 5(Vol. 39). 673–685. Povučeno 25. 12. 2018. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0305750X10002317?via%3Dihub>

Heritage Foundation. *Index of Economic Freedom.* Preuzeto 15. 09. 2019. <https://www.heritage.org/index/>;

Hunter, B. (2017). Why the Rule of Law Matters, Even If It Doesn't Exist?. Preuzeto 25. 12. 2019. <https://fee.org/articles/why-the-rule-of-law-matters-even-if-it-doesnt-exist/>

Colombatto, E. (2011). *Markets, Morals and Policy-Making – A New Defence of Free Market Economics.* London: Routledge.

World Bank Group. *Doing Business.* Preuzeto 15. 09. 2019. [https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report\\_web-version.pdf](https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf)

World Bank Group. *World Governance Indicators.* Preuzeto 15. 09. 2019. <http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home>;

**Prof. Aleksandra Jovanović, LL.D.**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Belgrade

## **SERBIA AND ECONOMIC IMPLICATIONS OF THE RULE OF LAW**

### **Summary**

*The rule of law is a concept of par excellence political and legal nature. However, in view of considerable economic implications of the rule of law, it is justifiable to single out the economic concept of the rule of law. The rule of law is subject matter of economic analysis of law and institutional economics which apply different methodological paradigms in analyzing its complex and multidimensional nature. The paper presents a survey of the issues and problems pertinent to the theoretical framework that correlates the rule of law and economic growth. The paper discusses how different economic paradigms understand rule of law, how it is developed, and the possible implications on economic efficiency, transaction costs, entrepreneurship, specialization, investments and economic growth.*

*The paper points out to economic consequences of the weak rule of law in Serbia and deals with correlations between the rule of law and indicators of economic performance in Serbia. The findings of local and international reports continuously emphasize the problem of the weak rule of law in Serbia. Although the European Commission Progress Report on Serbia 2019 commended Serbia's progress in some areas, it has underlined again the weak rule of law. This statement refers to Chapters 23 and 24 of the Accession Negotiations, as well as to the problem of establishing the functional market economy, business environment and structural reforms. Economic implications of the weak rule of law are reflected in insufficient investment which cannot cover the underinvestment trend observable for years. The Fiscal Council of the Republic of Serbia points out to the weak rule of law as a fundamental factor for insufficient economic growth rate.*

**Key words:** *rule of law, rule of law economics, economic growth, transaction costs, market economy, Serbia.*





**Dr Zoran Radivojević,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu  
**Dr Nebojša Raičević,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu

originalni naučni rad  
10.5937/zrpf0-24270

UDK: 347.9:341.645(4)  
341.231.14(4)  
Rad primljen: 02.12.2019.  
Rad prihvaćen: 28.12.2019.

## **NAKNADA TROŠKOVA POSTUPKA KAO OBLIK PRAVIČNOG ZADOVOLJENJA U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA\*\***

**Apstrakt:** *Naknada troškova koje je podnosilac imao vodeći postupke predstavlja poseban oblik pravičnog zadovoljenja koji nije izričito predviđen u čl. 41 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Nadoknađuju se kako troškovi koje je podnosilac predstavke imao pred domaćim organima, tako i oni u postupku pred samim Evropskim sudom za ljudska prava. Besplatna pravna pomoć za pokrivanje troškova daje se ukoliko je to neophodno za pravilno vođenje postupka i ako podnosilac predstavke nema dovoljno sredstava da ih plati. Kroz sudsku praksu ustanovljena su četiri uslova koji se moraju kumulativno ispuniti da bi troškovi bili refundirani, i to: da su nastali u vezi sa povredom Konvencije; da su stvarno učinjeni; da su nužni; i da su razumni u pogledu visine. Sud dosuđuje naknadu troškova na zahtev aplikanta i to ukoliko je on potkrepljen validnim dokazima. O podnetom zahtevu Sud može odlučiti u glavnoj presudi o suštini spora ili ga odložiti i rešiti u posebnoj presudi.*

**Ključne reči:** *troškovi postupka, Evropski sud za ljudska prava, Evropska konvencija o ljudskim pravima, naknada, pravično zadovoljenje, besplatna pravna pomoć.*

---

\* zoranr@prafak.ni.ac.rs

\* raicko@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru”, br. 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

## 1. Uvod

Čl. 41 (ex čl. 50) Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP ili Konvencija) predvideo je mogućnost da Sud pruži pravično zadovoljenje oštećenoj strani ukoliko je utvrđeno kršenje Konvencije, a unutrašnje pravo omogućava samo delimičnu odštetu. Navedeni član nije precizirao oblike pravičnog zadovoljenja, ali ga je Evropski sud za ljudska prava (ESLJP ili Sud) u praksi dosuđivao po tri osnova: naknada materijalne štete, naknada nematerijalne štete i naknada troškova postupka.

Predmet analize u ovom radu je naknada troškova postupka kao poseban oblik pravičnog zadovoljenja. Sudski troškovi su u nekim sporovima iznosili nekoliko desetina, pa čak i više stotina hiljada evra, zbog čega je veoma važno poznavati praksu koju Sud sledi prilikom odlučivanja o naknadi tih troškova.

U prvom delu rada daje se prikaz vrsta troškova koje ESLJP nadoknađuje i ukazuje na principe koje ESLJP primenjuje prilikom odlučivanja o njihovoj naknadi. Naredni deo posvećen je besplatnoj pravnoj pomoći za pokrivanje troškova postupka pred ESLJP. Tom prilikom se pojašnjavaju uslovi za dobijanje te pomoći, kategorije troškova koje ona pokriva, kao i slabosti postojećeg sistema besplatne pravne pomoći. U trećem delu rada analiziraju se uslovi za naknadu troškova postupka, koji su specifični u odnosu na druga dva vida pravičnog zadovoljenja. Na kraju rada pažnja se usmerava na proceduru za naknadu troškova postupka.

## 2. Troškovi postupka koji se nadoknađaju

Sudski i drugi troškovi koje je podnosilac predstavke imao vodeći postupke predstavljaju vid materijalne štete pretrpljene na imovinskim dobrima. Međutim, imajući u vidu činjenicu da ih je Sud uvek razmatrao odvojeno od nadoknade materijalne i nematerijalne štete, oni se smatraju posebnim i samostalnim oblikom pravičnog zadovoljenja iz čl. 41 Konvencije.

Već u prvoj presudi iz 1974. godine, kojom je dosudio nadoknadu troškova postupka, Sud je istakao da „treba razdvojiti štetu prouzrokovanu povredom Konvencije i neophodne troškove kojima se podnosilac predstavke izložio kako bi sprečio tu povredu”.<sup>1</sup> Razlika se sastoji u tome što troškovi ne predstavljaju štetu neposredno proizašlu iz kršenja Konvencije, već rezultat napora žrtve da spreči povredu ili obezbedi naknadu zbog događaja za koji je utvrđeno da predstavlja

---

1 Neumeister v. Austria [1998], §43.

povredu Konvencije. Otuda se naknada troškova postupka dosuđuje ne zbog postojanja štete, već kršenja Konvencije u koje je umešana država ugovornica, a koje je ustanovio Sud (Ichim, 2015: 145). Druga razlika u odnosu na štetu, pogotovo njen nematerijalni vid, ogleda se u tome što troškovi postupka uvek i isključivo predstavljaju finansijski teret za podnosioca predstavke. Zbog toga se troškovi postupka ne mogu pokriti konstatacijom da sama povreda Konvencije u dovoljnoj meri predstavlja pravično zadovoljenje, a bez dodeljivanja bilo kakve novčane naknade. Kao što je Sud rekao „teško je zamisliti da bi utvrđivanje povrede samo po sebi moglo da predstavlja pravično zadovoljenje u pogledu troškova“<sup>2</sup>.

Troškovi postupka se ne dosuđuju automatski,<sup>3</sup> već jedino ukoliko aplikant podnese takav zahtev. U tom pogledu stav Suda je da: „oštećena strana nema ovlašćenje na nadoknadu svojih troškova kao pravo“<sup>4</sup> pošto se „pravična nadoknada dodeljuje kada je to neophodno“.<sup>5</sup>

Naknada koja se dosuđuje odnosi se kako na troškove koje je podnosilac predstavke imao vodeći postupke pred domaćim organima, tako i one u postupku pred samim ESLJP. Sud je to jasno istakao u nekim svojim ranijim presudama gde se kaže „da bi na osnovu čl. 50 (sada čl. 41, prim. autora) imala pravo na nadoknadu troškova postupka, oštećena strana mora da je te troškove pretrpela u traženju sprečavanja povrede ili odštete kroz domaći pravni poredak... a kasnije i pred Sudom“.<sup>6</sup>

Troškovi postupka na nacionalnom planu se nadoknađuju zbog toga što je procedura iscrpljenja unutrašnjih pravnih lekova neophodna pretpostavka za obraćanje ESLJP (Shelton, 2015: 425). Nadoknada domaćih troškova može obuhvatiti različite stavke: honorar i troškove advokata, sudske takse, troškove veštačenja, poštarinu, troškove fotokopiranja i kucanja, troškove telefona, faksa i elektronske komunikacije, putne troškove i smeštaj ako je sedište domaćeg organa u drugom gradu, kao i eventualno troškove prevoda (Raičević, 2005: 170).

---

2 Sunday Times v. UK [1980], §16.

3 President of the ECtHR, Practice Direction – Just Satisfaction Claims, 28. 03. 2007 (dalje: Praktično upu tstvo) §1.

4 Sunday Times v. UK [1980], §27–28.

5 To jasno proizilazi i teksta čl. 41 Konvencije u kome se kaže da Sud dodeljuje pravično zadovoljenje samo ako je to neophodno (engl. *if necessary*).

6 Eckle v. Germany [1983], §25; Minelli v. Switzerland [1983], §45; Dudegeon v. UK [1983], §20.

S druge strane, postupak pred Sudom je besplatan jer se ne plaća nikava posebna taksa ili naknada za podnošenje predstavke.<sup>7</sup> Sve administrativne troškove Suda snosi Savet Evrope<sup>8</sup>. Međutim, Sud može obavezati podnosioca predstavke da unapred plati troškove za izvođenje različitih dokaza (svedoci, veštaci)<sup>9</sup>.

Najveći deo troškova postupka pred ESLJP koji se nadoknađuju otpada na honorar i troškove zastupanja od strane advokata. Njima, zatim, treba pridodati troškove prevođenja na službene jezike Suda ako je u postupku odobrena upotreba jezika neke druge države ugovornice.<sup>10</sup> Ovde spadaju troškovi putovanja i smeštaja u Strazburu koji mogu biti nadoknađeni u slučaju održavanja usmene rasprave (Ichim, 2015: 148). Sud, takođe, može naložiti naknadu troškova koje je podnosilac predstavke imao u vezi sa pokušajem zaključenja prijateljskog poravnjanja, kao i troškove koje je morao da snosi u postupku koji se vodi povodom dosuđenja pravičnog zadovoljenja.<sup>11</sup>

U pogledu dosuđivanja naknade troškova postupka pred ESLJP ne primenjuje se princip „uspeha u sporu” koji obavezuje stranu koja izgubi parnicu da plati troškove protivnoj strani (Jakšić, 2006: 474). Prema tome, podnosilac predstavke koja nije prihvaćena ili je izbrisana sa liste slučajeva pred Sudom nije u obavezi da plati troškove postupka državi protiv koje je podneo predstavku. Poslovnik izričito predviđa da troškovi postupka padaju na teret Suda u slučaju brisanja predstavke sa liste predmeta.<sup>12</sup> Isti je slučaj ukoliko podnosilac povuče predstavku ili ako je Sud rešavajući u meritumu oglasi neosnovanom jer nije utvrdio da postoji povreda Konvencije. Ovakvo rešenje u pogledu snošenja troškova postupka smatra se veoma važnim ohrabrenjem za podnosioca predstavke da se obraćaju Sudu (Paunović, Carić, 2007: 75)

Kad je reč o međudržavnim sporovima, važi princip da svaka stranka snosi svoje troškove (Popović, 2012: 149). Saglasno tom načelu čak ni

---

7 Treba reći da je razmatrana mog učnost plaćanja s udske takse ili polaganja obaveznog depozita prilikom obraćanja ESLJP. Cilj tih mera bio je smanjenje broja neprihvatljivih predstavki, ali se od njih odustalo jer bi velikom broju žrtava otežale pristup Sudu (Committee of Experts on the Reform of the Court, DH-GDR(2010)008 Addendum I, 07. 05. 2010).

8 Čl. 50 Konvencije.

9 Pravilo A 5, st. 6 Aneksa Poslovnika Suda (Rules of Court, 9 September 2019).

10 Pravilo 34, st. 4 Poslovnika.

11 Brozicek v. Italy [1989], §20.

12 Pravilo 43, st. 4 Poslovnika.

država koja je uspela u sporu nema pravo da od suprotne strane traži naknadu troškova postupka.

### 3. Besplatna pravna pomoć za pokrivanje troškova postupka

Kao što se moglo zapaziti, postupak pred ESLJP iziskuje značajne troškove. U pogledu mogućnosti njihovog pokrivanja pojedinci i države nisu u jednakom položaju. Za države nije preveliki izdatak da obezbede sredstva za vođenje postupka, a na raspolaganju imaju i čitavu državnu administraciju koja im pruža pomoć tokom postupka. Nasuprot tome, podnosioci predstavke često ne raspoložu sredstvima za plaćanje zastupnika i za pokrivanje drugih troškova koje postupak nameće. Kako bi se taj nesklad donekle ublažio, u evropski sistem zaštite ljudskih prava uveden je institut besplatne pravne pomoći<sup>13</sup>, „jer je postalo jasno da nepostojanje besplatne pravne pomoći za osobe koje žele da iznesu problem u Strazbur, ali nemaju dovoljno sredstava da plate troškove nastale u postupku pred evropskim organima, može ozbiljno narušiti integritet Konvencije” (Harris, Gomien, Zwaak, 1996: 52). Besplatna pravna pomoć podnoscima predstavki pred ESLJP isplaćuje iz budžeta Saveta Evrope.

Sama Konvencija ne reguliše pružanje besplatne pravne pomoći, već je ta problematika uređena Poslovnikom Suda (pravila 105–110). Dodatna pojašnjenja pojedinih pravila iz Poslovnika sadržana su u Praktičnom uputstvu i brojnim presudama Suda u kojima se bavio tim pitanjem.

Prema pravilu 105 Poslovnika, besplatnu pravnu pomoć odobrava predsednik veća pred kojim se vodi postupak. On to čini na osnovu pisanog zahteva aplikanta ili po službenoj dužnosti (*ex officio*). Podnosilac predstavke može dobiti pravnu pomoć tek od momenta kada ESLJP primi pisano izjašnjenje države o prihvatljivosti predstavke ili istekom roka za njegovo podnošenje.<sup>14</sup> Svrha ovakvog pravila je da se izbegne davanje pravne pomoći i trošenje budžetskih sredstava Saveta Evrope u situacijama gde su predstavke neprihvatljive ili očigledno neosnovane (Ichim, 2015: 154).

Besplatna pravna pomoć odobrena tokom postupka pred sedmočlanim većem automatski se produžava i na postupak pred Velikim većem. S druge

---

13 Takva mogućnost nije bila predviđena originalnim poslovniciama Evropske komisije za ljudska prava i Evropskog suda za ljudska prava.

14 Ukoliko ESLJP odobri pravnu pomoć u toj fazi, podnosilac predstavke će tada primiti odgovarajući iznos za nadoknadu advokatskih troškova koje je imao prilikom podnošenja inicijalne predstavke (Leach, 2005: 27).

strane, pravna pomoć može biti ukinuta ili umanjena ukoliko nastupe okolnosti usled kojih podnosilac predstavke više ne ispunjava uslove za njeno ostvarivanje.<sup>15</sup>

Besplatna pravna pomoć se ne dodeljuje svima koji je zatraže, već predsednik veća ima diskreciono pravo prilikom njenog odobravanja. On će tu pomoć odobriti ukoliko proceni da je to neophodno za pravilno vođenje postupka<sup>16</sup> i da aplikant nema dovoljno sredstava za plaćanje svih ili dela troškova koje taj postupak iziskuje.<sup>17</sup> U praksi se veći značaj pridaje drugom uslovu, tako da je za dobijanje besplatne pravne pomoći presudno imovno stanje aplikanta (Leach, 2005: 51). Kako bi se utvrdilo njegovo imovinsko stanje, aplikant popunjava poseban obrazac koji dobija od Suda (engl. *Declaration of Applicant's Means*) i vraća ga u Strazbur nakon što ga overi nadležni domaći organ.<sup>18</sup> Na osnovu te izjave ESLjP saznaje iznos aplikantovih prihoda i vrednost imovine, ali i obim njegovih novčanih obaveza.<sup>19</sup>

Dobijanje besplatne pravne pomoći od strane ESLjP ne utvrđuje se na osnovu kriterijuma koji se primenjuju u nacionalnim pravnim sistemima. Podnosilac predstavke može dobiti besplatnu pravnu pomoć od ESLjP iako se prema nacionalnim propisima za nju možda ne bi kvalifikovao (Leach, 2005: 51).

Poslovnik ESLjP predviđa dve vrste izdataka koje se pokrivaju iz besplatne pravne pomoći. Najpre, to su honorari pravnih zastupnika podnosioca predstavke (engl. *fees*), za koje postoji unapred utvrđena tarifa.<sup>20</sup> Druga vrsta izdataka su troškovi koje aplikant ima u vezi sa vođenjem postupka (engl. *expenses*).

Činjenica da je odobrena besplatna pomoć za zastupanje ne znači da će ESLjP odrediti advokata podnosiocu predstavke. Pronalaženje i izbor advokata obaveza je samog podnosioca predstavke.

---

15 Odluku o ukidanje pravne pomoći takođe donosi predsednik veća (Pravilo 110 Poslovnika).

16 Predsednik veća će zaklju čiti da je besplatna pravna pomoć neophodna kada je očigledno da aplikant nema pravničko znanje ili kada se iz njegovih podnesaka vidi da nije u stanju da adekvatno zastupa svoj slu čaj pred ESLjP (Zwaak, 2006: 102).

17 Pravilo 106 Poslovnika. Ne postoje pisane smernice kada će se smatrati da aplikant nema dovoljno sredstava, tako da ESLjP po tom pitanju ima fleksibilan pristup (Reid, 2004: 21).

18 Pravilo 107, st. 1 Poslovnika.

19 Predsednik veća može zatražiti od tu žene države pisani komentar o podnetoj izjavi (Pravilo 107, st. 2 Poslovnika).

20 Legal Aid Rates (videti: Leach, 2005: 583)

Naknade koje se isplaćuju advokatima kroz ustanovu besplatne pravne pomoći dosta su skromne, što može stvoriti teškoće za podnosiocima predstavki. U najvećem broju slučajeva utvrđene nadoknade nisu dovoljne za pokrivanje stvarnih troškova zastupanja, budući da su advokatske tarife znatno više. Prema tome, besplatna pravna pomoć ESLJP faktički pokriva samo deo troškova zastupanja, a ne njihov pun iznos. Sud je u više navrata odbijao zahteve za potpunu nadoknadu advokatskih troškova, čvrsto se držeći stava da ne odobrava iznose iznad onih predviđenih važećom tarifom besplatne pravne pomoći.<sup>21</sup>

Ipak, ESLJP je u nekim svojim presudama ukazivao na mane postojećeg sistema besplatne pravne pomoći. On je još 1980. godine konstatovao da problem „previše skromnog nagrađivanja advokata, naročito rizik da se oni mogu uzdržavati od zastupanja nekih podnosilaca predstavki” spada u nadležnost Saveta Evrope, te da je ta organizacija dužna da organima stvorenim na osnovu EKLJP obezbedi sredstva za pokriće njihovih troškova koji treba da „ukluče i iznos neophodan za plaćanje adekvatnih naknada advokatima koji deluju u okviru programa pravne pomoći”.<sup>22</sup> U jednoj kasnijoj odluci Sud je primetio „da visoki troškovi zastupanja mogu sami po sebi predstavljati ozbiljnu prepreku efikasnoj zaštiti ljudskih prava”. U istoj presudi ocenio je da prilikom podnošenja predstavki aplikanti ne treba da se suočavaju sa nepremostivim finansijskim teškoćama i izrazio očekivanje da će advokati prilikom utvrđivanja svojih tarifa doprineti ostvarenju tog cilja.<sup>23</sup>

Da bi advokat prihvatio da pred ESLJP zastupa osobu koja nije u stanju da plati realnu visinu honorara, on mora biti motivisan postizanjem pravde u datom slučaju, težnjom za zaštitom ljudskih prava ili podizanjem svog ugleda usled odlaska u Strazbur (Butler, 2000: 365–366). Za sada još uvek ima advokata koji se rukovode nekim od napred navedenih motiva, naročito prestižom zbog pojavljivanja pred ESLJP. Međutim, dugoročno gledano, neadekvatno plaćanje advokata može umanjiti kvalitet i kvantitet pravnih usluga dostupnih aplikantima usled obeshrabrivanja dobrih advokata da prihvataju slučajeve pred ESLJP (Shelton, 2015: 428).

Ukoliko aplikant koji je dobio besplatnu pravnu pomoć ne dokaže povredu ni jednog prava na koju je ukazao u predstavi, on nema obavezu da vrati dobijena sredstva (Erdal, Bakirci, 2006: 190). Ukoliko pak uspe u sporu,

---

21 Artico v. Italy [1980], §40; Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium (Art. 50) [1982], §23.

22 Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany (Art. 50) [1980], §15.

23 Young, James And Webster v. UK (Art. 50) [1982], §15.

Sud će, u skladu sa čl. 41 Konvencije, dosuditi naknadu troškova koju će mu isplatiti odgovorna država, s tim što će od dosuđene sume biti oduzet iznos koji je aplikant već dobio po osnovu pravne pomoći (Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, 2014: 158; Ichim, 2015: 146). U ovoj drugoj situaciji, država nema obavezu da Savetu Evrope vrati novac koji je ta organizacija kroz ustanovu besplatne pravne pomoći dala uspešnom aplikantu. Na taj način, tužena država faktički biva oslobođena plaćanja dela troškova nastalih u sporu koji je ona izgubila.

Čini se da bi ustanova besplatne pravne pomoći mogla biti unapređena nametanjem obaveze odgovornoj državi, da pored plaćanja troškova postupka uspešnom aplikantu, refundira Savetu Evrope iznos besplatne pravne pomoći koja je tom postupku dodeljena iz njegovog budžeta. Na taj način fond sredstava te organizacije za pružanje besplatne pomoći bio bi značajno veći, što bi omogućilo uvećanje naknada za advokate i njihovo približavanje realnoj vrednosti.

Pored ESLjP, besplatnu pravnu pomoć podnosiocima predstavki može pružiti i njihova država. Neke zemlje su nacionalnim zakonodavstvom predvidele tu mogućnost. Na primer, Danska svojim siromašnim državljanima pruža besplatnu pomoć pred ESLjP tokom čitavog postupka,<sup>24</sup> dok Holandija i Norveška to čine samo onda kad njihovi državljanima nemaju mogućnost dobijanja besplatne pravne pomoći od Suda (Gruodyte, Kirchner, 2016: 39). Nasuprot tome, većina ugovornica Konvencije ne poznaje tu vrstu pomoći (Butler, 2000: 365–366). Iako EKLjP u čl. 6 sadrži pravo na pravično suđenje, on državama ne nameće obavezu da svojim građanima obezbede pristup ESLjP tako što će im pružiti besplatnu pravnu pomoć (Gruodyte, Kirchner, 2016: 37).

#### **4. Uslovi za nadoknadu troškova postupka**

U Konvenciji ne postoji enumerativno nabranje uslova pod kojima se može dosuditi naknada troškova postupka, već je prepušteno Sudu da to pitanje rešava u svakom konkretnom slučaju. Kroz dugogodišnju i bogatu jurisprudenciju Sud je ustanovio četvoročlani test koji primenjuje prilikom dodeljivanja naknade troškova.<sup>25</sup> Prema tom testu, troškovi moraju kumulativno ispuniti sledeće uslove da bi bili refundirani, i to: a) da su nastali u vezi sa povredom Konvencije koju je Sud utvrdio; b) da su stvarno učinjeni; v) da su nužni; i g) da su razumni u pogledu visine.

---

<sup>24</sup> Vasileva v. Denmark [2003], §49.

<sup>25</sup> Praktično upu tstvo, §17–20.



#### **4.1. Troškovi vezani za povredu Konvencije**

Podnosiocu predstavke naknada može biti dodeljena samo ukoliko je Sud ustanovio povredu Konvencije. Sud neće razmatrati zahteve za naknadu troškova koji se tiču navoda u predstavci za koje nije utvrđeno da su doveli do kršenja Konvencije ili koje je proglasio neprihvatljivim. Praktično to znači da je pretpostavka za dosuđivanje troškova da Sud utvrdi bar jednu povredu Konvencije (Paunović, Carić, 2007: 75).

Visina naknade troškova postupka zavisi od obima uspešnosti predstavke (Erdal, Bakirci, 2006: 190). Ukoliko je podnosilac predstavke uspeo samo u nekim zahtevima, a u nekima ne, onda mu je dosuđivana delimična naknada troškova. Iznos naknade troškova obično se smanjuje u slučajevima kada je većina zahteva o navodnim povredama Konvencije ocenjena kao neosnovana ili je samo delimično bila uspešna.<sup>26</sup> Međutim, ESLJP neće smanjiti visinu troškova ukoliko utvrdi povredu Konvencije po osnovnoj stvari u sporu, bez obzira što je sve ostale zahteve odbio kao neosnovane.<sup>27</sup> Kada su zahtevi za naknadu materijalne ili nematerijalne štete odbijeni u postupku koji se vodi povodom pravičnog zadovoljenja, Sud ima diskreciono pravo da odluči o dodeli troškova za taj deo postupka.<sup>28</sup> U slučaju da je predstavka izbrisana sa liste predmeta na osnovu čl. 37 Konvencije, Sud može naložiti da se podnosiocu predstavke ipak nadoknade troškovi koje je pretrpeo vodeći taj postupak.<sup>29</sup>

#### **4.2. Stvarno učinjeni troškovi**

Sud dosuđuje samo naknadu stvarno učinjenih troškova koje je podnosilac podneo. To podrazumeva da ih je on platio ili je dužan da ih isplati na osnovu zakonske ili ugovorne obaveze.<sup>30</sup> Tako je u predmetu *H protiv V. Britanije* Sud dosudio naknadu troškova advokata iako zastupnik nije tražio plaćanje honorara od klijenta zbog njegovog siromaštva.<sup>31</sup> U drugom predmetu protiv iste države, deo troškova podnosioca predstavke namirila je jedna nevladina organizacija, pa je vlada smatrala da ti troškovi nisu podložni refundaciji jer nisu stvarno pretrpljeni. Sud je odbio tu argumentaciju ističući da je podnosilac predstavke

---

26 *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* [1982], §33 ; *Tolstoy Miloslavsky v. UK* [1995], §28.

27 *Soering v. UK* [1989], §24.

28 *Welch v. UK* [1996], §18.

29 *Pisano v. Italy* [2002], §27.

30 *Öztürk v. Germany* [1984], §8.

31 *X v. UK* [1982], §17–18.

platio te troškove i da su aranžmani koje je on pravio da bi ih platio potpuno privatna stvar.<sup>32</sup> Međutim, Sud nije prihvatao zahteve za naknadu troškova od strane nevladinih organizacija koje su u postupku istupale kao *amicus curiae* (Shelton, 2015: 429).

Ukoliko je podnosiocu predstavke u toku postupka pred domaćim organima ili pred Sudom dodeljena pravna pomoć od strane nacionalnog pravosuđa ili Saveta Evrope, taj iznos biće odbijen od konačne sume koja bude dosuđena na ime troškova postupka<sup>33</sup>. Podnosilac predstavke će imati pravo na nadoknadu troškova samo preko iznosa pravne pomoći, ukoliko je takve troškove imao.<sup>34</sup> Neće se smatrati da su troškovi stvarno učinjeni ako je advokat besplatno zastupao podnosioca predstavke.<sup>35</sup> Ako neki troškovi nastali tokom postupka padaju na teret osiguravajućeg društva ne može se, takođe, tražiti njihova refundacija jer nisu stvarno pretrpljeni.<sup>36</sup>

Podnosilac predstavke koji je samostalno sebe zastupao ne može tražiti nadoknadu troškova zastupanja, ali mu Sud može nadoknaditi troškove poštarine ili fotokopiranja.<sup>37</sup> Poseban je slučaja kada podnosilac predstavke i advokat zaključe sporazum kojim se klijent obavezuje da isplati troškove zastupanja u unapred odedenom procentu od sume koju mu na ime naknade dodeli Sud (engl. *contingency agreement*). Takav sporazum ne obavezuje Sud, ali se ipak može uzeti u obzir prilikom dosuđivanja troškova pod uslovom da ga priznaje unutrašnje pravo države podnosioca predstavke.<sup>38</sup>

#### **4.3. Nužni troškovi**

Sud dosuđuje naknadu samo nužnih troškova koji su nastali u cilju sprečavanja stanja koje je dovelo do povrede Konvencije ili dobijanja naknade u vezi sa tim pred domaćim sudovima. Uz to, nadoknađuju se neizbežni troškovi prouzrokovani nastavkom postupka pred Sudom radi utvrđivanja povrede Konvencije i obezbeđivanja naknade zbog te povrede (Ichim, 2015: 147).

32 *Dudgeon v. UK* [1983], §20.

33 *Windish v. Austria* [1990], §37.

34 *Wassink v. Netherlands* [1990], §42.

35 *McCann and Others v. UK* [1995], §221.

36 *Öztürk v. Germany* [1984], §8.

37 *Foley v. UK* [2002], §22.

38 Sud je u predmetu *Kamasinski v. Austria* [1989], §115 prihvatio takav sporazum, dok ga je odbio u slučaju *Dudgeon v. UK* [1983], §20.

Utvrđivanje neophodnosti troškova stvar je subjektivne ocene Suda. U dosadašnjoj praksi još uvek nema jasnih kriterijuma i standarda o tome koji su troškovi bili neizbežni. Sud u ovom domenu raspolaže širokim diskrecionim ovlašćenjem (Jakšić, 2006: 474). Pa ipak, pravilo je da Sud dosuđuje troškove prevoza i boravka radi prisustva podnosioca predstavke i zastupnika usmenoj raspravi u Strazburu ili troškove prevođenja na službene jezike Suda (Ichim, 2015: 147).

Nasuprot tome, nije smatrao neophodnim neke lične troškove, kao što je prisustvo svih pravnih savetnika usmenoj raspravi ili prisustvo podnosioca predstavke objavljivanju presude.<sup>39</sup> Sud je kao nepotrebne smatrao i troškove vođenja preteranog broja domaćih postupaka čiji je ishod isti ili troškove angažovanja više od jednog pravnog savetnika (Ichim, 2015: 147). Recimo u predmetu *Sporring and Lönnroth protiv Švedske* Sud je odbio da dosudi naknadu jer nije bio ubeđen da se kao nužni mogu kvalifikovati troškovi nastali pripremom dokumenata koji nisu uzeti u obzir, iznosi plaćeni pravicima za konsultacije, istraživački rad i registracionu taksu za pohađanje kursa procedure pred evropskim institucijama ili troškovi za koje još nisu primljeni računi.<sup>40</sup> S druge strane, Sud nije prihvatio stav vlade da podnosiocima predstavke ne treba isplatiti troškove proizašle zbog iznošenja obimnih podneska koji kasnije nisu prihvaćeni. Dosuđujući naknadu tih troškova, Sud je ocenio da je obaveza advokata da predmet svog klijenta predstavi u celosti i na najbolji način, te se ne može sa sigurnošću znati koja se težina može dati jednom ili drugom podnesku pod uslovom da su vezani i bitni za konkretan slučaj.<sup>41</sup>

#### **4.4. Troškovi razumne visine**

Procenu visine troškova koje smatra razumnim Sud vrši uzimajući u obzir različite kriterijume, kao što su lokalna ekonomska situacija ili složenost predmeta i postupka. U vezi sa prvim kriterijumom poseban značaj imaju zarade advokata koje nisu iste u svim državama ugovornicama Konvencije (Erdal, Bakirci, 2006: 190). Domaće tarife koje primenjuju advokati za obračunavanje visine honorara ne obavezuju Sud, ali mogu biti od značaja prilikom dosuđivanja naknade (Leach, 2005: 408). Preterano visoki zahtevi u pogledu visine honorara i utrošenih sati zastupnika redovno su bili podvrgnuti smanjenju po osnovu pravičnosti

---

39 *Sunday Times v. UK* [1980], §30.

40 *Sporring and Lönnroth v. Sweden* [1984], §39.

41 *Sunday Times v. UK* [1980], §35.

(Reid, 2004: 588) koju Sud smatra sinonimom za ono što je razumno (Ichim, 2015: 147).

Naknada troškova koju Sud dodeljuje obično je znatno manja od traženih iznosa u predmetima koji se odnose na dužinu postupka ili se zasnivaju na nekom od vodećih slučajeva koji predstavlja presedan (Reid, 2004: 588). S druge strane, Sud može umanjiti naknadu troškova u slučaju kada više podnosilaca pokreću isto pitanje. Ovakav stav proizilazi iz sličnosti predmeta, kao i iz potrebe da se uspostavi efikasnija koordinacija rada i komunikacija između različitih pravnih zastupnika.<sup>42</sup> Isto se postupa i u slučaju kada jedan pravni zastupnik ima veći broj predmeta koji su potpuno identični ili suštinski isti.<sup>43</sup>

Kad je reč o složenim predmetima, Sud često odobrava naknadu celokupnog iznosa koji podnosilac predstavke traži na ime zastupanja, čak i kada on prevazilazi domaće tarife. Tom prilikom polazio je od stava da ograničenje postoji samo u pogledu broja angažovanih pravnih savetnika, ali ne i kad je reč o njihovom izboru (Ichim, 2015: 153). Stoga podnosilac predstavke nema obavezu da angažuje zastupnika iz sopstvene zemlje bez obzira na niže tarife. Aplikant može izabrati advokata iz neke bogatije zemlje, bez obzira što to može uvećati troškove postupka.<sup>44</sup>

## 5. Procedura za naknadu troškova postupka

ESLjP se ne bavi pitanjem naknade troškova postupka po službenoj dužnosti (*ex officio*), već jedino ako aplikant podnese zahtev kojim traži njihovu naknadu.<sup>45</sup> Sud ne dosuđuje ni naknadu troškova postupka iznad iznosa koji je aplikant tražio, tako da su dosuđivane sume uvek bile jednake ili manje od traženog iznosa. Dakle, prilikom odlučivanja o naknadi troškova ESLjP je poštovao načelo *non ultra petita*.

Zahtev za naknadu troškova postupka može podneti samo aplikant, tako da njegov zastupnik ili bilo koje drugo lice nemaju pravo da u svoje ime podnesu takav zahtev. ESLjP je još 1980. godine pojasnio da jedino podnosilac predstavke ima status „oštećene strane” za svrhu čl. 41 Konvencije i da se njegov advokat ne može pozivati na taj član kako bi

---

42 I.J.L, G.M.R, and A.K.P. v. UK [2001], §221.

43 Stradovnik v. Slovenia [2006], §28.

44 Kurt v. Turkey [1998], § 179; Aktaş v. Turkey [2003], §24.

45 Pravilo 60 Poslovnika. Ukoliko aplikant ne podnese zahtev, Sud to konstatuje u presudi, i oslobađa sebe obaveze da razmatra to pitanje; Olewnik-Cieplińska and Olewnik v. Poland [2019], §152; Janković v. Serbia [2017], §39.

tražio naknadu troškova postupka za svoj sopstveni račun.<sup>46</sup> Deceniju kasnije, Sud je potvrdio taj stav, odbivši zahtev advokata da mu se isplati 68.000 franaka na ime izgubljene dobiti jer je pred francuskim organima besplatno zastupao aplikanta, a u postupku pred Evropskom komisijom za ljudska prava i Sudom samo za iznos besplatne pravne pomoći koja je niža od uobičajenih advokatskih tarifa.<sup>47</sup>

Zahtev za naknadu troškova postupka mora biti podnet u roku koji odredi Sud.<sup>48</sup> Sud vrlo retko produžava taj rok i to čini samo ukoliko aplikant dokaže da postoji veoma jak razlog za to (Harris et al. 2014: 158). Ako je podnet izvan zadanog roka, zahtev će biti odbačen. Sud ne toleriše ni minimalna kašnjenja prilikom podnošenja zahteva. U predmetu *Bulović protiv Srbije* odbačen je zahtev za naknadu troškova koji je podnet samo 9 dana nakon utvrđenog roka.<sup>49</sup> Zahtev će biti odbačen čak i kada je aplikant u inicijalnoj predstavi naveo da traži troškove postupka, ali takav zahtev nije ponovio u odgovarajućoj fazi postupka (prilikom podnošenja pisanog izjašnjenja o meritumu spora).<sup>50</sup> Pri tome nije dovoljno da se načelno zatraži naknada troškova, već se mora precizirati i njihov iznos.<sup>51</sup>

Zahtev za naknadu troškova mora se podneti tokom postupka u kojem ESLJP raspravlja o meritumu spora. Ukoliko Sud odloži odlučivanje o pravičnom zadovoljenju, aplikant ne može u tom postupku naknadno tražiti dosuđivanje troškova postupka, ako to već nije učinio u ranijoj fazi postupka. Sud se o tom pitanju izjasnio u predmetu *Brogan*, gde je istakao da „pošto prilikom donošenja glavne presude nije bilo nikakvih zahteva za primenu čl. 50 u vezi sa naknadom nastalih troškova postupka, ... ta je odluka postala pravosnažna ... i Sud u tom pogledu ne može razmatrati naknadni zahtev podnosioca predstavke”.<sup>52</sup>

Ukoliko neka od strana izjavi prigovor na prvostepenu presudu, aplikant će ostvariti naknadu troškova nastalih u drugostepenom postupku

---

46 Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany (Art. 50) [1980], §15.

47 Delta v. France [1990] paras. 44–47.

48 Nakon što je zahtev proglašen prihvatljivim, Sud poziva aplikanta da podnese zahtev za pravično zadovoljenje u određenom roku.

49 Bulović v. Serbia [2008], §59.

50 Anđelković v. Serbia [2013], §33; Cengiz and Others v. Turkey [2015], §72; Schatschaschwili v. Germany [2015], §169–170.

51 Papageorgiou v. Greece [1997], §60.

52 Brogan and Others v. UK (Art. 50) [1989], §7.

jedino ukoliko podnese dodatni zahtev za naknadu tih troškova.<sup>53</sup> Međutim, ukoliko aplikant u prvostepenom postupku nije podneo zahtev za naknadu troškova, ne može u drugostepenom postupku zahtevati i naknadu ranijih troškova, već samo troškova skopčanih sa žalbenim postupkom.

Uz zahtev za naknadu troškova aplikant mora priložiti dokaze iz kojih se vidi da su ti troškovi zaista postojali. Nije propisana neka posebna forma kojom se dokazuju troškovi postupka (Leach, 2005: 408), ali podneti dokumenti moraju biti dovoljno detaljni kako bi ESLJP iz njih mogao zaključiti da li su ispunjeni uslovi za njihovu naknadu. Kada su u pitanju advokatski troškovi, neophodno je da se navede koliko radnih sati je advokat bio angažovan na slučaju i cena jednog radnog sata. Za ostale troškove koje je aplikant imao, neophodno je da priloži kopije računa ili faktura. Sve dokaze za nastale troškove aplikant mora podneti u roku koji mu je Sud odredio za podnošenje zahteva za naknadu troškova postupka.<sup>54</sup>

Ukoliko aplikant ne priloži potrebnu dokumentaciju, ESLJP najčešće odbacuje zahtev za naknadu troškova.<sup>55</sup> Međutim, bilo je slučajeva gde Sud nije odbacio zahtev, već je dosudio delimičnu naknadu, iako ni za taj deo troškova nisu postojali dokazi.<sup>56</sup> U jednom predmetu Sud je, pak, od aplikanta zatražio dodatno razjašnjenje u pogledu traženih troškova i tom prilikom prihvatio naknadne dokaze koje je aplikant priložio.<sup>57</sup>

O podnetom zahtevu za naknadu troškova postupka ESLJP može odlučiti već u samoj presudi kojom se rešava suština spora. Ukoliko to pitanje u momentu donošenja presude o meritumu nije zrelo za odlučivanje, Sud će ga odložiti i rešiti u posebnoj presudi. Bilo je slučajeva gde je Sud odlučio o naknadi troškova u glavnoj presudi, a pitanje naknade štete

---

53 Hutten-Czapska v. Poland, GC [2006], §245, 250; Roman Zakharov v. Russia, GC [2015], §313–316.

54 Schatschaschwili v. Germany, GC [2015], §169.

55 Zubani v. Italy (Art. 41) [1999], §23; Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium (Art. 50) [1997], §24; Aka v. Turkey [1998], §60; Demir and Others v. Turkey [1998], §64.

56 Wilson, National Union of Journalists and Others v. UK [2002], §68–69; Pérez de Rada Cavanilles v. Spain [1998], §58; Belilos v. Switzerland [1988], §81–82. U jednoj novijoj presudi Sud je izričito potvrdio tu mogućnost. U njoj je rečeno da u slučaju kada zahtev za naknadu troškova postupka (kao i ostala dva vida pravičnog zadovoljenja) nije potkrepljen valjanim dokazima, takav zahtev „može” biti odbačen. Sud je upotrebio termin „može”, čime je sebi dao široku diskreciju prilikom odlučivanja o zahtevima koji nisu praćeni odgovarajućim dokazima; Altay v. Turkey (no. 2) [2019], §87.

57 Sporrang and Lönnroth v. Sweden (Art. 50) [1984], §33–39.

odložio za kasnije rešavanje.<sup>58</sup> Nismo naišli ni na jedan slučaj gde je Sud jedino odložio odlučivanje o troškovima postupka, već je to uvek činio zajedno sa odlaganjem odlučivanja o naknadi jednog ili oba oblika štete.

Kada je odluka o naknadi troškova postupka odložena, a stranke se u međuvremenu dogovore oko iznosa koji će država po tom osnovu isplatiti aplikantu, Sud će proveriti da li je taj sporazum „pravične prirode”, i ukoliko je to slu čaj, neće se više baviti tim aspektom pravičnog zadovoljenja.<sup>59</sup> Moguće je i da se aplikant i država dogovore samo oko dela troškova postupka, a da o preostalom iznosu troškova odluči Sud. Na primer, u predmetu *Airey protiv Irske* država i aplikant su postigli prijateljsko poravnanje oko troškova pred domaćim sudovima, ali se nisu mogli dogovoriti oko troškova vezanih za postupak u Strazburu, tako da je iznos naknade za te troškove odredio ESLJP.<sup>60</sup>

Ukoliko prihvati zahtev za naknadu troškova, Sud u presudi utvrđuje paušalnu sumu (engl. *lump sum*) za sve troškove postupka koje je priznao aplikantu. Dosuđivanje jedinstvene sume može stvoriti praktične probleme kada aplikant ima pravnog zastupnika jer se ne može utvrditi koliki novčani iznos je Sud odredio za uslugu zastupanja, a situacija se dodatno komplikuje ukoliko aplikant ima više zastupnika (Harris et al. 2014: 158). Sud je čak određivao jedinstvenu sumu za naknadu troškova postupka i kad je bilo više podnosilaca predstavke, bez utvrđivanja pojedinačnih iznosa naknade koji pripadaju svakom od aplikanata.<sup>61</sup> Ima i primera gde je ESLJP utvrdio jedinstvenu sumu koja je u sebi uključivala naknadu troškova postupka i naknadu nematerijalne štete.<sup>62</sup>

Podnosilac predstavke mora navesti broj računa na koji će naknada troškova biti uplaćena. Ukoliko želi da troškovi budu direktno plaćeni advokatu, aplikant će Sudu dati njegov broj računa.<sup>63</sup> Pored toga,

---

58 *Hutten-Czapska v. Poland* [2005], §196 –197. U ovom postupku slično je postupilo i Veliko veće, koje je u glavnoj presudi odlučilo o naknadi troškova postupka i nematerijalnoj šteti, a odložilo odluku o naknadi materijalne štete; *Hutten- Czapska v. Poland*, GC [2006], §247–251.

59 *X v. UK* (Art. 50), [1982], §25–26. Ukoliko se postigne sporazum i u pogledu ostalih aspekata pravičnog zadovoljenja, Sud će brisati predmet sa svoje liste (Reid, 2004: 545).

60 *Airey v. Ireland* (Art. 50) [1981], §10 –14.

61 *Young, James and Webster v. UK* (Art. 50), [1982].

62 *Stošić v. Serbia* [2013], §63–68.

63 Praktično upu tstvo, §22. Videti, na primer, predmet *Ruslan Yakovenko v. Ukraine* [2015].

aplikant može zahtevati da naknada troškova bude uplaćena na račun nekog trećeg lica.<sup>64</sup>

Naknada troškova postupka, kao što je to slučaj i kod ostala dva oblika pravičnog zadovoljenja, dosuđuje se u evrima. Ukoliko aplikant želi da dobije naknadu u nekoj drugoj valuti, Sud će odrediti da se utvrđeni iznos konvertuje u tu drugu valutu po kursu koji važi na dan isplate naknade.<sup>65</sup>

Sud određuje da se naknada troškova mora isplatiti u roku od tri meseca od donošenja presude, a ako država to ne učini, po isteku tog roka počinje da se obračunava kamata. Njena visina određuje se prema kamatnoj stopi Evropske centralne banke uvećanoj za tri procenta.

Na iznos koji je primio kao naknadu troškova postupka na osnovu čl. 41 Konvencije podnosilac predstavke ne plaća porez na dodatu vrednost. Za razliku od toga, iznosi koje su primili advokati predstavljaju oporezivi prihod (Laffranque, 2014: 86). Kada je u pitanju zaplena i izvršenje na novčanim sredstvima dobijenim putem pravičnog zadovoljenja, uključujući tu i naknadu troškova postupka, ESLJP smatra da ta sredstva treba da bude izuzeta od zaplene, jer bi se u protivnom osujetila svrha čl. 41 Konvencije. Međutim, Sud je istovremeno konstatovao da nije nadležan da rešava to pitanje, već se ono mora prepustiti nacionalnim organima.<sup>66</sup>

## 6. Zaključak

U praksi ESLJP naknada troškova postupka je, u načelu, povoljna za aplikante, jer sadrži određene pogodnosti koje na postoje u nacionalnim pravnim sistemima. Na prvom mestu, postupak je besplatan, tako da podnosioci predstavki nemaju obavezu plaćanja bilo kakvih sudskih taksi. Takvo rešenje je veoma povoljno za aplikante i omogućava im mnogo lakši pristup ESLJP nego što je to slučaj sa domaćim sudovima.

Međutim, vođenje postupka pred ESLJP povlači neke druge troškove koji mogu biti prepreka za korišćenje ovog mehanizma zaštite. Zbog toga je Poslovníkom Suda predviđena mogućnost da aplikanti slabijeg imovnog stanja dobiju besplatnu pravnu pomoć od Saveta Evrope. Čak i ako izgube spor, aplikanti nemaju obavezu da tu pomoć vrate, što deluje stimulatívno na njeno korišćenje.

Naredna povoljnost ogleda se u tome što se u pogledu naknade troškova ne primenjuje uvek princip „uspeha u sporu” iz domaćeg parničnog postupka,

64 OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia [2014], §50.

65 Praktično upu tstvo, §24.

66 Selmouni v. France [1999], §133.



tako da aplikant koji izgubi spor ne plaća sudske troškove tuženoj državi. Pored toga, podnosilac predstavke nema obavezu plaćanja troškova postupka ni u slu čaju povlačenja predstavke ili njenog odbacivanja usled neprihvatljivosti. Međutim, princip „uspeha u sporu” primenjuje se u slučaju kada podnosilac predstavke dokaže kršenje prava iz Konvencije. U toj situaciji odgovorna država je dužna da aplikantu nadoknadi troškove postupka.

Pogodnosti prilikom naknade troškova postupka koje postoje u evropskom sistemu predstavljaju značajan podsticaj da se žrtve kršenja prava iz Konvencije obraćaju ESLJP. Naravno, to ne isključuje potrebu za njihovim daljim unapređenjem, pogotovo u pogledu pružanja besplatne pravne pomoći.

### **Literatura/References**

Airey v. Ireland (Art. 50), No. 6289/73, 06. 02. 1981.

Aka v. Turkey, No. 19639/92, 23. 09. 1998.

Aktaş v. Turkey, No. 2435/94, 24. 04. 2003.

Altay v. Turkey (no. 2), No. 11236/09, 09. 04. 2019.

Anđelković v. Serbia, No. 1401/08, 09. 04. 2013.

Artico v. Italy, No. 6694/74, 13. 05. 1980.

Belilos v. Switzerland, No. 10328/83, 29. 04. 1988.

Brogan and others v. UK (Art. 50), Nos. 11209/84; 11234/84; 11266/84 and 11386/85, 30. 05. 1989.

Brozicek v. Italy, No. 10964/84, 19. 12. 1989.

Bulović v. Serbia, No. 14145/04, 01. 04. 2008.

Butler, A. S. (2000). Legal Aid Before Human Rights Treaty Monitoring Bodies. *International and Comparative Law Quarterly*. 2(49). 360–389. doi:10.1017/S0020589300064198.

Vasileva v. Denmark, No. 52792/99, 25. 09. 2003.

Gruodyte, E. Kirchner, S. (2016). Legal Aid for intervenors in proceedings before the European Court of Human Rights. *International Comparative Jurisprudence*. 1(II). 36–44. DOI: 10.1016/j.icj.2016.04.001.

Delta v. France, No. 11444/85, 19. 12. 1990.

- Demir and Others v. Turkey, Nos. 21380/93, 21381/93 and 21383/93, 23. 09. 1998.
- Dudgeon v. UK (Art. 50), No. 7525/76, 24. 02. 1983.
- Eckle v. Germany (Art. 50), No. 8130/78, 21. 06. 1983.
- Erdal, U. Bakirci, H. (2006). *Article 3 of the European Convention on Human Rights – A Practitioner’s Handbook*. Geneva: Organisation Mondiale contre la Torture.
- Zubani v. Italy (Art. 41), No. 14025/88, 16. 06. 1999.
- Zwaak, L. (2006). The Procedure Before the European Court of Human Rights. In: P. van Dijk et al. (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Antwerpen/Oxford: Intersentia. 95–290.
- I.J.L, G.M.R, and A.K.P. v. UK, Nos. 29522/95; 30056/96 and 30574/96, 25. 09. 2001.
- Ichim, O. (2015). *Just Satisfaction under European Convention on Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jakšić, A. (2006). *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*. Beograd: Pravni fakultet.
- Janković v. Serbia, No. 23915/15, 16. 05. 2017.
- Kamasinski v. Austria, No. 9783/82, 19. 12. 1989.
- Kurt v. Turkey, No. 24276/94, 25. 05. 1998.
- Laffranque, J. (2014). Can’t Get Just Satisfaction, In: Seibert-Fohr, A. and Villiger, M. E. (Eds.). *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft. 75–114.
- Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium (Art. 50), Nos. 6878/75 and 7238/75, 18. 10. 1982.
- Leach, Ph. (2005). *Taking a Case to the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany (Art. 50), Nos. 6210/73; 6877/75 and 7132/75, 10. 03. 1980.
- McCann and Others v. UK, No. 18984/91, 27. 09. 1995.
- Minelli v. Switzerland, No. 8660/79, 25. 03. 1983.
- Neumeister v. Austria, No. 1936/63, 07. 05. 1974.
- OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, No. 14902/04, 31. 07. 2014.

- Olewnik-Cieplińska and Olewnik v. Poland, No. 20147/15, 05. 09. 2019.
- Öztürk v. Germany (Art. 50), No. 8544/79, 23. 10. 1984.
- Papageorgiou v. Greece, No. 24628/94, 22. 10. 1997.
- Paunović, M. Carić, S. (2007). *Evropski sud za ljudska prava: nadležnost i postupak*. Beograd: Pravni fakultet.
- Pérez de Rada Cavanilles v. Spain, No. 28090/95, 28. 10. 1998.
- Pisano v. Italy, No. 36732/97, 24. 10. 2002.
- Popović, D. (2012). *Evropsko pravo ljudskih prava*. Beograd: Službeni glasnik.
- President of the ECtHR, Practice Direction – Just Satisfaction Claims, 28. 03. 2007.
- Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium (Art. 50), No. 17849/91, 03. 07. 1997.
- Raičević, N. (2005). Mere koje građani Srbije i Crne Gore mogu očekivati od Evropskog suda za ljudska prava u slučaju utvrđivanja povrede njihovih prava, U: Z. Radivojević (Prir.). *Evropski sistem zaštite ljudskih prava – iskustva i novi izazovi*. Niš: Pravni fakultet. 163–175.
- Reid, K. (2004). *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. London: Sweet & Maxwell.
- Roman Zakharov v. Russia, GC, No. 47143/06, 04. 12. 2015.
- Rules of Court, 9 September 2019.
- Schatschaschwili v. Germany, GC, No. 9154/10, 15. 12. 2015.
- Selmouni v. France, No. 25803/94, 28. 07. 1999.
- Shelton, D. (2015). *Remedies in International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Soering v. UK, No. 14038, 07. 07. 1989.
- Sporring and Lönnroth v. Sweden (Art. 50), Nos. 7151/75 and 7152/75, 18. 12. 1984.
- Stošić v. Serbia, No. 64931/10, 01. 10. 2013.
- Stradovnik v. Slovenia, No. 24784/02, 13. 04. 2006.
- Sunday Times v. UK (Art. 50), No. 6538/74, 06. 11. 1980.
- Tolstoy Miloslavsky v. UK, No. 18139/91, 13. 07. 1995.

Foley v. UK, No. 39197/98, 22. 10. 2002.

Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E., Buckley, C. (2014). *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Harris, D.J., Gomien, D., Zwaak L. (1996). *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*. Strasbourg: Council of Europe Publishing.

Hutten-Czapska v. Poland, No. 35014/97, 22. 02. 2005.

Hutten-Czapska v. Poland, GC, No. 35014/97, 19. 06. 2006.

Cengiz and Others v. Turkey, Nos. 48226/10 and 14027/11, 01. 12.

2015. Chember v. Russia, No. 7188/03, 03. 07. 2008.

Committee of Experts on the Reform of the Court. *Implementation of the Inter-laken Declaration: Draft Report on the Access to the Court – Fees for Applicants*. DH-GDR(2010)008 Addendum I, Strasbourg, 07. 05. 2010.

Wassink v. the Netherlands, No. 12535/86, 27. 09. 1990.

Welch v. UK, No. 17440, 09. 02. 1995.

Wildhaber, L. (2003). Article 41 of the European Convention on Human Rights: Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights. *Baltic Yearbook of International Law*. Vol. 3, 1–18.

Wilson, National Union of Journalists and Others v. UK, Nos. 30668/96, 30671/96 and 30678/96, 02. 07. 2002.

Windish v. Austria, No. 12489/86, 27. 09. 1990.

X v. UK (Art. 50), No. 7215/75, 18. 10. 1982.

Yakovenko v. Ukraine, No. 5425/11, 04. 06. 2015.

Young, James and Webster v. UK (Art. 50), No. 7601/76 and 7806/77, 08. 10. 1982.

**Prof. Zoran Radivojević, LL.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš  
**Prof. Nebojša Raičević, LL.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

**REIMBURSEMENT OF COSTS AND EXPENSES AS A FORM OF JUST  
SATISFACTION IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW**

**Summary**

*The reimbursement of the costs and expenses incurred by the applicant in the proceedings is the one form of just satisfaction which is not explicitly provided for in Article 41 of the ECHR. The costs and expenses incurred in order to prevent a violation of the Convention or to remedy the consequences of a violation thereof shall be reimbursed. They cannot be covered by the mere statement that the injury itself constitutes just satisfaction without awarding a monetary sum. The award relates both to the costs incurred by the applicant before the domestic authorities and in the proceedings before the ECtHR itself.*

*In terms of costs payment, the applicants are at a disadvantage as compared to the States. In order to mitigate this inequality, free legal aid has been established. It is granted by the ECtHR upon the applicant's written request or on its own motion. Legal aid shall be given if it is necessary for the proper conduct of the proceedings and if the applicant has insufficient means to meet all or part of the costs entailed. Free legal aid covers the fees of the applicant's legal representatives as well as other expenses incurred by the applicant and related to the proceedings.*

*The Convention does not provide the criteria for affording costs and expenses, but the issue is settled by the Court in each particular case. Through long-standing and extensive case law, a four-part test for awarding costs and expenses has been established. According to that test, the costs must cumulatively fulfill the following conditions in order to be reimbursed: they were incurred in connection with a violation of the Convention; they were actually incurred; they are necessary; and they are reasonable as to quantum.*

*As regards the procedure, the Court does not award the costs on its own motion or in excess of the amount claimed by the applicant. A claim for reimbursement can be made only by the plaintiff in his own name and within the time limit set by the Court. The request must be accompanied by all the necessary evidence to show that the costs were actually incurred. The Court may decide on the submitted request in the principal judgment or postpone this issue and settle it in a separate judgment. If*

*the Court has accepted the claim, it awards in the judgment the lump sum covering all recognized costs. The state must pay the reimbursement within three months and interest will accrue after the expiry of that period.*

**Key words:** *costs and expenses, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, reimbursement, just satisfaction, free legal aid.*

**Prof. Sanja Marjanović\*, LL.D.**  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

**Prof. Mirko Živković\*, LL.D.**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

originalni naučni rad  
10.5937/zrpfno-24511

UDK: 341.9  
342.71

Rad primljen: 10.12.2019.  
Rad prihvaćen: 26.12.2019.

## **SECURITY FOR COSTS IN THE 1982 PIL ACT: THE RESPONSIBILITY OF THE STATE FOR DISCRIMINATION?\***

**Abstract:** *The prohibition of discrimination and the right of access to justice are guaranteed by several international treaties and the national legislation in force in the Republic of Serbia. In terms of Private International Law, it could be questioned whether the duty of foreign nationals to provide the security for costs (cautio judicatum solvi) when initiating a lawsuit still adequately protects the defendant. In that respect, the issue of possible breach of the Serbian Constitution by Article 82 of the 1982 PIL Act arises. Consequently, depending on the response to this issue, there is a general concern about the responsibility for discrimination, which calls for urgent amendment of the relevant provision stipulated in the 1982 PIL Act.*

**Keywords:** *security for costs, PIL Act 1982, discrimination, nationality, Draft PIL Act 2014.*

### **1. Introduction**

The security for costs (*cautio judicatum solvi*) is a procedural institute of private international law aimed at protecting the defendant in the cross-border civil or commercial disputes. Depending on the national legislative solutions, it could be defined as the possibility to impose the duty to the plaintiff who fails to have the relevant contact with the forum State (e.g. nationality/domicile/habitual

---

\* sanja@prafak.ni.ac.rs

\* mirko@prafak.ni.ac.rs

\*\* This paper is a result of research conducted within the project "Harmonization of the Serbian law with the EU law", financed by the Faculty of Law, University of Niš, for period 2013-2019.

residence/property) and to deposit in advance a certain sum of money or some other property which corresponds to the estimated cost of the proceeding. The rationale of this procedural institute is to provide for a swift collection of costs if the plaintiff loses the case.

At the same time, *cautio judicatum* demonstrates the protective impact on the defendant's right to legal protection while conditioning the plaintiff's right of access to justice. In the later case, the high amounts of security for costs could jeopardize this fundamental human right (Vuković, Kunštek, 2005: 157). Hence, the *cautio judicatum solvi* has changed from an easy and favoured opportunity aimed at protecting the defendant into the institute *semi grata* in cross-border cases. This reversal is evident from the restrictions of the security for costs introduced at the international level. Moreover, the security for costs has been prohibited in the European Union, at least in cases involving the nationals of the Member States.

In the Serbian Private International Law, the situation on this issue is rather petrified due to the fact that the relevant provisions of the 1982 PIL Act<sup>1</sup> have not been altered. Thus, the security for costs could be imposed on the plaintiff solely on the ground of his/her foreign nationality. Bearing this fact in mind, the recent decision of the Belgian Constitutional Court<sup>2</sup> on the compatibility of the national rule on *cautio judicatum* and the constitutional prohibition of discrimination should draw the attention of the Serbian legislator. The same question could be made with regard to the 1982 PIL Act provisions on the security for costs and the Serbian Constitution.<sup>3</sup> In dealing with this problem, the authors first analyze the international conventions regulating the security for costs (which are binding for Serbia), as well as the relevant provisions of the 1982 PIL Act. At the same time, the authors raise the question of justification of the legislative protection of the Serbian nationals *de lege lata* in comparison to the procedural position of aliens as stipulated in the Serbian Constitution and their right of access to justice. This issue further entails the question whether the national legislator can condition the access to justice of the foreign plaintiff solely on the ground of nationality. Even if *cautio judicatum* is not *per se* contra-

---

1 Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Službeni list SFRJ*. Br. 43(1982), 72(1982) i *Službeni list SRJ*. Br. 46(1996) /The Act on Resolution of Conflict of Laws with regulations of Other Countries, *Official Gazette of the SFRY*. No. 43 (1982), 72(1982) and the *Official Gazette of the SRY*. No. 46 (1996).

2 Cour constitutionnelle, *Arrêt n° 135/2018 du 11 octobre 2018*, en cause: la question préjudicielle relative à l'article 851 du Code judiciaire, posée par le Tribunal de commerce de Liège, division Liège.

3 Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*. Br. 98 (2006) / The Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS*. No. 98 (2006).



dictory to the right of access to justice, the problem of discrimination could be borne to mind. Finally, the authors make proposals for the improvement of the current legislation *de lege ferenda*.

## **2. The Security for costs in the Serbian Private International Law**

In the Serbian Private International Law, *cautio judicatum solvi* is regulated in various legal sources. At the national level, the issue is tackled in Articles 82-84 of the 1982 PIL Act. At the international level, Serbia is bound by several multilateral international conventions which prescribe the exemption from the security for costs in all civil and commercial matters or only in certain matters. Besides, the issue is governed by all bilateral agreements in force in Serbia that regulate the issue of legal aid in civil matters.

### ***2.1.1. International treaties regulating the security for costs***

In respect of the multilateral treaties, the security for costs is in general regulated in the 1954 Hague Convention (which superseded the 1905 Hague Convention),<sup>4</sup> and in the 1980 Hague Convention.<sup>5</sup> Supplementary provisions on the security for costs may be found in other treaties dealing with specific PIL issues. This group of conventions includes: the 1980 Child Abduction Convention,<sup>6</sup> the 1956 New York Convention,<sup>7</sup> the 1999 Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF),<sup>8</sup> the 1973 Convention on the Contract for the International

---

4 Convention on Civil Procedure, *Official Gazette of the FPRY* - International treaties and other agreements. No. 6 (1962).

5 Convention on International Access to Justice, *Official Gazette of the SFRY* - International treaties. No. 4 (1998). It has replaced the Convention of 17 July 1905 on civil procedure.

6 Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, *Official Gazette of the SFRY* - International treaties. No. 7 (1991).

7 Convention on the Recovery Abroad of Maintenance, *Official Gazette of the FPRY* - International treaties. No. 2 (1960).

8 Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF), Uniform Rules concerning the Contract of International Carriage of Passengers by Rail (CIV), Uniform Rules Concerning the Contract of International Carriage of Goods by Rail (CIM), *Official Gazette of the SFRY* - International treaties. No. 8 (1984); Protocol of 20.12.1990. for the Modification of the Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF), *Official Gazette of the SRY* - International treaties. No. 3 (1993); Protocol of 3 June 1999 for the Modification of the Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF) of 9 May 1980, *Official Gazette of the RS* - International treaties. No. 102 (2007).

Carriage of Passengers and Luggage by Road (CVR)<sup>9</sup>, and the 1955 Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR).<sup>10</sup>

Regarding the Hague conventions on PIL, the 1954 Hague Convention and the 1980 Hague Convention prescribe the exemption from the security for costs in all civil and commercial matters. In the 1954 Hague Convention, the exemption is conditioned cumulatively by the nationality and the domicile of the plaintiff in the Contracting States (Art. 17). The 1980 Hague Convention introduces a more flexible solution which provides that all persons having the habitual residence in the Contracting State are relieved of *cautio judicatum solvi* (Art. 14). Unlike the 1954 Convention, the 1980 Convention explicitly extended the exemption to the legal persons habitually resident in a Contracting State. As Möller explains, the 1980 Convention provisions on the security for costs apply only if the national legislator of a Contracting State obliges the plaintiff or intervening party to provide the deposit due to their foreign nationality or domicile abroad. Conversely, if the duty of providing *cautio judicatum* is of a general nature and, without exception, equally affects the forum State's nationals or the plaintiffs resident or domiciled in this State, then the application of the 1980 Convention would lead to discrimination. Moreover, it would be contrary to its objective (Möller, 1983: 282). In both Hague conventions, the exemption is supplemented through the convention system of facilitating the enforcement of order for costs. This enforcement is triggered when the plaintiff or intervening party loses the dispute which subsequently raises the question of payment of costs as well as the protection of the defendant in whose favour the decision was rendered.<sup>11</sup>

Most of other multilateral treaties regulating the plaintiff's right of access to justice in cross-border disputes on the specific issues forbid the deposit in even more generous manner. Thus, the 1956 New York Convention exempts all creditors initiating the alimony proceedings, regardless of their nationality, domicile or habitual residence (Art. 9). The same idea is followed in the 1980 Child Abduction Convention. Hence, it prevents the payment of any security, deposit or bond in the judicial or administrative proceedings falling within the scope of the Convention for the return of the wrongfully removed or retained child (Art. 22). The 1999 COTIF Convention envisages that all plaintiffs instituting the proceedings on the ground of the CIV Uniform Rules, the CIM Uniform Rules, the CUV Uniform Rules, or the CUI Uniform Rules cannot be required to pay the

---

9 Convention on the Contract for the International Carriage of Passengers and Luggage by Road (CVR), *Official Gazette of the SFRY* - International treaties. No. 8 (1977).

10 Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR), *Official Gazette of the FPRY* - International treaties. No. 11 (1958).

11 See Arts. 18 para. 1 and 19 para. 4 of the 1954 Hague Convention, as well as Arts. 14 -17 of the 1980 Hague Convention.

security for costs (Art. 11). However, in the matter of international carriage by road, even more stringent conditions are set. According to the 1973 CVR Convention, the plaintiff can be exempted from *cautio judicatum* if he is a national of the Contracting State having the residence or the place of business in one of the Contracting States (Art. 21 para. 5). The same provision is envisaged in Article 31 para. 5 of the CMR Convention. However, in applying the latter, the Serbian courts have to be cautious due to the substantive mistake made in the official translation of the CMR Convention into Serbian language.<sup>12</sup>

On the other hand, the bilateral treaties guarantee exemption from *cautio judicatum solvi* to the nationals of the Contracting States,<sup>13</sup> or to the nationals who at the same time have the domicile or residence<sup>14</sup> in one of the Contracting Sta-

---

12 In the translation of the CMR Convention into Serbian, provided in the Regulation on the ratification of the CMR Convention, the substantive mistake was made in terms of residence. The Regulation uses the term “*stalno boravište*” which alludes to habitual residence. However, the CMR Convention uses the term “residence”. Therefore, the condition on “*stalno boravište*” is more difficult to fulfil than the condition on residence. Consequently, the translated text which is in the use in Serbia unduly narrows the conditions for exemption. For details on the difference between habitual residence and residence, see: Stanivuković, Živković, 2015:112-119.

13 Such as: Algeria (Agreement on legal assistance in civil and criminal matters between SFRY and Algeria, *Official Gazette of the SFRY - International Treaties*. No. 2 (1981); France (Agreement on facilitating the application of the Hague Convention on civil procedure of 1 March 1954 between SFRY and republic of France, *Official Gazette of the SFRY - appendix*. No. 21 (1971); Iraq (Agreement on legal and judicial cooperation between SFRY and Republic of Iraq, *Official Gazette of the SFRY - International Treaties*. No. 1 (1987); Italy (Convention on mutual legal assistance in civil and administrative matters between FPRY and Republic of Italy, *Official Gazette of the FPRY - appendix*. No. 5 (1963); Cyprus (Agreement on legal assistance in civil and criminal matters between SFRY and Republic of Cyprus, *Official Gazette of the SFRY - International Treaties*. No. 2 (1986); Russia (Agreement on legal assistance in civil, family and criminal matters between FPRY and SSSR, *Official Gazette of the FPRY - International Treaties*. No. 5 (1963); Slovakia and Czech Republic (Agreement on regulating legal relations in civil, family and criminal matters between FPRY and SR Czechoslovakia, *Official Gazette of the FPRY - appendix*. No. 13 (1964); Croatia (Agreement on legal assistance in civil and criminal matters between SRY and Republic of Croatia, *Official Gazette of the SRY - International Treaties*. No.1 (1998).

14 Such as: Turkey (Convention on mutual relations in judicial, civil and commercial matters between the Kingdom of Yugoslavia and Republic of Turkey, *Official Gazette*. No.26 (1936); Austria (Agreement on mutual legal transactions between FPRY and Republic of Austria, *Official Gazette of the FPRY - appendix*. No. 8 (1955); Bulgaria (Agreement on mutual legal assistance between FPRY and PR Bulgaria, *Official Gazette of the FPRY - International Treaties - appendix*. No.1 (1957); Greece (Convention on mutual legal relations in between FPRY and Kingdom of Greece, *Official Gazette of the FPRY - appendix*. No. 7 (1960); Hungary (Agreement on legal assistance in civil and criminal matters between SFRY and PR Hungary (1968), amended and supplemented in 1986, *Official Gazette of the SFRY - International Treaties*.

tes, or to the plaintiffs domiciled in the Contracting State or having immovable property in the forum State.<sup>15</sup>

In terms of multilateral conventions, the security for costs exemption has been gradually detached from the plaintiff's nationality. The treaties are expanding the scope of persons' exemption from the duty (thus protecting the plaintiff). Simultaneously, the provisions of the 1954 Hague Convention and the 1980 Hague Convention on the enforcement of orders for costs strive to strike a balance on the second pillar of the right of judicial protection aimed to protect the defendant who won the case. The same is true for bilateral treaties which (almost as a rule) envisage the special regime for the recognition and enforcement of orders for costs in the cases when the exemption from the *cautio iudicatum* was granted.<sup>16</sup>

### **2.1.2. The 1982 PIL Act**

Although the international conventions in force in Serbia provide a considerable lists of States where the exemption from the security for costs is guaranteed,<sup>17</sup> the issue still arises in the Serbian jurisprudence.<sup>18</sup> According to the 1982 PIL

---

No. 3(1968), *Official Gazette* - International Treaties. No.1 (1987), Mongolia (Agreement on legal assistance in civil, family and criminal matters between SFRY and PR Mongolia, *Official Gazette of the SFRY* - International Treaties. No.7 (1982); Poland (Agreement on legal transactions in civil and criminal matters between FNRJ and PR Poland, *Official Gazette of the FPRY* - appendix. No. 5 (1963); Romania (Agreement on legal assistance between FPRY and PR Romania, *Official Gazette of the FPRY*-appendix. No.8 (1961).

15 Such as: the United Kingdom (Convention between the Kingdom of Yugoslavia and the United Kingdom regulating mutual assistance in proceedings on civil and commercial matters pending before relevant judicial authorities, *Official Gazette*. No. 116(1937).

16 See *supra* ft. 14-16.

17 See *supra* ft. 14-16. The diplomatic reciprocity based on the multilateral treaties binding for Serbia includes 39 Contracting States of the COTIF Convention, 55 Contracting States of the CMR Convention, 8 Contracting States of the CVR Convention, 100 Contracting States of the 1980 Child Abduction Convention and 63 Contracting States of the 1956 New York Convention, as well as all the Contracting States of the 1954 Hague Convention which did not ratify the 1980 Hague Convention (26).

18 In the Serbian jurisprudence, it is not unusual to find decisions rendered upon the request for the security for costs: e.g.: Rešenje Višeg trgovinskog suda (Decision of the Higher Commercial Court) Pž. 9186/2007(1) od 22.11.2007. ; Rešenje Višeg trgovinskog suda (Decision of the Higher Commercial Court), Pž. 7628/2004 od 6.12.2004.; Rešenje Privrednog apelacionog suda (Decision of the Commercial Court of Appeal), Pž 2616/2017 od 17.5.2017; Rešenje Višeg trgovinskog suda (Decision of the Higher Commercial Court), XVIII Pž. 13836/2005 od 7.2.2006.; Rešenje Privrednog apelacionog suda (Decision of the Commercial Court of Appeal), Pž. 10770/2011(1) od 1.8.2012. According to the data provided by the Ministry of Justice of the Republic of Serbia, in 2019, the court asked for information on the reciprocity in terms of the security for costs in 17 cases.

Act, when a foreign citizen or stateless person who is not domiciled in Serbia institutes the court proceedings, he/she is obliged to deposit security for costs at the defendant's request. The defendant has to submit the request no later than the preparatory hearing. If the preparatory hearing has not been held, then the request has to be submitted at the first hearing on the merits before the defendant pleads to the merits, or as soon as he has learned that there are conditions for requesting the security for costs. The security for costs is usually provided in money, but the court may approve another suitable form. The plaintiff who is a foreign national could be exempted from the security on the ground of the reciprocity which could be diplomatic or factual (Art. 82 of the PIL Act 1982). However, in some cases, the fulfilment of the reciprocity condition is not easy to determine. From the viewpoint of the legal system (such as Serbian) insisting on the nationality alone, it may be difficult to appraise whether the factual reciprocity has been established if the plaintiff's national State does not attach the exemption to the nationality but rather to the territorial connecting factor (domicile, habitual residence, residence or property).

Besides the general rule regarding the foreign nationality, the 1982 PIL Act also prescribes that *cautio iudicatum* is excluded if the plaintiff enjoys the right of asylum in Serbia. Further on, the security cannot be requested in some types of disputes as expressly listed in the 1982 PIL Act. It includes the claim related to the plaintiff's receivable arising from his contract of employment in Serbia. The exemption applies also in marital disputes, or paternity or maternity disputes, or in case of maintenance obligations. Finally, *cautio* cannot be requested if the case involves an action upon a bill of exchange or cheque, or a counterclaim or issuance of a payment order (Art. 83 of the PIL Act 1982).

### **3. The justification of the 1982 PIL Act's solutions in terms of the Serbian Constitution**

Before the discussion on the (non)discriminatory nature of the conditions set in the 1982 PIL Act, it should be noted that the security for costs, as a procedural institute, does not *per se* imply the denial of justice (Palombino, 2018: 70). As it was stressed, in cross-border cases, the *ratio* of the protection of the defendant who even does not have to be a national of the forum State (Vuković, Kunštek, 2005: 155). The enforcement of the order for cost could depend on its recognition and enforcement in the State where the plaintiff has assets. In order to avoid this cumbersome situation, the security for costs could be justified. Although the institute is not contradictory to the right of access to justice, the conditions upon which it could be imposed have to be in line with the non-discrimination principle.

The prohibition of discrimination is introduced at the international level and in Serbian law. With regard to the international treaties binding for Serbia, the discrimination based on the nationality which may interfere with the right of access to justice or the equality before the law is envisaged in the UN Charter,<sup>19</sup> the Universal Declaration of Human Rights,<sup>20</sup> the International Covenant on Civil and Political Rights,<sup>21</sup> and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,<sup>22</sup> including Protocol No. 12 to the Convention.<sup>23</sup>

At the national level, the Serbian Constitution introduces the prohibition of the direct or indirect discrimination based on the nationality, among other grounds.<sup>24</sup> Moreover, the Constitution guarantees to everybody the right of access to independent, impartial court as well as the right of a fair trial, including the judicial protection of the human or minority rights envisaged in the Constitution.<sup>25</sup> The fact that the non-discriminatory principle is set in the Constitution allows for the direct application of the rights guaranteed in the Constitution. The human rights, including the right of access to justice, guaranteed by the rules of international law and confirmed by international treaties and statutory provisions, apply directly (Tasić, 2016: 134). Moreover, the non-discriminatory

---

19 Art. 55 para. 1(c) of the Charter calls for the universal respect of human rights and fundamental freedoms.

20 Art. 2 of the Universal Declaration envisaged that “everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.” Moreover, Art. 7 UDHR states that “*all are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination*” (emphasized by the authors).

21 Art. 26 of the 1966 Covenant prescribes that “*All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status*” (emphasized by the authors).

22 Art. 14 of the ECHR specifies that “the rights and freedoms set in the Convention shall be secured without discrimination on any ground such as ... national or social origin...”

23 Art. 1 of the Protocol No. 12 introduces the general prohibition of discrimination, complementing the provision of Art. 14 of the ECHR which entails the prohibition in terms of the right guaranteed by the Convention.

24 Art. 21 of the Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS*. No. 98 (2006).

25 Arts. 22 and 32 para. 1 of the Constitution.

principle is part of the Serbian public policy in Private International Law.<sup>26</sup> The Anti-Discrimination Act<sup>27</sup> envisages the equal right to legal protection, irrespective of personal properties.<sup>28</sup> In the civil court proceedings, the courts cannot refuse to decide on the claim if it has jurisdiction, while the parties enjoy the right of legal, equal and fair protection of their rights (Art. 2 of the Contentious Proceedings Act).<sup>29</sup> This duty equally refers to the plaintiff of Serbian or foreign nationality (Stanivuković, Živković, 2015: 150). However, the distinction has been made between the right of access to justice as a universal right and the right to file a claim which does not necessarily calls for the equality between the forum State's nationals and aliens (Jakšić, 2016: 262).

In that respect, one could question the justification of imposing the duty to deposit security for costs solely on the ground of foreign nationality which is envisaged in the 1982 PIL Act. As already noted, the main purpose of *cautio iudicatum* is to prevent the situation when the plaintiff does not have sufficient property in the forum State, which raises the concerns whether the order for costs against the plaintiff could be enforced abroad (Palambino, 2018: 70). The rules of the 1982 PIL Act preclude the court from releasing the plaintiff from the duty to deposit the security without breaking the law, even if he/she has the assets in Serbia. Although absurd, this outcome is inevitable.<sup>30</sup> The court can decide on the exemption only if the requirement of reciprocity is fulfilled. Still, even when the international treaty has to be applied exempting the plaintiff of *cautio iudicatum*, the courts prefer to order the security for costs.<sup>31</sup>

Since the discrimination entails the unjustified different position of the persons in the same or similar situation,<sup>32</sup> it should be borne to mind that the relevant provision of the 1982 PIL Act produces precisely this effect. Unlike foreign plaintiffs instituting a contentious proceeding in Serbia, the plaintiffs who are Serbian nationals living abroad would be in a more favourable position. Regardless of whether the plaintiff from this category has assets in Serbia, he/

---

26 Art. 4 of the 1982 PIL Act envisages a narrow definition of the Serbian public policy which includes the constitutional principles.

27 The Anti-Discrimination Act, *Official Gazette RS*. No. 22(2009).

28 Art. 4 of the Anti-Discrimination Act.

29 The Contentious Proceedings Act, *Official Gazette RS* No. 2 (2011), 49(2013), 74 (2013), 55 (2014), (87) 2018.

30 For the critique, see: Jakšić, 2016: 266; Stanivuković, Živković, 2015: 154 (in the context of the plaintiff's domicile in Serbia).

31 Rešenje Višeg trgovinskog suda (Decision of the Higher Commercial Court), Pž. 11892/2005 od 07.02.2006. and Rešenje Višeg privrednog suda (Decision of the Higher Commercial Court), Pž. 1032/2001 od 22.02.2001. See Jakšić, 2016: 266, ft. 896.

32 Art. 2 para. 1 (1) of the Anti-Discrimination Act.

she will not be obliged to deposit any security. Consequently, *cautio judicatum* becomes an inefficient way to protect the defendant who won the case due to the fact that the enforcement of the order for costs abroad is equally uncertain, as it would be if the plaintiff were an alien. Moreover, the plaintiffs possessing another nationality besides the Serbian one would be also exempt from the duty to pay the security for costs due to the principle of exclusiveness of the nationality of the forum State (the PIL Act, 1982, Art. 11 para. 1). In the age of mass migration, it may happen that the plaintiffs who are Serbian nationals do not have any assets in Serbia because they moved and settled abroad. At the same time, the plaintiff could be born abroad, living his/her all life abroad without any contacts with Serbia, but still having Serbian nationality due to the *ius sanguinis* principle.<sup>33</sup> In these circumstances, the plaintiff actually does not have to have any substantial link with Serbia except for the Serbian nationality. In terms of *cautio judicatum solvi*, even this “paper-based nationality” could serve as a ground for an *absolution* from *cautio judicatum*.<sup>34</sup> This unequal treatment constitutes at least indirect discrimination.<sup>35</sup>

When assessing whether the effects of such provision are disproportionate, the standpoint of the ECtHR on this issue has to be taken into consideration. As it was previously mentioned, the ECHR envisages the right to a fair trial (Article 6) which comprise the right of access to justice. Although crucial, this right is not absolute. Thus, it could be limited by the national legislation as long as these restrictions do not produce a negative effect on the essence of this right. Consequently, the State enjoys a margin of appreciation in this respect, but the ECtHR has the final word in evaluating whether there is a compliance with the requirements of the Convention.<sup>36</sup> The limitation could be of financial nature, which confirms that the security for costs does not *per se* lead to the denial of justice.<sup>37</sup> In the case *Mogielnicki v. Poland*,<sup>38</sup> the European Court found that:

33 The *ius sanguinis* principle is one of the grounds for acquiring Serbian nationality according to Art. 7 of the Nationality Act of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS*. No. 135 (2004), 90 (2007) and 24 (2018).

34 The problem of the so called “paper-based” Serbian nationality is not the exclusiveness of the security for costs but rather the common issue of the 1982 PIL Act. See in detail: Marjanović, 2013: 404.

35 See CJEU explanation of indirect discrimination in Case 152/73 *Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, Judgment of 12 February 1974. (Etinski, 2015: 42.)

36 ECtHR judgments in *Kreuz v. Poland* of 19 June 2001, and *VM. v. Bulgaria*, 45723/99 of 8 June 2006.

37 On the interpretation of the denial of justice in the cross-border cases, see Palombino, 2018: 62-64 and the literature referred therein.

38 The ECtHR judgment is available in French: *Affaire Mogielnicki c. Pologne* (Requête no 42689/09), Arrêt du 15 septembre 2015.



“Dans l’ensemble de ces affaires, la Cour a toutefois vérifié si les limitations appliquées n’avaient pas restreint l’accès ouvert au justiciable d’une manière ou à un point tels que le droit s’en était trouvé atteint dans sa substance même.” (Affaire *Mogielnicki c. Pologne* (Requête no 42689/09), Arrêt du 15 septembre 2015, para. 49)

In terms of *cautio judicatum*, the ECtHR has found that its nature serves the legitimate aim, which is the prevention of the defendant from being confronted with the impossibility of recovering the costs of the proceeding.<sup>39</sup> Nevertheless, it does not mean that any condition set in order to impose the security for costs could be acceptable.

In that regard, the recent decision of the Belgian Constitutional Court may serve as a guiding principle for the amendments of 1982 PIL Act’s rule on *cautio judicatum*. In 2015, the Commercial Court of Liège (*le Tribunal de commerce de Liège*) was seized in the litigation between the “Groupinvest-Liège” partners. By judgment of 6 October 2017 in the matter of *G.J. et M.B. contre la SNC “Groupinvest- Liège” en liquidation et autres*,<sup>40</sup> the Commercial Court of Liège submitted a request for a preliminary ruling to the Constitutional Court<sup>41</sup> because the defendants had raised an exception based on Article 851 of the Belgian *Code judiciaire*. According to Article 851 of the Belgian *Code judiciaire*, all foreign plaintiffs or intervening party have to deposit security for costs upon the request of the Belgian national. In the “Groupinvest-Liège” case, two plaintiffs were domiciled in Ecuador, and they did not have any property in Belgium anymore. The Commercial Court of Liège stated that the purpose of the *cautio judicatum solvi* is to protect the Belgian nationals against unfounded trial. This provision is based on the presumption that the foreign plaintiff having no property in Belgium could not pay the costs of the proceeding.<sup>42</sup>

The Belgian Constitutional Court noted that Article 851 of the *Code judiciaire* does not refer to the hypothesis of a Belgian claimant (a legal person or natural

---

39 The ECtHR Judgment in the case *Tolstoy Moloslavsky v. United Kingdom* (Application no. 18139/91) of 13 July 1995, paragraph 61.

40 *G.J. et M.B. contre la SNC “Groupinvest-Liège” en liquidation et autres*. Arrêt n° 135/2018 du 11 octobre 2018, p. 14.

41 The question was as follows: “Does Article 851 of the *Code judiciaire* violate the constitutional principles of equality and non-discrimination if it has the effect of treating differently a Belgian defendant as opposed to a foreign plaintiff and a Belgian defendant as opposed to a Belgian plaintiff living or established abroad, who has no assets in Belgium, so that the Belgian defendant has no guarantee that this plaintiff will be able to face a decision rendered against him?” *G.J. et M.B. contre la SNC “Groupinvest-Liège en liquidation et autres”*, Arrêt n° 135/2018 du 11 octobre 2018, p. 2.

42 *G.J. et M.B. contre la SNC “Groupinvest-Liège...”*, Arrêt n° 135/2018 du 11 octobre 2018, p. 7.

person), who would be domiciled or seated in a third State without having any assets in Belgium.<sup>43</sup> The Constitutional Court found that the Belgian defendant, who was brought before a court by a person having no assets in Belgium and seated abroad, would be exposed to the same risks even if the plaintiff were Belgian.<sup>44</sup> Therefore, the Court stated that the provision on *cautio judicatum* in *Code judiciaire* deals differently with the plaintiff's nationality, without taking into account the plaintiff's solvency situation in Belgium.<sup>45</sup> As a result, the Constitutional Court rendered the decision that this provision breaches the constitutional prohibition of discrimination and the principle of equality of the Belgian nationals before the law.<sup>46</sup>

The resemblance between Article 851 of the Belgian *Code judiciaire* and Article 82 of the Serbian PIL Act is striking. In the event when the case involves the plaintiff of a foreign nationality and the intervening party of Serbian nationality, pursuant to Art. 82 of the 1982 PIL Act, the alien would be obliged to deposit the security while the Serbian national would be automatically exempted from this duty even if he/she has no assets in Serbia. However, the main purpose of the *cautio iudicatum* is not to punish the alien who initiated the lawsuit but rather to establish the certainty of the prospective enforcement of the order for costs. If the plaintiff is a national of a forum State but lives abroad and has no assets in the forum State, then the defendant is left unprotected. As a result, *cautio iudicatum* becomes meaningless. Even more, the different treatment is discriminatory on the ground of nationality since it produces negative effect on the essence of the right of access to justice. Hence, the proceeding on the review of the constitutionality of Article 82 of the 1982 PIL Act could be initiated before the Serbian Constitutional Court.<sup>47</sup>

#### 4. Conclusion

As we have seen, the provision of Article 82 of the 1982 PIL Act could not be left in force without breaching the principle of non-discrimination, as envisaged

---

43 *Arrêt n° 135/2018 du 11 octobre 2018*, p. 8.

44 *Arrêt n° 135/2018 du 11 octobre 2018*, p. 10.

45 *Arrêt n° 135/2018 du 11 octobre 2018*, p. 10.

46 *Arrêt n° 135/2018 du 11 octobre 2018*, p. 10. Arts. 10 and 11 of the Belgian Constitution. The Constitutional Court imposed the duty to enact a new legislation (by 31 August 2019) to end the discrimination. The abrogation of the relevant provision on *cautio judicatum* was proposed even before the Constitutional Court judgment was rendered. *Proposition de loi abrogeant les articles 851 et 852 du Code judiciaire instituant l'exception de la caution de l'étranger demandeur* (déposée par Z. Genot et T. Van der Straeten), 2010.

47 Art. 50 of the Constitutional Court Act, *Official Gazette of the RS*. No. 109 (2007), 99 (2011), 18 (2013)...40(2015). No. 109 (2007), 99 (2011), 18 (2013)...40(2015).

in Article 21 of the Serbian Constitution and other national and international legal acts. The arguments correspond perfectly to those analysed in the decision of the Belgian Constitutional Court. Hence, it raises another dilemma: what solution should replace the current one? In that regard, we should bear in mind the rationale of the security for costs as well as the rules adopted in the comparative Private International Law. In terms of the latter, the 1980 Hague Convention has had an impact on the legislation of its Contracting States. The *cautio judicatum* is still envisaged in the legislation of nine Contracting States,<sup>48</sup> while eleven States do not request the security for costs.<sup>49</sup> In regard of the 17 non-Contracting States which took part in a survey carried out by the Hague Conference on Private International Law, *cautio judicatum* is still very much alive as a procedural institute, considering that only five States do not impose this duty.<sup>50</sup> However, nationality is not often used as a condition. Most of the States envisage some other criterion (habitual residence, domicile, seat, residence or property located abroad).<sup>51</sup>

When it comes to the States established after the dissolution of the SFRY, most of them have kept the same provision as the 1982 PIL Act in spite of fact that this Act is still applied only in Serbia and Bosnia and Herzegovina. The Republic of North Macedonia made a slight change in comparison with the 1982 PIL Act, envisaging the same conditions but excluding the legal persons (Deskoski, 2008: 455).<sup>52</sup> In the new Croatian PIL Act, the security for costs is imposed on the plaintiff who is not Croatian or a national of other EU State, or the State that is Party to another international treaty abolishing the security for costs. If this plaintiff has a domicile or seat in a non-EU State or in a non-Contracting State, he/she is obliged to provide security upon the defendant's request (Art. 61 para.

---

48 These states are: Bosnia and Herzegovina, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Estonia, Luxembourg, Serbia, Slovakia, and Sweden (Permanent Bureau, 2009: 7).

49 These states are: Brazil, Bulgaria, Finland, France, Lithuania, Malta, the Netherlands, Poland, Romania, Slovenia, and Spain (Permanent Bureau, 2009: 7).

50 These states are: Australia, El Salvador, Portugal, Sri Lanka, and Ukraine. On the other hand, this duty is still imposed in the legislation of Argentina, Belgium, Canada, Denmark, Germany, Hungary, Japan, Malaysia, Monaco, Norway, Russia, and the USA. The survey was taken by the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (Permanent Bureau, 2014: 14-19).

51 It includes Cyprus, Czech Republic, Estonia, Slovakia, and Switzerland. (Permanent Bureau, 2014: 26-27.)

52 *Zakonot za međunarodno privatno pravo, Služben vesnik na Republika Makedonija*. Br. 87 (2007). *Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje, Služben vesnik na RM*. Br.156 (2010) (Private International Law Act, *Official Gazette*. No. 87 (2007) with amendments of 2010, *Official Gazette*. No. 156 (2010).

1, the Croatian PIL Act 2017).<sup>53</sup> The Montenegrin PIL Act and the Slovenian PIL Act rely completely on the 1982 PIL Act (Art. 137, the Montenegrin PIL Act 2014; Art. 90, the Slovenian PIL Act 1999).<sup>54</sup> In all other States, except Croatia, the legislation on the security for costs is discriminatory as well.<sup>55</sup>

In respect of the possible solution *de lege ferenda*, the 2014 Draft PIL Act of the Republic of Serbia<sup>56</sup> brings a significantly different rule by introducing the habitual residence of the plaintiff in Serbia as a criterion for exempting him/her from the security (Art. 31). By providing the habitual residence of the plaintiff as a criterion, the Draft PIL Act places the foreign and Serbian nationals on equal footing. As a result, every plaintiff who does not have habitual residence in Serbia would be obliged to pay the security for costs upon the defendant's request regardless of his/her nationality. In addition, the Draft PIL Act corrects the error made in Article 82 of the 1982 PIL Act in respect of stateless persons. Instead of habitual residence, the current Act prescribes domicile,<sup>57</sup> in case of breach of the Convention relating to the Status of Stateless Persons (Art. 16 paras. 2 and 3 of the Convention on the Status of Stateless Persons, 1954).<sup>58</sup> Further on, in case of refugees, the 2014 Draft PIL Act makes a referral to the Convention relating to the Status of Refugees with its Protocol.<sup>59</sup>

Taking into consideration the other territorial factors which could be stipulated as a condition for the exemption from *cautio judicatum*, domicile would not be as adequate as habitual residence. The requirements which have to be met for a foreign national to establish his/her domicile in Serbia are very strict. Pursuant

---

53 Zakon o međunarodnom privatnom pravu, *Narodne novine*. br. 101 (2017) / Private International Law Act, *Official Gazette of Croatia*. No. 101 (2017).

54 Zakon o međunarodnom zasebnem pravu in postopku – ZMZPP (The PIL Act), *Uradni list RS*. Št. 56 (1999); Služben vesnik na Republika Makedonija. No. 87 (2007). *Službeni list CG*. Br. 1 (2014).

55 *Cautio judicatum solvi* violates Articles 14, 15, 22 and 23 of the Slovenian Constitution; Articles 17, 19 and 24 of the Montenegrin Constitution; Art. 2(4) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina; Art. 29 of the Constitution of North Macedonia.

56 Nacrt novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije, jun 2014 (The Draft on the new Private International Law Act of the Republic of Serbia, June 2014). Retrieved

21.11.2019. from <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna>.

57 The PIL Act, 1982, Art. 82 para. 1.

58 Convention relating to the Status of Stateless Persons, *Official Gazette of the FPRY*-supplement No. 9 (1959).

59 Convention relating to the Status of Refugees, *Official Gazette of the FPRY* ); *Official Gazette of the SFRY*-appendix. International Treaties, No. 15 (1967)/ Protocol on the Status of Refugees, *Official Gazette of the SFRY* -supplement. No. 7 (1960).

to the new Foreigners Act,<sup>60</sup> the Ministry of Internal Affairs can grant a domicile permit to a foreigner: a) who has been living continuously in Serbia for more than five years on the basis of a temporary stay permit; or b) who has been married for at least three years to a national of the Republic of Serbia or to a foreigner who has a domicile permit; or c) who is a minor, temporarily staying in Serbia, if one of his/her parents is a national of the Republic of Serbia or a foreigner who has a domicile permit, with the consent of the other parent; or d) who has his origins in Serbia (Arts. 67 and 68 of the Foreigners Act 2018). Exceptionally, a domicile permit may also be granted to foreigners whose temporary stay has been permitted, but only if it may be justified by humanitarian reasons, or if the interests of the Republic of Serbia prevail (Art. 68 para. 1(4) of the Foreigners Act 2018). Hence, some foreign nationals do not fulfil the conditions despite the fact that they actually have been living in Serbia for many years (Marjanović, 2016: 99-101). On the other hand, Serbian nationals living abroad could keep their ID cards proving their domicile in Serbia, which would allow for the exemption from the security for costs.<sup>61</sup> If the new provision on the security for costs would rely on the domicile, it could still make the discrimination possible, thus causing the breach of the Constitution once again.

The other possibility is to condition the exemption from the security for costs with possession of property located in Serbia, whose amount could cover the costs of the proceeding. This criterion could be envisaged as an alternative to the habitual residence. The habitual residence presupposes that the person has assets in the State where he/she resides,<sup>62</sup> since it is the State in which he/she has the centre of interests, taking into consideration all the circumstances of personal or business nature which indicate more durable connections with that State or the intention to establish such connections.<sup>63</sup> Moreover, the habitual residence could include legal persons as well,<sup>64</sup> who are also obliged to deposit the security for costs as a result of the interpretation of the courts.<sup>65</sup> Despite the fact that it is hard to anticipate the situation in which the habitual residence could

---

60 The Foreigners Act, *Official Gazette of the RS*, No. 24 (2018) and 34 (2019).

61 The Act on the domicile and residence of the RS citizens envisages the possibility declare the domicile as passive when a Serbian national does not live at the address stated in the ID card, but this solution has its own laws. See Art. 18 of the Act on Domicile and Residence of RS Citizens, *Official Gazette RS*, No. 87 (2011).

62 On the habitual residence, see Limante, 2018: 160-182. For the general overview, see especially Richez-Pons, 2004: 409-468.

63 In that sense, see Art. 6 of the 2014 Draft PIL Act.

64 See Art. 7 of the 2014 Draft PIL Act.

65 Rešenje Višeg trgovinskog suda (Decision of the High Commercial Court), Pž. 8563/2003 od 22.12.2003.

exist without having property located in that State, the property alone could be acquired irrespective of the habitual residence. Thus, the plaintiff could have assets in Serbia while he/she habitually resides elsewhere. The property criterion could serve as an alternative to the habitual residence in the prospective provision on *cautio judicatum*. Although the inclusion of the property criterion could be further discussed in the process of amending Article 82 of the PIL Act, the prolonged breach of the Constitution and the principle of non-discrimination by keeping the *status quo* certainly cannot be supported. Otherwise, the State can be brought to the ECtHR for breaching the prohibition of discrimination.

## References

Deskoski, T. (2008). The New Macedonian Private International Law Act of 2007, *Yearbook of Private International Law*. 10. 441-458.

Etinski, R. (2015). Concept of indirect discrimination under Article 14 of the European Convention on Human Rights. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 70 (2015). 41-58.

Limante, A. (2018). Establishing habitual residence of adults under the Brussels Ila regulation: best practices from national case-law. *Journal of Private International Law*. 14(2018). 160-181.

Jakšić, A. (2016). *Međunarodno građansko procesno pravo (International Civil Procedural Law)*. Beograd.

Marjanović, S. (2016). Personal name in Serbian Family law and Private International Law de lege lata and de lege ferenda. In: Živković, M. (Ed.): *4th Balkan Conference "Personal Name in Internal Law and Private International Law"*: Niš: University of Niš, Faculty of Law. 91-112.

Marjanović, S. (2013). Međunarodna nadležnost za sporove o izdržavanju u međunarodnom privatnom pravu Srbije de lege lata i de lege ferenda (International jurisdiction for maintenance disputes in the Serbian Private International Law de lege lata and de lege ferenda). *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 65.399-418.

Möller, G. (1983). Explanatory Report on the 1980 Hague Access to Justice Convention. U *Actes et documents de la Quatorzième session* (Tome IV, Entraide judiciaire). La Haye. 235-290

Palombino, F. M. (2018). *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*. T.M.C. Asser Press: The Hague.

Permanent Bureau (2009). *Summary of responses to the questionnaire of September 2008 relating to the access to Justice Convention, with analytical comments (summary and analysis document)*. 2009. Retrieved 21.11.2019. from <https://assets.hcch.net/upload/wop/2008pd15e.pdf>

Permanent Bureau (2014). *Synopsis of responses to the questionnaire of November 2013 relating to the Hague Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice (Access to Justice Convention)*, revised version of July 2014. Retrieved 21.11.2019. from <https://assets.hcch.net/docs/6795eb0b-3eed-47cf-84c3-13e257c85a98.pdf>

Richez-Pons, A. (2005). *La notion „residence“, Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale* (PhD thesis). Dalloz.

Stanivuković, M, Živković, M. (2015). *Međunarodno privatno pravo: opšti deo* (International Private Law: General Part). Beograd.

Tasić, A. (2016). *Postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije* (Civil Procedure in Anti-discrimination Lawsuits) (PhD thesis). Retrieved 21.11.2019. from [http://nardus.mpn.gov.rs/handle/123456789/9542?locale-attribute=sr\\_RS](http://nardus.mpn.gov.rs/handle/123456789/9542?locale-attribute=sr_RS)

Vuković, Đ., Kunštek, E. (2005). *Međunarodno građansko postupovno pravo* (International Civil Procedural Law). Zagreb.

International treaties and legislation

Charter of Fundamental Rights of the European Union. 2000/C 364/01. *Official Journal of the European Communities*, 18.12.2000; [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf)

Charter of the United Nations (1945), UN website: <https://www.un.org/en/charter-united-nations/>

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *Službeni glasnik RS-Međunarodni ugovori br.12 (2010)/Official Gazette RS-International treaties*, No.12 (2010).

International Covenant on Civil and Political Rights (1966), UN Treaty series 1976. <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>

Universal Declaration of Human Rights (UDHR, 1948), UN website: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

Konvencija o građanskom postupku, *Službeni list FNRJ - Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*. Br. 6 (1962)/Convention on Civil Procedure, *Official Gazette of the FPRY - International treaties and other agreements*. No. 6 (1962).

Konvencija o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima, *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*. Br. 4 (1988)/Convention on International Access to Justice, *Official Gazette of the SFRY - International treaties*. No. 4 (1998).

Konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*. Br. 7 (1991)/ Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, *Official Gazette of the SFRY - International treaties*. No. 7 (1991).

Konvencija o ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu, *Službeni list FNRJ - Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*. Br. 2 (1960)/ Convention on the Recovery Abroad of Maintenance, *Official Gazette of the FPRY - International treaties*. No. 2 (1960).

Konvencija o međunarodnim prevozima železnicom (COTIF), Jednoobrazna pravila o ugovoru o međunarodnom železničkom prevozu putnika i prtljaga (CIV), Jednoobrazna pravila o ugovoru o međunarodnom prevozu robe železnicama (CIM) / Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF), Uniform Rules concerning the Contract of International Carriage of Passengers by Rail (CIV), Uniform Rules Concerning the Contract of International Carriage of Goods by Rail (CIM), *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*. Br. 8 (1984)/

Konvencija o ugovoru o međunarodnom drumskom prevozu putnika i prtljaga (CVR) / Convention on the Contract for the International Carriage of Passengers and Luggage by Road (CVR), *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*. Br. 8 (1977)

Konvencija o ugovoru za međunarodni prevoz robe drumom (CMR) i Protokol uz Konvenciju/ Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR), *Službeni list FNRJ - Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*. Br. 11 (1958)

Konvencija o uzajamnoj pravnoj pomoći u građanskim i upravnim stvarima između FNRJ i Italijanske Republike/Convention on mutual legal assistance in civil and administrative matters between FPRY and Republic of Italy, *Službeni list FNRJ-dodatak*. Br. 5 (1963).

Konvencija između Kraljevine Jugoslavije i Republike Turske o uzajamnim odnosima u predmetima sudskim, građanskim i trgovačkim/ Convention on mutual relations in judicial, civil and commercial matters between the Kingdom of Yugoslavia and Republic of Turkey, *Službene novine*. Br.26 (1936).

Konvencija između Kraljevine Jugoslavije i Velike Britanije o uređenju međusobne pomoći u vođenju postupka u građanskim i trgovačkim stvarima koje su u tečaju ili koje mogu biti u tečaju pred odnosnim sudskim vlastima/Convention between the Kingdom of Yugoslavia and the United Kingdom regulating mutu-



al assistance in proceedings on civil and commercial matters pending before relevant judicial authorities, *Službene novine*. Br. 116(1937).

Konvencija o uzajamnim pravnim odnosima između FNRJ i Kraljevine Grčke/ Convention on mutual legal relations in between FNRY and Kingdom of Greece, *Službeni list FPRY*-dodatak.Br.7 (1960).

Konvencija o pravnom položaju lica bez državljanstva, *Službeni list FNRJ* –dodatak. Međunarodni ugovori. Br. 9 (1959). /Convention relating to the Status of Stateless Persons, *Official Gazette of the FPRY* - supplement. No. 9 (1959).

Konvencija o statusu izbeglica, *Službeni list FNRJ*- dodatak. Međunarodni ugovori Br.7 (1960)/ Convention relating to the Status of Refugees, *Official Gazette of the FPRY* ); and Protokol o statusu izbeglica, *Službeni list SFRJ*-dodatak. Međunarodni ugovori, br. 15 (1967)/ Protocol on the Status of Refugees, *Official Gazette of the SFRY* - supplement. No. 7 (1960).

Proposition de loi abrogeant les articles 851 et 852 du Code judiciaire instituant l'exception de la caution de l'étranger demandeur (déposée par Z. Genot et T. Van der Straeten), 2010; Retrieved 21.11.2019. from <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/52/2561/52K2561001.pdf>

Protocol No. 12 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (2000), [https://www.echr.coe.int/Documents/Library\\_Collection\\_P12\\_ETS177E\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P12_ETS177E_ENG.pdf)

Protokol o izmenama Konvencije o međunarodnim prevozima železnicim, *Službeni list SRJ* - Međunarodni ugovori. Br. 3(1993)/Protocol of 20.12.1990. for the Modification of the Convention concerning International Carriage by Rail (CO-TIF), *Official Gazette of the SRY* - International treaties. No. 3 (1993)

Protokol od 3.6.1999. o izmenama Konvencije o međunarodnim železničkim prevozima od 9.5.1980. *Službeni glasnik RS*- Međunarodni ugovori. Br. 102 (2007) /Protocol of 3 June 1999 for the Modification of the Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF) of 9 May 1980, *Official Gazette of the RS*- International treaties. No. 102 (2007).

Sporazum o olakšanju primene Haške konvencije o građanskom postupku od 1. marta 1954. između SFR Jugoslavije i Francuske Republike/Agreement on facilitating the application of the Hague Convention on civil procedure of 1 March 1954 between SFRY and republic of France, *Službeni list SFRJ*- dodatak. Br. 21 (1971).

Ugovor o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima između SFR Jugoslavije i DNR Alžir/Agreement on legal assistance in civil and criminal matters between SFRY and Algeria, *Službeni list SFRJ* - Međunarodni ugovori. No. 2 (1981).

Ugovor o pravnoj i sudskoj saradnji između SFR Jugoslavije i Republike Iraka/ Agreement on legal and judicial cooperation between SFRY and Republic of Iraq, *Službeni list SFRJ* - Međunarodni ugovori. No. 1 (1987).

Ugovor o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima između SFRJ i Republike Kipar/ Agreement on legal assistance in civil and criminal matters between SFRY and Republic of Cyprus, *Službeni list SFRJ* - Međunarodni ugovori. Br. 2 (1986).

Ugovor o pravnoj pomoći u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između FNRJ i SSSR-a/ Agreement on legal assistance in civil, family and criminal matters between FPRY and SSSR, *Službeni list SFRJ*. Br. 5 (1963).

Ugovor o regulisanju pravnih odnosa u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između SFRJ i SR Čehoslovačke Agreement on regulating legal relations in civil, family and criminal matters between FPRY and SR Czechoslovakia, *Službeni list SFRJ*- dodatak. Br. 13 (1964).

Ugovor između SRJ i Republike Hrvatske o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima/ Agreement on legal assistance in civil and criminal matters between SRY and Republic of Croatia, *Službeni list SRJ* - Međunarodni ugovori. Br. 1 (1998).

Ugovor o uzajamnom pravnom saobraćaju između FNRJ i Republike Austrije/ Agreement on mutual legal transactions between FPRY and Republic of Austria, *Službeni list FNRJ*-dodatak.Br.8(1955).

Ugovor o uzajamnoj pravnoj pomoći između FNRJ i NR Bugarske/Agreement on mutual legal assistance between FPRY and PR Bulgaria, *Službeni list FNRJ*-dodatak. Br. 1 (1957).

Ugovor o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima između SFRJ i NR Mađarske (1968) sa izmenama i dopunama (1986)/ Agreement on legal assistance in civil and criminal matters between SFRY and PR Hungary (1968), amended and supplemented in 1986, *Službeni list SFRJ*-dodatak. Br. 3(1968), *Službeni list SFRJ*- Međunarodni ugovori. Br.1 (1987).

Ugovor o pružanju pravne pomoći u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između SFRJ i Mongolske Narodne Republike/Agreement on legal assistance in civil, family and criminal matters between SFRY and PR Mongolia, *Službeni list SFRJ*-Međunarodni ugovori. Br.7 (1982).

Ugovor o pravnom saobraćaju u građanskim i krivičnim stvarima između FNRJ i NR Poljske/ Agreement on legal transactions in civil and criminal matters between FPRY and PR Poland, *Službeni list FNRJ*-dodatak. Br. 5 (1963).

Ugovor o pravnoj pomoći između FNRJ i Rumunske Narodne Republike/Agreement on legal assistance between FNRY and PR Romania, *Službeni list FNRJ*-dodatak. Br.8 (1961).

#### National legislation

Belgian Constitutional Court, *Arrêt n° 135/2018 du 11 octobre 2018*, en cause: la question préjudicielle relative à l'article 851 du Code judiciaire, posée par le Tribunal de commerce de Liège, division Liège. Published in *Revue belge de droit international privé*, 4/2018.

Ustava Republike Slovenije (Constitution of the Republic of Slovenia), *Uradni list RS*, št. 33/91-I, 42/97, UZS68, 66/00, UZ80, 24/03, UZ3a, 47, 68, 69/04, UZ14, 69/04, UZ43, 69/04, UZ50, 68/06, UZ121,140,143, 47/13, UZ148, 47/13, UZ90,97,99 in 75/16, UZ70a.

Ustav Crne Gore (Constitution of the Republic of Montenegro), *Službeni list CG*. Br. 1(2007) i 38(2013) - Amandmani I-XVI)

Ustav Bosne i Hercegovine (Constitution of Bosnia and Herzegovina), Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, *Službeni glasnik BiH*. Br. 25(2009) - Amandman I.

Ustav Republike Srbije (Constitution of the Republic of Serbia), *Službeni glasnik RS*. Br. 98 (2006).

Ustav na Republika Severna Makedonija (Constitution of North Macedonia), *Služben vesnik*. 2019.

Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (The Act on Resolution of Conflict of Laws with regulations of Other Countries), *Službeni list SFRJ*. Br. 43(1982), 72(1982) i *Službeni list SRJ*. Br. 46 (1996).

Zakon o zabrani diskriminacije Republike Srbije (The Anti-Discrimination Act), *Službeni glasnik RS*. Br. 22 (2009).

Zakon o parničnom postupku (The Contentious Proceedings Act), *Službeni glasnik RS*. Br. 2 (2011), 49(2013), 74 (2013), 55 (2014), (87) 2018.

Zakon o Ustavnom sudu (Constitutional Court Act), *Službeni glasnik RS*. Br. 109 (2007), 99 (2011), 18 (2013)...40(2015). No. 109 (2007), 99 (2011), 18 (2013)...40(2015).

Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku – ZMZPP (Private International Law Act of Slovenia), *Uradni list RS*. Št. 56 (1999);

Zakonot za međunarodno privatno pravo (Private International Law Act), *Služben vesnik na Republika Makedonija*. Br. 87 (2007), with amendments of

2010: Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje, *Služben vesnik na RM*. Br.156 (2010)

Zakon o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore (Private International Law Act of Montenegro), *Službeni list CG*. Br. 1 (2014).

Zakon o međunarodnom privatnom pravu Hrvatske (Private International Law Act of Croatia), *Narodne novine*. Br. 101 (2017)

Zakon o strancima (the Foreigners Act), *Službeni glasnik RS*, Br. 24 (2018) and 34 (2019).

Zakon o prebivalištu i boravištu građana Republike Srbije (Act on the domicile and residence of the RS citizens), *Službeni glasnik RS*, Br. 87 (2011)

Nacrt novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije, jun 2014 (Draft on the new Private International Law Act of the Republic of Serbia). Retrieved 21.11.2019. from [https:// www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna](https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna)

#### Case-Law

Affaire *Mogielnicki c. Pologne* (Requête no 42689/09), Arrêt du 15 septembre 2015

Cour constitutionnelle, *Arrêt n° 135/2018 du 11 octobre 2018*, en cause: la question préjudicielle relative à l'article 851 du Code judiciaire, posée par le Tribunal de commerce de Liège, division Liège. Published in *Revue belge de droit international privé*, 4/2018

Case C-152/73 *Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, Judgment of the CJEU of 12 February 1974.

Case C-323/95, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 20 March 1997 in *David*

*Charles Hayes and Jeannette Karen Hayes v Kronenberger GmbH*.

Case C-122/96, Judgment of the CJEU of 2 October 1997, *Stephen Austin Saldanha et MTS Securities Corporation et Hiross Holding AG*.

ECtHR case *Kreuz v. Poland*, Judgment of 19 June 2001.

ECtHR case *VM. v. Bulgaria*, Judgment of 8 June 2006.

ECtHR case *Tolstoy Moloslavsky v. United Kingdom*, Judgment of 13 July 1995 (Appl. no. 18139/91)

Rešenje Višeg trgovinskog suda, (Decision of the Higher Commercial Court) Pž. 9186/2007(1) od 22.11.2007. godine, *Sudska praksa trgovinskih sudova - Bilten* br. 4/2007.

Rešenje Višeg trgovinskog suda (Decision of the Higher Commercial Court), Pž. 7628/2004 od 6.12.2004. godine.

Rešenje Privrednog apelacionog suda (Decision of the Commercial Court of Appeal), Pž 2616/2017 od 17.5.2017. godine, *Sudska praksa privrednih sudova* - Bilten br. 4/2017.

Rešenje Višeg trgovinskog suda (Decision of the Higher Commercial Court), XVIII Pž. 13836/2005 od 7.2.2006. godine.

Rešenje Privrednog apelacionog suda, (Decision of the Commercial Court of Appeal), Pž. 10770/2011(1) od 1.8.2012. godine.

Rešenje Višeg trgovinskog suda (Decision of the Higher Commercial Court), Pž. 11892/2005 od 07.02.2006. godine.

Rešenje Višeg privrednog suda (Decision of the Higher Commercial Court), Pž. 1032/2001 od 22.02.2001. godine.

Rešenje Višeg trgovinskog suda (Decision of the High Commercial Court), Pž. 8563/2003 od 22.12.2003., *Sudska praksa trgovinskih sudova* - Časopis za privredno pravo, 1/2004, str. 21.

**Dr Sanja Marjanović**, Docent  
Pravnog fakulteta, Univerzitet u  
Nišu

**Dr Mirko Živković**,  
Redovni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu

## **AKTORSKA KAUCIJA I ZRSZ – ODGOVORNOST DRŽAVE ZA DISKRIMINACIJU?**

### **Rezime**

*Iako ustanova aktorske kaucije sama po sebi nije u suprotnosti sa pravom stranaca na pristup sudu, ona može izazvati druge jednako negativne posledice. U zavisnosti od toga kako je uređena, može voditi i kršenju zabrane diskriminacije i Ustava Republike Srbije. Nametanjem obezbeđenja parničnih troškova samo stranim državljanima bez ikakvih dodatnih kriterijuma (izuzev uzajamnosti), domaći državljani koji žive u inostranstvu a nemaju imovinu u Srbiji neopravdano se stavljaju u privilegovani položaj. Takvo zakonsko rešenje obesmišljava svrhu aktorske kaucije. Tuženog, zbog čije zaštite se aktorska kaucija uvodi, jednako tišti neizvesnost u pogledu izvršenja sudske odluke o troškovima ukoliko dobije spor, a tužilac nema imovinu u Srbiji. U takvim okolnostima, činjenica da tužilac ima strano odnosno domaće državljanstvo postaje irelevantno. Istovremeno, postavlja se pitanje ustavnosti ovako koncipirane odredbe o obavezi polaganja aktorske kaucije. Stoga, potrebna je hitna izmena odredbe člana 82 ZRSZ i otklanjanje diskriminacije koja je trenutno omogućena.*

**Ključne reči:** aktorska kaucija, ZRSZ (1982), diskriminacija, državljanstvo, Nacrt novog ZMPP (2014).

**Dr Mirjana Drenovak-Ivanović,\***  
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Beogradu

originalni naučni rad  
10.5937/zrpfno-23687

UDK: 502:34  
349.6

Rad primljen: 21.10.2019.  
Rad prihvaćen: 27.11.2019.

## **EKOLOŠKO PRAVO IZMEĐU JAVNOG I PRIVATNOG PRAVA**

**Apstrakt:** *Ugroženost prava ili interesa pojedinca prouzrokovana lošim stanjem ili povećanim zagađenjem životne sredine nikada ne ostaje povreda naneta samo tražiocu zaštite. Novi pravni instituti koji bi omogućili efikasniju, ekonomičniju, blagovremenu i suštinsku zaštitu prava na životnu sredinu određenog kvaliteta treba da urede pitanja od značaja za zaštitu kada je povređen ili ugrožen interes pojedinca ili grupe, ali i dalje od toga, kada je reč o povredi prava na zdravu životnu sredinu kao posebnog javnog interesa. Vezivanje zaštite tog prava za javni interes, otvara pitanje značaja koji zaštita životne sredine ima u jednom društvu i načina na koji se vrši gradiranje javnih interesa među kojima je i interes zaštite životne sredine. U radu se, polazeći od navedene pretpostavke, ukazuje na načela ekološkog prava i dominantne karakteristike javno-pravnog karaktera koje imaju uticaj na zaštitu prava na životnu sredinu određenog kvaliteta i u primeni privatnopravnih instituta pravne zaštite.*

**Ključne reči:** *interes zaštite životne sredine, javni interes, opštekorisna delatnost, zastupnici širih interesa javnosti, ekološka šteta.*

### **1. Uvod**

Osnovu procesnopravne zaštite prava na zdravu životnu sredinu nalazimo u upravnompravnoj zaštiti. Adekvatna zaštita tog prava, instrumentima upravnog prava, zahteva transformaciju opšteg upravnog postupka. Tradicionalno jednostranački postupak, u stvarima sa elementom zaštite životne sredine, upravni postupak postaje po pravilu dvostranački, sa učešćem stranke koju čini zainteresovana

\* mirjana.drenovak@ius.bg.ac.rs

\*\* Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta „Identiteti preobražaj Srbije” Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

javnost. Pravni okvir za zaštitu imovinskih prava koja ugrožavaju ili narušavaju stanje životne sredine sadržan je u propisima materijalnog prava, stvarnopravnog i obligacionog karaktera. Naše pozitivno pravo takvu zaštitu pruža, pre svega, opštim institutima u oblasti naknade štete, kao i institutom susedskih prava, među kojima najčešće službenostima u okvirima regulisanja svojinskopravnih odnosa. Sudska praksa pruža veliki broj primera koji ukazuju na brojne nedostatke i nedoslednosti zaštite pravnih odnosa u oblasti zaštite životne sredine u građanskom i upravnom postupku. Tako, na primer, u skladu sa pozitivnim pravom Srbije, vršioци opštekorisnih delatnosti, koji za te delatnosti imaju dozvole nadležnih organa, imaju obavezu da oštećenim licima naknade samo štetu koja prelazi normalne granice. U više navrata, u sudskoj praksi je zauzet stav da se naknada nematerijalne štete za pretrpljene duševne bolove, zbog negativnog uticaja industrijskih i susednih objekata na životnu sredinu, može dodeliti samo ako je utvrđeno postojanje materijalne štete koja prevazilazi „normalne granice”. Pri tome, emisije moraju da budu takvog intenziteta da prouzrokuju kontinuirani duševni bol. Periodične emisije, čak i kada prevazilaze granične vrednosti u određenim vremenskim intervalima, prema iznetim stavovima suda, ne opravdavaju nadoknadu nematerijalne štete (Drenovak Ivanović 2017: 71).

Razloge za nedovoljno razvijene pravne institute kojima se pruža zaštita prava na zdravu životnu sredinu nalazimo ne samo u činjenici da pitanja od značaja za zaštitu zdrave/adekvatne/odgovarajućeg kvaliteta životne sredine pripadaju grani prava koja se razvija tek od 70-ih godina X X veka, već i u nedovoljnom poznavanju načela na kojima je ekološko pravo zasnovano i čija primena znači nužno i prilagođavanje javnopravnih i privatnopravnih instituta pravne zaštite prirodi ekološke stvari (Symes: 29). Nakon uvodnog razmatranja, u drugom delu rada se ukazuje na osnovna načela ekološkog prava čija je primena nužna u stvarima sa elementom zaštite životne sredine, i javnopravne i privatnopravne prirode. U trećem delu rada se analiziraju pravni mehanizmi kojima se može postići zaštita prava na zdravu životnu sredinu kao javnog interesa. Polazeći od toga da tužilac u postupku, javnopravne ili privatnopravne prirode u vezi sa zaštitom životne sredine, ne štiti samo svoje pravo i interes, već i opšti interes zaštite životne sredine, u četvrtom delu rada se analiziraju postojeći modeli privatnopravnih instituta kako bi se utvrdilo u kojoj meri isti omogućavaju i zaštitu životne sredine kao javnog interesa. U petom delu rada se ukazuje na novine u opštem upravnom postupku i analizira njihov uticaj na zaštitu prava na zdravu životnu sredinu kao javnog interesa.



## **2. Uticaj primene načela ekološkog prava na promenu pravnog okvira koji uređuje postupanje u stvarima sa elementom zaštite životne sredine javnopravne i privatnopravne prirode**

U uporednom i domaćem pravu nailazimo na ujednačen odabir načela koja čine osnovu primene ekološkog prava (Kuril, 2018: 126). Među jedanaest načela koje uvodi naš Zakon o zaštiti životne sredine (2014) izdvajamo nekoliko onih koji su značajni za razumevanje postojećeg položaja pravne zaštite i pravaca uslovljenih kako domaćom tako i uporednom praksom, pre svega praksom Evropskog suda pravde.<sup>1</sup> Reč je o načelu održivog razvoja, načelu „zagađivač plaća”, načelu informisanja i u češća javnosti i načelu zaštite prava na zdravu životnu sredinu i pristupu pravosuđu.

Na ideju o usklađivanju zaštite životne sredine i ekonomskog razvoja koji za rezultat ima kvalitet životnog okruženja nailazimo još u Prvom principu Stokholmske deklaracije (1972). Nakon Izveštaja Brundland komisije ukazano je na rezultate tadašnjih naučnih ispitivanja koja su ukazala da dalji ekonomski rast, bez usklađivanja sa kvalitetom životne sredine, dovodi u opasnost život i zdravlje ljudi i vodi trajnom urušavanju kvaliteta životne sredine. Brundland komisija je dala prvu, i do danas široko prihvaćenu, definiciju koja održivi razvoj određuje kao onaj kojim se ispunjavaju potrebe sadašnjosti, bez uskraćivanja mogućnosti budućim generacijama da zadovolje svoje potrebe.<sup>2</sup> Godinama je načelo održivog razvoja bilo osnov za to da se u primeni pravnih pravila i pripremi strateških dokumenata jednaka važnost daje zaštiti životne sredine i ekonomskom razvoju (Drenovak Ivanović, 2017a: 81). Razvoj prava klimatskih promena doneo je nove izazove, među kojima je i pitanje aktivne legitimacije budućih generacija. Drugim rečima, otvorena je potreba da se pronađe pravni mehanizam koji bi omogućio učešće u pripremi strateških dokumenata, planova i programa, kao i odlučivanju u pojedinačnim slučajevima, predstavnicima koji štite interes budućih generacija, kao jednom od osnovnih elemenata načela održivog razvoja (Gordon, 2018: 49).

Načelo „zagađivač plaća”, kao osnovno načelo u primeni pravnih instituta koji uređuju naknadu ekološke štete, po prvi put na međunarodnom nivou

---

1 Čl. 9 Zakona o zaštiti životne sredine, *Sl. glasnik RS*, 135/2004, 36/2009, 36/2009 - dr. zakon, 72/2009 - dr. zakon, 43/2011 - odluka US, 14/2016, 76/2018, 95/2018 - dr. zakon i 95/2018 - dr. zakon.

2 Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, Transmitted to the General Assembly as an Annex to document A/42/427 - Development and International Co-operation: Environment. 1987.

razrađeno je Rio deklaracijom (1992).<sup>3</sup> Princip 16 Rio deklaracije uvodi pristup po kome zagađivač treba da snosi sve troškove zagađenja „vodeći računa o zaštiti javnog interesa”. Analiza uporedne prakse ukazuje na to da je prvobitan model uređenja naknade ekološke štete u skladu sa opštim principima odgovornosti za štetu, zbog posebnosti pojma ekološke štete koji uključuje ne samo potrebu da se zaštiti privatni interes pojedinca kome je šteta prouzrokovana, već i obavezu da se naknadi šteta naneta samoj životnoj sredini kao i javnom interesu očuvanja zdrave životne sredine. Nakon Rio deklaracije, Evropska komisija donosi smernice koje će dovesti do razvoja modela naknade štete prouzrokovane životnoj sredini u okviru EU<sup>4</sup> i postavljanje osnova u Direktivi o šteti prema životnoj sredini.<sup>5</sup>

Načelo pristupa ekološkim informacijama i učešće javnosti je osnovno načelo ekološkog prava kojim je potreba da se odluka o aktivnostima koje nose određeni ekološki rizik može doneti samo uz učešće, sa svojstvom stranke u postupku, lica koja će takvom riziku biti izložena, uneta i u naše pravo. Njegova primena otvara veći broj pitanja koja se odnose na to koja pravna i fizička lica mogu imati položaj stranke u postupku (Boström, Uggla, 2018: 114–127). Dok novi Zakon o opštem upravnom postupku (ZUP)<sup>6</sup> sadrži rešenja koja osnov za postojanje aktivne legitimacije usklađuju sa prirodom ekološke upravne stvari, zakoni koji uređuju zaštitu životne sredine propisima materijalnog prava, stvarnopravnog i obligacionog karaktera ne prepoznaju u dovoljnoj meri potrebu da se kroz oblik privatnopravne zaštite povreda životne sredine zaštiti i kao posebna vrednost od javnog interesa, što će biti predmet posebne analize u četvrtom i petom delu rada.

Na prethodna načela se nadovezuje načelo zaštite prava na zdravu životnu sredinu i pristupa pravosuđu, čija se primena ogleda u uvođenju mahanizama koji garantuju da pravna i fizička lica imaju pravo na pravnu zaštitu u svim slučajevima kada je povređen bilo koji zakon koji uređuje pitanja od značaja za zaštitu životne sredine. Reč je o pravu na žalbu nadležnom organu, tužbu nadležnom sudu, kao i obraćanje nezavisnim organima. Ovo načelo ukazuje na potrebu da se pravo na pravnu zaštitu u stvarima od značaja za zaštitu životne sredine pronade u okvirima domaće pravne tradicije, uz vođenje računa o transformaciji

---

3 *Rio Declaration on Environment and Development*, 1992.

4 *Green Paper on Remedying Environmental Damage*, COM(93) od 14. maja 1993. god.

5 *Directive 2004/35/CE on environmental liability*, 56–75.

6 Zakon o opštem upravnom postupku, *Sl. glasnik RS*, 18/2016.

tradicionalnih procesnih pretpostavki u cilju omogućavanja pravne zaštite i u novim oblastima društvenog razvoja.

Pitanja koja se dalje otvaraju jesu na koji način postojeći pravni okvir uklju čuje načela ekološkog prava, da li je zaštita prava na zdravu životnu sredinu kao javnog interesa dosledno prepoznata u važećem pravnom okviru, i koji su pravci noveliranja u cilju integracije zaštite životne sredine kao javnog interesa u stvarima sa elementom zaštite životne sredine, i javnopravne i privatnopravne prirode.

### **3. Pravni mehanizmi kojima se može postići zaštita prava na zdravu životnu sredinu kao javnog interesa**

Dalje se otvara pitanje postoje li pravni mehanizmi koji zdravu životnu sredinu izdvajaju u odnosu na druge javne interese, pružajući joj posebnu pravnu zaštitu. Drugim rečima, postoje li mehanizmi koji garantuju da će, kada ga ima, interes zaštite životne sredine biti prepoznat i, kao minimalni zahtev, meren jednako sa ostalim angažovanim javnim interesima u odmeravanju pretežnijeg javnog interesa? Predmet dalje analize će biti posebni upravni postupci koji prepoznaju potrebu zaštite životne sredine, i koje svrstavamo u posebne upravne postupke imajući u vidu veliki broj procesnih pravila koja odstupaju od opšteg upravnog postupka u cilju sprovođenja valjane procene uticaja različitih aktivnosti na životnu sredinu.

Da je interes zaštite životne sredine poseban javni interes, uočavamo u primeni posebnog upravnog postupka procene uticaja na životnu sredinu koji uređuje postupak u kome se mogu utvrditi sve posledice planiranog projekta na životnu sredinu i razmotriti alternativna rešenja kako bi se pronašlo ono koje u najmanjoj meri narušava stanje životne sredine. Pitanje koje se dalje otvara jeste da li su mehanizmi koji prepoznaju interes zaštite životne sredine i garantuju njegovu pravnu zaštitu uneti i u širi pravni okvir koji prethodi ili sledi proceni uticaja na životnu sredinu? Takav mehanizam prepoznat je u nedavno usvojenom Zakonu o radijacionoj i nuklearnoj sigurnosti i bezbednosti. U smislu tog zakona, izgradnja nuklearnog postrojenja se može dozvoliti samo ako je reč o izgradnji na lokaciji za koju je donet prostorni i urbanistički plan i ako je izdato rešenje o građevinskoj dozvoli u skladu sa postupkom procene uticaja na životnu sredinu.<sup>7</sup>Ako u analizu uvedemo pravni okvir koji uređuje postupak planiranja i

---

7 Čl. 127, st. 1 Zakona o radijacionoj i nuklearnoj sigurnosti i bezbednosti. Od takvog pravila su, među tim, izuzeta mobilna postrojenja za obradu radioaktivnog otpada

izgradnje, dolazimo do drugačijih zaključaka. Tako je, na primer, Zakon o planiranju i izgradnji, kao jedan od osnova za izdavanje građevinske dozvole, postavljao uslove definisane procenom uticaja na životnu sredinu sve do 2014. godine.<sup>8</sup> No, i takvo rešenje se odnosilo samo na određena postrojenja i objekte, pretežno hemijske industrije. Važeći Zakon o planiranju i izgradnji takav osnov ne poznaje, a procenu uticaja na životnu sredinu ne uvodi ni kao uslov za prijavu i izvođenje radova.<sup>9</sup>

To u praksi često dovodi do toga da investitor započinje sa građevinskim ili pripremnim radovima bez završenog postupka procene uticaja na životnu sredinu, iako zaštita posebnog javnog interesa upravo nalaže da se isti proceni i adekvatno zaštititi pre sprovođenja izgradnje objekta, što uključuje i radove koji prethode građenju. Ostavljajući po strani pitanje da li procena uticaja na životnu sredinu može da bude potpuna ako se uvede još u fazi kada postoji idejno rešenje ili projekat sa kojim se zahteva izdavanje građevinske dozvole, ili bi je trebalo uključiti kasnije, kada se priprema projekat za izvođenje građevinskih radova, ovde ukazujemo na to da postojeći pravni okvir interes zaštite životne sredine uvodi tek u fazi tehničkog pregleda objekta, tj. u fazi kada je objekat već projektovan, kada je prihvaćena i ugrađena tehnologija koja će biti korišćena i kada je objekat već izgrađen. To otvara i pitanje postoji li adekvatno pravo na pravnu zaštitu, imajući u vidu potencijalne postupke u kojima će, utvrde li se greške u postupku procene uticaja na životnu sredinu, jedina mogućnost za otklanjanje nedostataka koji imaju značajan negativan uticaj na životnu sredinu biti uklanjanje objekta i povraćaj životne sredine u pređašnje stanje?

Izvedena analiza pokazuje da zakoni koji uređuju oblast prostornog planiranja i izgradnje ne uvode interes zaštite životne sredine na adekvatan način. Istim zakonima se jasno ne ukazuje na procesne radnje u postupku izgradnje koje se ne mogu preduzimati bez pribavljanja Studije o proceni uticaja na životnu sredinu, niti daju osnovu za usklađenu primenu Zakona o proceni uticaja na životnu sredinu, koji u tom pitanju ima prirodu *lex specialis*, sa Zakonom o planiranju i izgradnji, koji u tom pitanju ima prirodu *lex generali*.

---

što odstupa od rešenja ranije važećeg Zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti, čl. 48.

8 Čl. 133, st. 2, tač. 4 Zakona o planiranju i izgradnji, *Sl. glasnik RS*, 72/2009, ..., 98/2013 - odluka US.

9 Čl. 54–57 i čl. 135–137 Zakona o planiranju i izgradnji, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2009, ..., 37/2019 - dr. zakon, čl. 54–57 i čl. 135–137.

U cilju izvođenja zaključaka o pravcima koji bi usaglasili analizirane pravne izvore, ukazujemo na primere iz uporednog prava i prakse Evropskog suda pravde, kao i osnove koji su odlučujući u dolaženju do odgovora na pitanje treba li u konkretnom slučaju dati prednost interesu zaštite životne sredine kao pretežnijem javnom interesu. Odlučujući u postupku po prethodnom pitanju u vezi sa mogućnošću da Belgija produži životni vek dva nuklearna reaktora, Evropski sud pravde (ESP) je razmatrao i pitanje pravilnog odmeravanja javnih interesa među kojima je i interes zaštite životne sredine. Postavljajući ciljeve energetskeg razvoja, Belgija je 2003. godine donela zakon koji utvrđuje obavezu postepenog zatvaranja nuklearnih elektrana nakon isteka 40 godina od dana početka rada, što se odnosi na period između 2015. i 2025. god., uz izuzetak da se rok u pojedinačnom slučaju produži ako je to neophodno radi sprečavanja nastanka ozbiljnog prekida u snabdevanju strujom, kao opštekorisne delatnosti. Od 7 postojećih reaktora, zatvaranje 2 (*Doel 1* i *Doel 2*) je odloženo. Rad postrojenja *Doel 1* je produžen za 10 godina, a istovremeno je za isti period odloženo i zatvaranje postrojenja *Doel 2*, bez sprovođenja procene uticaja na životnu sredinu. Ekološka udruženja su tim povodom podnela Ustavnu žalbu smatrajući da je takva odluka mogla da bude doneta samo nakon sprovođenja postupka procene uticaja na životnu sredinu. Razmatrajući iznete stavove, u postupku po prethodnom pitanju koji mu je uputio Ustavni sud Belgije, ESP je razmatrao i pitanje odnosa interesa kontinuiranog snabdevanja strujom i interesa zaštite životne sredine. Evropski sud pravde je ukazao na to da je, donošenjem zakona kojim se operateri obavezuju na postepeno zatvaranje nuklearnih elektrana, ukazano na opasnost koju njihov dalji rad ima na životnu sredinu i zdravlje ljudi. Trajno ili privremeno odustajanje od programa koji je zasnovan na takvoj analizi se može razmotriti samo nakon procene uticaja na životnu sredinu, kako produženog rada, tako i svih mera dodatne zaštite koje se planiraju, a ako postoji i uticaj na zaštićena staništa, projekat se može odobriti samo nakon procene uticaja koja pokazuje da on neće imati negativan uticaj na celovitost područja.<sup>10</sup>

Odluka o produženju rada nuklearnih elektrana i dozvola koje se odnose na svako pojedinačno postrojenje bez sprovođenja procene uticaja na životnu sredinu bila bi pravno valjana samo ako država članica dokaže da je ista doneta kako bi se osigurala sigurnost snabdevanja električnom energijom, koja bi bila „razumno verovatno” ugrožena ako bi se preduzete mere odložile preduzimanjem procene uticaja na životnu

---

<sup>10</sup> Case C-411/17 *Inter. Environment Wallonie ASBL and Bond Neter Leefmilieu Vlaaderen ASBL v Conseil des ministres* [2019] par. 168.

sredinu.<sup>11</sup> Potreba da se osigura snabdevanje električnom energijom, kao jedan od ciljeva energetske politike i javni interes, može biti preovlađujući u odnosu na interes zaštite životne sredine, samo onda kada postoji potreba za otklanjanjem stvarne i ozbiljne pretnje od prekida u snabdevanju. Pri tome se, kao interes obavljanja opštekorisne delatnosti, može uzeti u obzir samo osiguranje minimalnog nivoa snabdevanja.<sup>12</sup> Dodatnu zaštitu interesu zaštite životne sredine pruža obaveza države da takvu pretnju najpre činjenično utemelji i utvrdi da ne postoje druga sredstva i mogućnosti kojima se sigurnost snabdevanja može zaštititi.<sup>13</sup> Podsećajući da je reč o izuzetnim merama koje daju mogućnost da se na pravnoj snazi održe mere domaćeg prava koje nije u skladu sa direktivama EU, čime se u odnosu na interes zaštite životne sredine pretežniji značaj daje drugom javnom interesu, ESP je istakao da se takve mere mogu primenjivati samo onoliko koliko je nužno potrebno da bi se ta neusklađenost uklonila, tj. da se sprovede postupak procene uticaja na životnu sredinu.<sup>14</sup>

#### **4. Da li postojeći modeli privatnopravnih instituta omogućavaju i zaštitu životne sredine kao javnog interesa?**

Načela ekološkog prava, sadržana u Zakonu o zaštiti životne sredine i većem broju zakona koje uređuju pojedina pitanja od značaja za zaštitu životne sredine, ukazuju na obavezu da se posebna zaštita interesa zaštite životne sredine obezbedi i privatnopravnim institutima (Henriksen, Ponte, 2018: 23–45). Pitanje koje se dalje otvara jeste da li postojeći instituti takvu zaštitu i garantuju. Analize pokazuju da se u zaštiti svojinskopravnih odnosa ne ide dalje od povreda koje su nanete određenom licu u konkretnom slučaju (Drenovak Ivanović, 2015: 107). Stoga je težište ovog istraživanja na analizi čl. 156 Zakona o obligacionim odnosima, koji uređuje mogućnost podnošenja zahteva da se ukloni opasnost štete. Već st. 3 člana 156 ukazuje na odstupanje od pružanja zaštite životne sredine, ukazujući na to da u slučajevima u kojima dođe do nastanka štete u obavljanju opštekorisne delatnosti za koju je dobijena dozvola nadležnog organa, naknada štete može da se zahteva samo onda kada prelazi normalne granice. Za tako važan

---

11 Case C-411/17, par. 101.

12 Izdvojeno mišljenje Opšteg pravobranioca *Kokott* od 29. novembra 2018. god. u predmetu C-411/17, par. 186–194.

13 Case C-411/17, par. 178–179.

14 Case C-411/17, par. 182.

izuzetak nisu ponuđeni dodatni kriterijumi ili bliže određenje koje bi pomoglo u identifikovanju uslova poput onih iznetih u predmetu *Inter. Environment Wallonie ASBL*, koji pretežnost nad interesom zaštite životne sredine mogu dati interesu obavljanja opštekorisne delatnosti. To, dalje, ukazuje na potrebu da se izvrši analiza sudske prakse.

Jedan od retkih primera primene tog instituta, poznatog i kao ekološka tužba, jeste predmet u kome je korisnik ribarskog područja, koji ribarsko područje koristi za sportski i privredni ribolov, podneo tužbu protiv vlasnika i korisnika hidroelektrane zbog pomora velikog broja riba.<sup>15</sup> Tokom remonta hidroelektrane, došlo je do smanjenja nivoa reke i zamućenja, što je dovelo do uginuća ribe. Tom prilikom je otvoreno pitanje da li posedovanje licence za obavljanje energetske delatnosti, kao opštekorisne delatnosti, rešenja o vodoprivrednoj dozvoli, kojom su utvrđene kote normalnog i minimalnog uspora pri remontu, kojih se tuženi pridržavao, kao i činjenica da je remont bio neophodan da se spreči nastanak „enormne štete“, koja bi za posledicu imala onemogućavanje proizvodnje električne energije, može da argumentuje da je interes obavljanja opštekorisne delatnosti pretežniji u odnosu na interes zaštite životne sredine? Interes zaštite ribljeg fonda kao poseban javni interes zaštićen je Zakonom o zaštiti i održivom korišćenju ribljeg fonda (ZZOKRF).<sup>16</sup> Kao meru zaštite posebnog javnog interesa ZZOKRF (čl. 27, st. 3 i st. 4) utvrđuje zabranu naglog pražnjenja veštačkih akumulacija, čime se otklanja mogućnost naglog uginuća ribe, kao posledice do koje je pre donošenja zakona veoma često dolazilo. Ipak, u ostalim zakonima koji uređuju zaštitu javnih interesa i zaštitu interesa obavljanja opštekorisne delatnosti ne nailazimo na kriterijume o tome na koji način se navedeni interesi mogu gradirati, čak ni o mogućim rešenjima koja su korisniku hidroelektrane ili korisniku ribarskog područja na raspolaganju ako dođe do vanrednog ili havarijskog pražnjenja akumulacije. Kako tuženi u predmetu nije imao zvanične potvrde do koje kote je pražnjena akumulacija, niti dokaz da su vanredne okolnosti uslovile pražnjenje akumulacije, sud nije dalje ulazio u postavljena pitanja i nije ukazao na kriterijume na osnovu kojih bi se konstituisao sistem gradiranja javnih interesa kada je jedan od angažovanih i interes zaštite životne sredine. Tuženi je argumentovao tvrdnju da nije naneta šteta koja prelazi normalne granice time da

---

15 *Presuda Privrednog suda u Užicu*, br. 3. P. 426/2011.

16 Zakon o zaštiti i održivom korišćenju ribljeg fonda, *Sl. glasnik RS*, 128/2014

je šteta nastala tokom prinudnog ispuštanja jezera, a imajući u vidu nemerljivu štetu koja bi nastala da do takvog ispuštanja nije došlo. U obrazloženju presude se ukazuje samo na ocenu suda da je reč o šteti koja prelazi granice normalne štete, bez daljeg razjašnjenja osnova. Ipak, nailazimo na ocenu da posedovanje licence za obavljanje energetske delatnosti ne može biti osnov za oslobađanje od naknade pričinjene štete. To bi mogao da bude početak za uvođenje prakse uspostavljanja jasnih parametara na osnovu kojih će se procenjivati šta je opštekorisna delatnost u konkretnom slučaju, u kom periodu i u kom obimu se može govoriti o nužnosti njenog obavljanja, i do koje granice bi njeno obavljanje uživalo pretežniji interes u odnosu na druge javne interese?

U navedenom predmetu je otvoreno i pitanje šta je osnovna svrha koja se naknadom štete postiže: uspostavljanje stanja koje je postojalo pre prouzrokovanja štete ili novčana odšteta? Zakon o obligacionim odnosima navodi četiri modela naknade materijalne štete. Prvi, koji se navodi u čl. 185, st. 1 je uspostavljanje stanja koje je postojalo pre nastanka štete. Četvrti model, određen u čl. 185, st. 4, je onaj koji određuje obavezu da se naknada izvrši u novcu „osim ako okolnosti datog slučaja opravdavaju uspostavljanje ranijeg stanja“. Čini se da je naknada ekološke štete, imajući u vidu da je reč ne samo o šteti koja pogađa pojedinca, već koja se posredno čini i širem krugu lica, upravo osnov za postojanje okolnosti koje opravdavaju njenu naknadu, primarno uspostavljanjem ranijeg stanja, sa ili bez utvrđivanja i dodatne novčane kazne (Haddock, Polsby, 2018: 118). Takav stav, međutim, nije zauzet u analiziranom predmetu. Sud je stao na stanovište da oštećeno lice može odmah da zahteva naknadu štete u novcu, a da prethodno ne zatraži uspostavljanje ranijeg stanja. To ukazuje na potrebu da se, imajući u vidu prirodu ekološke štete, način njene naknade zakonom drugačije uredi kako bi se istovremeno naknadila i šteta koja se nanosi posebnom interesu zaštite životne sredine i šteta koja se nanosi oštećenom licu.<sup>17</sup>

Navedena analiza pokazuje da interes zaštite životne sredine nije sistemski prepoznat kao javni interes kome se pruža posebna zaštita u postojećim modelima privatnopravnih instituta. Čak i kada je posebnim zakonima prepoznat kao poseban interes zaštite, takav položaj se gubi u primeni opštih instituta u oblasti naknade štete.

---

17 Jedno od mogućih rešenja nalazimo u ZZOKRF (čl. 16, st. 3) koji određuje dužnost korisnika ribarskog područja da sredstva dobijena po osnovu naknade štete nanete ribljem fondu namenski upotrebi za zaštitu i unapređenje ribljeg fonda, kao i obavezu da o tome izvesti nadležno ministarstvo. Time je u ZZOKRF ukazano na svrhu u naknade štete.



## **5. Da li rešenja novog Zakona o opštem upravnom postupku mogu da budu osnov za zaštitu prava na zdravu životnu sredinu kao javnog interesa**

Izvedene analize pokazuju da ideja o potrebi zaštite zdrave životne sredine kao javnog interesa ima najjače uporište u zakonima koji predstavljaju osnov ekološkog prava u određenoj oblasti, koji su po pravilu *lex specialis*. Sledeći uočenu matricu, pitanje koje se otvara jeste da li Zakon o opštem upravnom postupku (ZUP) daje pravnu garanciju da će u upravnom postupku odluke u ekološkim stvarima biti donete uz prepoznavanje i vrednovanje interesa zaštite životne sredine kao javnog interesa?

Čini se da novi ZUP prepoznavanje takvog interesa unosi u odredbe o postupku uklju čivanja zainteresovane javnosti, dajući stranačku legitimaciju ne samo pojedincima, već i „zastupnicima javnog interesa ovlašćenim posebnim zakonom” i „zastupnicima kolektivnih interesa”. To znači da je opšti upravni postupak transformisan tako da pravo da u upravnom postupku učestvuju u svojstvu stranke imaju i „zastupnici javnog interesa ovlašćeni posebnim zakonom, zastupnici kolektivnih interesa ili zastupnici širih interesa javnosti koji su organizovani u skladu sa važećim propisima, u slučaju kada na te interese može da utiče rezultat upravnog postupka.”<sup>18</sup> Status stranke sada pripada pravnim licima i udruženjima građana koja se bave zaštitom, unapređenjem i promocijom zaštite životne sredine, kao zaštitnicima kolektivnih i širih interesa javnosti, jer se pretpostavlja da imaju pravni interes za učešće u postupcima od značaja za zaštitu životne sredine. To, dalje, znači da se težište prava/obaveze da brine o interesu životne sredine prenosi na: a) pojedince koji su direktno pogođeni narušavanjem stanja životne sredine i b) udruženja, koja u važećem zakonodavstvu i dalje mogu imati različite forme pravnog statusa i nisu ograničena godinama postojanja ili uslovima koji se odnose na kvalitet rada, koja nemaju obavezu da dokazuju status ugroženosti i povrede interesa do koga će doći donošenjem pojedinačne odluke u ekološkoj stvari radi sticanja svojstva stranke u postupku (Vatn, 2018: 170–177).

Celovita zaštita procesnih prava kojima se postiže zaštita životne sredine podrazumeva istovremeno ojačavanje položaja različitih subjekata kao stranke u postupku donošenja ekoloških odluka. Pitanje koje se dalje otvara jeste da li je širi pojam stranke u postupku postavljen ne samo u odnosu na zainteresovanu javnost već i na organe koji su

---

18 Čl. 44, st. 3 Zakona o opštem upravnom postupku.

ovlašćeni da zastupaju javni interes? Raniji ZUP je priznavao svojstvo stranke u postupku javnom tužiocu, javnom pravobraniocu i drugim državnim organima koji su ovlašćeni da zastupaju javni interes.<sup>19</sup> Istim organima je dato i pravo da izjave žalbu kada je rešenjem povređen zakon u korist fizičkog ili pravnog lica, a na štetu javnog interesa.<sup>20</sup> Novi ZUP ne daje položaj stranke u postupku tim organima. Time je nezavisnim telima, poput Ombudsmana i Poverenika za informacije od javnog značaja, uskraćeno pravo da pokrenu upravni postupak ili izjave žalbu kada je povređen interes od značaja za zaštitu životne sredine.

## 6. Zaključak

Zaštita zdravlja ljudi i životne sredine jeste javni interes koji nosi potrebu da se u slu čajevima kada dođe do njegove povrede zaštite i prava pojedinaca i prava šire zajednice. Bez obzira na to da li je reč o spornosti privatnopravnog ili javnopravnog karaktera, u pronalaženju rešenja treba poći od prirode ekološke stvari koja je dominantno javnopravnog karaktera. Izvedene analize pokazuju da je takav pristup vidljiv u pojedinim zakonima, čiji se efekat, međutim, gubi u primeni opštih instituta pravne zaštite.

Rezultati analiza pokazuju da bi drugi javni interes trebalo uzeti kao pretežniji u odnosu na interes zaštite životne sredine samo izuzetno, restriktivno i vodeći računa da se zaštita tog drugog interesa uzima kao zaštita, takođe, posebnog interesa, a ne opšteg, čiju bi petežnost u poređenju sa drugim angažovanim interesom trebalo osporiti. Praksa Evropskog suda pravde, na primeru osiguranja snabdevanja električnom energijom, ukazuje da obavljanje opštekorisne delatnosti ne znači i apsolutni i bezgranični prioritet koji se mora zadovoljiti čak i kada je ugrožen neki drugi javni interes. To otvara potrebu da se razlikuje opšti interes sigurnosti snabdevanja i posebni interes koji podrazumeva osiguranje minimalnog nivoa snabdevanja. Što, dalje, znači da kada se određenim pravnim pravilom odredi postupak koji ima za cilj da se obezbedi zaštita životne sredine, time je prioritet već dat zaštiti zdravlja ljudi i zaštiti životne sredine kao javnom interesu. Izuzeci koji se odnose na suprotstavljanje tih interesa interesu obavljanja opštekorisne delatnosti mogu biti samo privremeni i dozvoljeni u onoj meri u kojoj se zadovoljava minimum postizanja javne sigurnosti (u ovom slučaju minimalna sigurnost snabdevanja, pri čemu se uzimaju u obzir svi

---

19 Čl. 42 Zakona o opštem upravnom postupku.

20 Čl. 213, st. 2 Zakona o opštem upravnom postupku.

izvori snabdevanja energijom, a ne samo snabdevanje energijom iz jednog izvora), a ne opšti javni interes (u ovom slučaju širi javni interes u vezi sa obezbeđenjem snabdevanja električnom energijom).

### Literatura/References

Boström, M., Uggla, Y. and Hansson, V., 2018. Environmental representatives: whom, what, and how are they representing?. *Journal of environmental policy & planning*, 20(1), 114–127.

Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm 1972.

Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, OJ L 143, od 30. aprila 2004, 56–75.

Drenovak Ivanović, M., 2017. Indemnity for non-material damage due to negative environmental impact of industrial and adjacent facilities: the Serbian case and ECtHR case Law, *South Eastern Europe and the European Union - Legal Perspectives*, Series of Papers, Volume 3, 71–83.

Drenovak Ivanović, M., 2017a. *Ekološko pravo Evropske unije – načela i karakteristike posebnih upravnih postupaka*. Beograd.

Drenovak Ivanović M., Đorđević S., Važić S., 2015. *Pravni instrumenti ekološke zaštite – građanskopravna i krivičnopravna zaštita*. Beograd.

Haddock, D. D: Polsby, D. D., 2018. *Toxic Torts: Problems of Damages and Issues of Liability*, Meiners, R., (ed.) „Cutting Green Tape: Pollutants, Environmental Regulation and the Law”. Routledge.

Henriksen, L.F. and Ponte, S., 2018. Public orchestration, social networks, and transnational environmental governance: Lessons from the aviation industry. *Regulation & governance*, 12(1), 23–45.

Izdvojeno mišljenje Opšteg pravobranioca Kokott od 29. novembra 2018. god. u predmetu C-411/17, ECLI:EU:C:2018:972.

Gordon, G.J., 2018. Environmental Personhood. *Colum. J. Envtl. L.*, 43, 49.

*Green Paper on Remedying Environmental Damage*, COM(93) od 14. maja 1993. god.

Kuril, J., 2018. Public administration for safe and secure environment: case of Slovak Republic.

Predmet C-411/17, *Inter.Environment Wallonie ASBL and Bond Neter Leefmilieu Vlaanderen ASBL v Conseil des ministres*, od 29. jula 2019, ECLI:EU:C:2019:622.

*Presuda Privrednog suda u Užicu*, br. 3. P.426/2011 od 7. maja 2012. god.

*Rio Declaration on Environment and Development*, UNEP, Rio de Janeiro 1992.

Symes, C., 2018. Environmental protection orders and insolvency: It is onerous to disclaim, or to prioritise or to resolve the conflict of two public interests. *Australian Resources and Energy Law Journal*, 37(1), 29.

Vatn, A., 2018. Environmental governance—from public to private?. *Ecological economics*, 148, 170–177.

Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*. Br. 18/2016.

Zakon o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik RS*. Br. 72/2009, 81/2009 - ispr., 64/2010 - odluka US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 - odluka US, 50/2013 - odluka US i 98/2013 - odluka US.

Zakon o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik RS*. Br. 72/2009, 81/2009 - ispr., 64/2010 - odluka US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 - odluka US, 50/2013 - odluka US, 98/2013 - odluka US, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019 i 37/2019 - dr. zakon.

Zakon o radijacionoj i nuklearnoj sigurnosti i bezbednosti, *Službeni glasnik RS*. Br. 95/18 i br. 10/19.

Zakon o zaštiti životne sredine, *Službeni glasnik RS*. Br. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - dr. zakon, 72/2009 - dr. zakon, 43/2011 - odluka US, 14/2016, 76/2018, 95/2018 - dr. zakon i 95/2018 - dr. zakon.

Zakon o zaštiti i održivom korišćenju ribljeg fonda, *Službeni glasnik RS*. Br. 128/2014 i 95/2018 - dr. zakon.

**Prof. Mirjana Drenovak-Ivanović, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Belgrade

## **ENVIRONMENTAL LAW BETWEEN PUBLIC LAW AND PRIVATE LAW**

### **Summary**

*The basis for procedural protection of environmental rights is found in administrative procedure. In order to establish guarantees of an adequate and effective legal protection in environmental matters by administrative law instruments, the general administrative procedure should be transformed. Traditionally a one-party procedure, the administrative procedure necessarily becomes a two-party procedure, involving the participation of the public concerned. The legal framework for the protection of property rights which endanger or jeopardize the state of the environment is contained in the substantive law. The Serbian legal system provides such protection by envisaging general institutes in the field of compensation for damage and regulation of property rights. The case law provides many examples that point to numerous inconsistencies in the system of environment protection in civil and administrative proceedings. Thus, for example, operators of general-purpose activities are obliged to compensate injured persons only for damage exceeding normal limits. On several occasions, the case law has shown that the compensation of non-material damage for sustained physical pain, due to the negative impact of industrial and adjacent objects on the environment, can only be granted if the existence of property damage exceeding the "normal limits" is established. In doing so, emissions must be of such intensity as to cause continuous physical pain. According to the case law, periodic emissions, even when they exceed the limit values during certain intervals, do not justify the compensation of non-material damage.*

*The reasons for the underdeveloped legal institutes that provide environment protection are found not only in the fact that the issues of protection of a healthy or adequate environment of certain quality fall into a branch of law that has been developing since the 1970s but also in the fact that there is insufficient understanding of the principles on which environmental law is based and whose implementation entails the necessary and essential change of legal instruments in both public and private law. The plaintiffs in public or private proceedings concerning environmental issues do not only protect their own rights and interests but also the general interest of environment protection. Infringement of the rights or interests of an individual caused by increased environment pollution would never remain a hindrance only to the protection seeker. New legal institutes that would ensure a more efficient, economical, timely and substantive protection of environmental rights should regulate issues of relevance to protection when an individual or group's interest is endangered*

*gered or jeopardized, as well as in the event of a violation of the right to healthy environment as a object of special public interest and value. Linking the protection of this right to the public interest raises the issues of importance that environment protection has in a society and the way in which public interests are graded, including the interest of environment protection. Starting from this assumption, the paper points to the principles of environmental law and the dominant features of public law which have a significant impact on environmental protection in cases where legal institutes of private law are applied.*

**Keywords:** *environmental law, environment protection, instruments, public law, private law.*

**Prof. Jowanka Jakubek-Lalik\*, PhD**

*Adjunct Professor, Institute of Administrative Law,*

*Public Administration Research Unit,*

*Faculty of Law and Administration, University of Warsaw, Poland*

originalni naučni rad

10.5937/zrpfm0-23432

UDK: 352/353:342(438)

Rad primljen: 01.10.2019.

Rad prihvaćen: 05.11.2019.

## **THE ROLE OF LOCAL SELF-GOVERNMENT IN THE POLISH CONSTITUTIONAL SYSTEM**

**Abstract:** *Local government reform has been acknowledged to be one of the biggest successes of political transformation in Poland. Municipalities (gminy) gained strong powers and are now responsible for many public services of crucial importance to local communities. The districts (powiaty) and provinces (województwa) were also given important competences in the fields of public services and the responsibility for their development. Their autonomy is guarded by legal, institutional and financial guarantees and strong local leaders. The carefully designed institutional framework of local and regional government seemed to be permanent and durable, guaranteeing strong decentralization and providing local and provincial authorities with substantial decision-making powers and responsibilities for a vast majority of public services. Such a broad field for the functioning of the local government does not remain without interpretation problems. The consecutive central governments were finding common ground in their instrumental approach to local authorities' independence. It was convenient for the state to decentralize problems and challenges, while keeping control over finance and other resources, as well as looking for ways to increase supervisory powers over local government. Almost 30 years after the reintroduction of territorial self-government in Poland, it is expected to be well rooted in the constitutional system of Poland, but is it really so?*

**Keywords:** *Polish constitutional system, local and regional government.*

---

\* j.jakubek@uw.edu.pl

## **1. Introduction**

This paper analyses the local government's competences in Poland and provides a description of legislative framework and practical features of Polish local self-government in the context of its relations with the central government. It argues that the understanding of local government's decision-making competences needs to be wide, in order for the local government to achieve substantial autonomy and prevent growing recentralization tendencies.

The structure of the paper is as follows. In the first part, the concept of decentralization is analysed, with special focus on its understanding as the right of local communities to govern themselves (bottom-up approach), envisaged in the European Charter of Local Self-Government. Secondly, the history of local government restoration and reform in Poland is examined, as well as the legal framework and most important legal principles (enshrined in the 1997 Constitution and acts of parliament), to present the degree of local autonomy for the territorial units. Subsequently, the framework of self-government competences is analysed, as well as the practical aspects of local government's functioning in the context of constant tensions between recentralization and local autonomy.

The main argument of the paper is that the restoration of Polish local self-government in 1990 (and the deepening of decentralization in 1998) radically changed the system of the state and focused on building a framework of decision-making competences in accordance with the principle of subsidiarity. The foundations of the new administrative system proved to be permanent and were strengthened over the years, despite the inevitable corrections in the administrative division. The reform was intended to reconstruct civic awareness and establish new division of competences between the national and local government. These changes have undoubtedly modernized and improved the state, allowing for more effective governance and addressing new challenges. At the same time, they strengthened the processes of democratic control over the authorities, joint responsibility of the citizens for the state, and a stronger sense of participation in public affairs. Thanks to this reform, the Polish local government can be considered one of the most modern, especially in this part of Europe.

## **2. The concept of decentralization**

The concepts of decentralization and local self-governance are inextricably linked. A non-transferable feature of local self-government is that it can only exist in a decentralized state in which citizens are granted the right to make their own decisions, taken in accordance with their interests. The local government is an emanation of the interests of these citizens - a public law corporation, that is, a public administration entity equipped with administrative authority. Its



indispensable element is obligatory membership “by virtue of the law itself”, clear rules of belonging (residence in the local government unit) and existence regardless of the number or change of members. This is the most comprehensive “micro-democracy”, where the state transfers part of its administrative functions and confers legal personality; public administration tasks are performed by the citizens or their groups, equipped with specific competences and administrative powers. This is connected with the obligation to perform the delegated functions and the exclusive fulfilment of this obligation, additionally guaranteed by legal provisions that, apart from the designated scope of supervision, the state can not interfere with its activities. The principles of subsidiarity and decentralization are most fully implemented by the self-government.

Therefore, the local government has a significant and non-transferable characteristic; it means the right to settle the local community’s affairs in accordance with their own interests and their identification. This right includes the assumption that a given community may behave differently in some matters than in others. Decentralization ensures that minorities’ rights are recognized in their own decisions and choices, even if they are not always accurate. Activities under the local community’s own tasks should not (and, under applicable law, cannot) be assessed in terms of purpose or reliability, because it interferes with local government autonomy and always means the application of criteria assessed for self-employed activities. Legality, therefore, remains the only criterion for supervision over the activities of local government as part of its own tasks<sup>1</sup>. Nowadays, decentralization does not depend only on independence in the “imperious” sphere, but it is the basis for independent management of public affairs primarily in economic terms, in a network system, not in hierarchy, by achieving social and economic benefits on a local or regional scale. Self-governance is implemented by acting for the development of a given local government unit, organizing the delivery of public services, as well as cooperation and competition with other local governments and participation in supra-local and supra-regional markets (Kulesza, 2009: 11).

### **3. Restoration and reform of Polish local government**

The restoration of Polish local self-government in 1990 (and the deepening of decentralization in 1998) radically changed the system of the state, focusing on building a framework in accordance with the principle of subsidiarity. Between the assumptions of the functioning of local authorities in the Polish People’s Re-

---

<sup>1</sup> However, the decision-making autonomy of the local government is not always unconditional or uncontroversial. Problems may arise, for example, in standardized public services, such as education or health care. The decentralization of public authority cannot be in contradiction with the constitutionally guaranteed equality of citizens in access to public services.

public (PRL) and the Third Republic of Poland (after 1989) there was an evident dichotomy, which concerned not only the issue of organization and functioning of the state, but above all the distribution of public authority at the national and local level. The complexity, hierarchical multilevel construction, intersection of various divisions of special administrations and strongly centralized administration were inherited after the socialist system, which was based on ministerial (vertical) connections, both in the decision-making and financial aspects. After political changes and the termination of the communist party's leading role, the premise of centralism in government has been eliminated, and it has become an obstacle in the construction of the administration of a democratic state.

The restitution of self-governing local government was one of the necessary conditions for the shift to the democratic system in Poland and building a civil society. Without independent local government (that is, transferring the real part of public authority to the level of local communities) and without social involvement, it would be impossible to develop the country as a result of citizens' work. In the PRL, cutting off local communities from decision-making blocked the initiatives and activities of people. Only the creation of appropriate conditions for free action of residents of municipalities (*gmina*) and districts (*powiat*) gave the opportunity for local authorities to play a significant role in economic development (Regulski, 2010: 2).

The year 1990 undoubtedly had the most important, even revolutionary, significance for the Polish administration, in which the local self-government was restored after 40 years of non-existence. The overriding objective of this reform was to hand over tasks to local government and cut off the current management of local affairs from the national level. The principle of uniform state authority and ownership was broken, and much better conditions for the development of local communities were created, which facilitated the processes of their empowerment. Regional competition has been strengthened, while providing better instruments for management of public services.

Another important aspect of decentralisation was the very narrow supervision from the central government and the control of independent administrative courts. The judicial form of supervision was supposed to prevent any bias in the management of, sometimes inevitable, conflict between the central and local government bodies. The administrative courts were also supposed to serve as impartial guardians of local government's competences.

After restoring local self-government, a significant strengthening of the state's capacity for efficient functioning was expected. It was a necessary systemic change, as without it there was a threat of maintaining a system programmed for state centralism and a lack of democratic control over the decision-making

processes in the administration. In 1998, another stage of the decentralization reform was undertaken, transferring to the Polish local government yet another large degree of shared responsibility for governing the state and competences previously reserved for government administration. An important assumption was the lack of hierarchical subordination between individual local government units and the condition that citizens should have equal access to local administration bodies and influence on their institutions. The reform was also intended to enforce public finance reform, with far-reaching decentralization of planning and settlement of public expenditure<sup>2</sup>.

Democratization of the system involved the introduction on the next two levels of self-government bodies being elected by universal and direct elections. The district council (*radapowiatu*) has acquired specific competences: to decide on local law, to choose and dismiss the management board, to determine the direction of the executive's activity, to adopt the budget, and to adopt resolutions on the county property matters. The regional assembly (*sejmik województwa*) was granted the power to adopt a regional development strategy, spatial development plan, regional budget, appointment and dismissal of the management board (executive), and adoption of resolutions on property matters of the region/voivodship.

In the adopted model, the council did not have only an acceptance role; through the majority of votes, it was to provide a "political umbrella" to the executive, which was competent mainly to execute council resolutions, prepare draft resolutions, manage property and implement the budget. Having a mandate coming from general and direct elections, the council had a position to authenticate and account for the activities of the collective management board (executive). In the next stage of the reform, involving the introduction of direct elections of one-person executive bodies of the commune, part of this responsibility was delegated to the voters, thus strengthening the position of the municipal executive. The head of municipality (city mayor/president) as a single-person body has more possibilities of action, especially when it has a direct election mandate and does not necessarily share the political system dominant in the council, and has its own significant competence. The choice by the council of the collegial executive, on the other hand, means that the political factor depends to a certain extent on it, making it more susceptible to political pressure.

The continuation of local government reforms was also closely aligned with Poland's efforts to join the European Union: preparing for new challenges in the field of multi-level public management, absorption of European funds, partici-

---

2 However, this result has not been fully achieved (Kieżun 2004, Chojna-Duch 2003).

pation in European programs and even decision-making on European matters, setting a strict division between tasks of the national and local government.

The main objective of the reform was undoubtedly the decentralization of state power, as well as the continuation of changes initiated in 1989 and 1990. To achieve this, the competence between the central and local government had to be re-established, and local responsibilities defined together with equipping the local units with legal and financial means to address them. Another goal was to organize the territorial structure of the state in the form of a more transparent and understandable division and rationalization of administrative structures. An important consequence of introducing two successive levels of local government was that it generated the emergence of another level, thus establishing local elites to lead further democratization of the country and the combat against the legacy of the PRL. The mechanisms of local democracy gained a strong legal instrument in the form of civic control of local government authorities. An important consequence of the reform was also the assumed reconstruction of the public finance system and an impulse for more effective financial management at all levels of the administration.

In a comparative perspective, it is even clearer that local government reforms were necessary. There were no alternative ways of modernization in Central and Eastern Europe; no such in-depth reforms were implemented in other post-communist countries. The most far-reaching changes took place in Poland. In most other countries in the region, only "nomenclature" changes were introduced (e.g. by renaming the soviets into city councils); free elections were added to the old system but they were carried out under the conditions of a single, centralized state machine. In most Central and Eastern European countries, therefore, the local government reform consisted of only two modifications: carrying out free municipal elections, and changing the naming of local authorities; however, no specific powers were delegated to the local government. The difference between the real and the apparent reform can be judged by looking at the effects: the introduction of democracy without reconstruction of the administration and guaranteeing independence for local government units did not leave any of the substantive competences to the local level.

#### **4. Constitutional framework of Polish local government**

The work on the Polish Constitution of 1997 lasted since the early 1990s and took place with full awareness of the fundamental importance of the principle of subsidiarity, decentralization and independence of local government. The

interim so-called “Little Constitution”<sup>3</sup> of 1992 defined the local government as “the basic form of organization of local public life” (Article 70 paragraph 1) and granted territorial units legal identity and competences in public matters (Izdebski, 2014: 80). Earlier, in the Constitution of 22 July 1952, the title of Chapter 6 was changed from “Regional authorities and state administration” to “Local government”, with the first provision of this chapter situating local government as the basic form of public life.

The Constitution of 2 April 1997 devotes the entire Chapter VII (Articles 163-172) to the local government, in addition to Articles 15 and 16 which set out fundamental legal basis for the functioning of the local government, declaring the principle of decentralization of public authority, taking into account social, economic or cultural ties in territorial division, creating *ex lege* of the local government community by the population of the territorial units. Another important provision is that the local government participates in the exercise of public authority, and performs public tasks on its own behalf and on its own responsibility (Article 16 paragraph 2). The Constitution includes, first of all, the foundations of the political system on which the system was based after 1989:

- the principle of a democratic state of law,
- the principle of political pluralism,
- the principle of decentralization,
- the principle of subsidiarity,
- the principle of autonomy of the municipality (*gmina*),
- presumption of competence for the municipality (*gmina*),
- the principle of legalism.

In the new administration structure, the municipality, constitutionally recognized as the basic unit of the territorial division of the country, had a legitimate constitutionally leading position in relation to other units of territorial division; it served the presumption of tasks and competences not reserved for other local government units. The districts and the self-governmental voivodships (provinces) were to exercise competences reserved for them in statutes. In Chapter VII, the Constitution clarifies the basic character of the municipality (Article 164 par.1) and the presumption of responsibilities (Article 164 par. 3), at least the two-tier structure of the local government (Article 164 par. 2). It accepts the existence of regional self-government as well as direct elections to all bodies

---

<sup>3</sup> Constitutional Act on mutual relations between the legislative and executive power of the Republic of Poland and on local self-government of October 17, 1992, Dz.U. 1992 No. 84 item 426.

constituting the local government. The provision of Article 163 contains an important presumption of competence in the performance of public tasks for the benefit of local government. Article 165 protects the property rights and legal personality of local government units, while Article 166 emphasizes the role of local government in satisfying the needs of the local community. Article 170 provides an additional guarantee on the legal standing to the community of inhabitants as active legal subjects, granting them the subjective rights to decide by way of a referendum, while the limits of supervision over the local government are clarified in Article 171.

The sum of the provisions of the Constitution (and the earlier Local Government Act<sup>4</sup>) meant a radical break with the tradition of the PRL's "national councils" and opened the door for further decentralization. Emphasizing the separate legal identity, performing public tasks "on own behalf and on its own responsibility" (Article 16 paragraph 2) and limiting the administrative duality to the regional level (province, voivodship - *województwo*) emphasize the role of self-governance in the exercise of public authority. An additional significant feature is the lack of hierarchical subordination of local government units, each of which is a fully independent local community with a democratic structure of internal organization, separated from other institutions in order to decentralize the implementation of a substantial part of local public administration tasks, with the right to use the legal forms of public administration authority.

## 5. Distribution of competences

An administrative system is always adapting to new demands, and a continuous rearrangement of competences seems to be the answer to changing demands and requirements on all levels of governance (central, regional and local). The first important issue when it comes to the framework of local government competences is designing the optimal size of territorial units.

In recent studies, three aspects have been indicated as the most important ones when discussing the effectiveness of the optimal size of territorial units in territorial management. The first aspect is the ability of the local government units to provide services; there are studies suggesting that smaller units cannot cope with the performance of certain tasks (Swianiewicz, 2014). The second aspect concerns the costs ("the economy of scale"), regarding whether the performance of a larger self-government unit is more efficient than the performance of a small one. The third problem to be addressed is the functioning of local democracy. Here, the views are also divided, including some opinions that small self-government units mean more trust and closer contact between the citizens

---

4 The Local Government Act of 8th March 1990

and local authorities. Others argue that smaller size could affect democracy, as the competition between candidates is limited, and it is counterproductive to the networking of civic organizations, leading to tendencies to form closed elite groups without alternative options (Swianiewicz et al., 2016).

As already mentioned, the distribution of competences between the levels of government is not a definite issue and, from time to time, it can (and should) be the subject of critical evaluation. When it comes to the competences of the Polish local and regional governments, they were mostly assigned in 1990 (to municipalities) and 1998 (to districts and provinces). These were the years of the actual re-establishment of the local government and, then, adding two tiers at the local and regional level. Since then, the laws have not been changed when it comes to the tasks and competences, even though the external circumstances (both technical and political) have changed. On the other hand though, the central government has been very active in hollowing out the local and regional government competences, not by changing the laws but rather by centralising the financing of certain public services or changing the structure of local government's income (e.g. by cutting taxes that are an important source for the local budgets). Therefore, it can be stated that the current framework of competences does not always fully correspond to the real challenges of local and regional self-government units.

**The competences of Polish municipalities include:**

- Spatial planning (local planning; water and supply sewage treatment; maintenance of landfills);
- Waste management;
- Real estate management;
- Public areas (including cemeteries);
- Transport (local roads; local public transport);
- Public order and safety,
- Telecommunications;
- Environment (protection; zoning and local environmental protection);
- Electricity, gas and heat supply;
- Health (Primary healthcare services);
- Social welfare;
- Family support and foster care system;
- Maintenance of municipal buildings and public facilities;
- Market places;

- Housing;
- Culture (promotion, management of municipal libraries and other cultural institutions, monument protection);
- Sports (promotion); and
- Education (kindergartens; elementary education).

Polish districts are responsible for local issues which cannot be granted to the municipalities. In particular, the **competences of Polish districts** are as follows:

- Sports and tourism;
- Geodesy and cartography;
- Real estate management, architecture and buildings administration;
- Water resources management;
- Agriculture, forestry and inland fisheries;
- Cooperation with NGOs;
- Education (secondary education, i.e. post-elementary schools, vocational and special schools);
- Environmental protection;
- Health (general responsibility for the operation of the public health service institutions);
- Consumer protection;
- Social welfare (services that extend beyond the municipalities' boundaries; support to the disabled; maintenance of county facilities and public utilities);
- Child protection (running tutelary and educational facilities, including orphanages);
- Employment (district labour office; fight against unemployment);
- Transport (road building and maintenance at the district level);
- Telecommunications;
- Defence;
- Civil protection;
- Flood protection;
- Fire protection;
- Maintenance of public order and collective security; and
- Support to cultural institutions (culture and monuments).



**The competences of Polish provinces** are as follows:

- Economic development;
- Employment and labour market policy (fight against unemployment);
- Protection of employees claims in case of employer insolvency;
- Transport (regional roads management and transport management);
- Telecommunications;
- Health (health promotion, specialised health services, medical emergency and ambulance services);
- Regional cultural institutions;
- Planning (spatial development; water management, land amelioration; maintenance of hydro-installations);
- Rural areas modernisation;
- Education (running post-secondary schools, some secondary schools and vocational schools, teacher training colleges, regional libraries; initiating the establishment and financing of higher education);
- Social welfare;
- Sports and tourism;
- Consumer rights protection;
- Defence;
- Maintenance of public order;
- Environmental protection; and
- Pro-familial policy (including family support and foster care system).

Based on: Local Government Act / Law on Municipal Self-Government from 8 March 1990, Law on District Self-Government from 5 June 1998, Law on Provincial Self-Government from 5 June 1998

As it is known from the conducted studies, the mutually connected systems of territorial self-government and administration have also in-built tendencies to become obsolete (Dostal and Saey, 2000: 2). The structure and functioning of the territorial system require more or less continual reform, and achieved reforms appear to provide more of a variable than uniform results. The framework of local and provincial competences in Poland seems to be in urgent need of this kind of reform and adjustment both in terms of the new challenges of public service provision and in defending the concept of local community control over the “substantial share of public affairs under their own responsibility and in the

interests of the local population” (European Charter of Local Self-Government, Art.3).

## **7. The functioning of the Polish local government in practice**

The functioning of the Polish local government system in practice is not problem-free, nor spared of specific “local government authority diseases”. The most important of them include the sometimes apparent character of representative democracy (weakness of councils, especially in relations with the executive of the municipality), deficiency of transparency and openness of local government bodies, as well as quite an archaic formula of civic participation and resistance of local elites against wider admission of residents to decide on local matters. These problems should be discussed and solutions should be sought; however, *toutes proportions gardées*, it must be remembered first of all that the restoration of the local government has modernized and improved the Polish state, allowing for more efficient governance and meeting new civilization challenges, strengthened democratic control over the authorities and joint responsibility of citizens for the state, and triggered a stronger sense of participation in public affairs.

The decentralization of public authority primarily allowed the state to give up the responsibility for the current management of public affairs, transferring these competences to the local governments<sup>5</sup>. Only then was it possible to complete the reconstruction of the state’s political and administrative centre, with emphasis on handling strategic matters. As a result, a clearer division of public authority functions was introduced between the three main segments of the state system: the local government (in municipalities and districts), responsible for meeting the collective needs of local communities; the regional self-government (in provinces), responsible for regional development policy; and the state government and their administration (central and local), responsible for matters of a national nature, as well as for compliance with law and supervision over the local government (province governors/voivods - *województwie*). The reform did not only change the administrative division of the country but also led to the reconstruction of the administration and a more effective division of competences and responsibilities.

The functioning of the local government can be considered one of the greatest successes of the Polish transformation. However, the practice of government administration indicates an instrumental approach to local governments, while decentralization often means transferring tasks and problems without accom-

---

5 Local government controls over a third of all public expenditures and a remarkable 70% of public investment, delivering the goods, transforming environmental infrastructure, transport systems, urban spaces and public schools (Levitas 2017, Sześciło et al. 2019).

panying financial resources<sup>6</sup>. As a result of decentralization reforms, the central administration has lost a large part of its competences and impact on current public affairs. New tensions between the national and the local government were born and, in the long-term perspective, there were growing recentralization tendencies on the national level. Initially, the problem concerned in particular the issue of management and distribution of EU funds allocated for regional development (regional funds), in which the central authority from the beginning played a major role (Kulesza, 2000:195).

The recentralization tendencies, which have been visible for a long time, have been intensifying, gradually depriving the local government of control over successive areas of tasks and tightening supervision over the local government. Further actions that limit the ability of local governments to act effectively may even bring it down to the role of the contractor of the centre's commands, deprived of political independence and its own competences. After 1999, many changes were introduced that were unfavourable for local governments, including issues related to participation in income taxes (PIT and CIT), tightening central control over resources in the health care system, disregarding the legal standing of local governments when changing communal boundaries, attempting to over-extend the competences of supervisory authorities over the local government, or failed approaches to the introduction of metropolitan governance. In recent years, there has been a centralist acceleration, visible both in the form of educational reform, centralization of environmental protection funds and environmental protection administration, planned centralization of employment agencies, attempts to radically expand supervisory competences of the Regional Audit Chambers (RIO), as well as in the central form of the housing program "Mieszkanie+", entering the field taken so far by local governments within the framework of municipal construction. If the direction of change is maintained, in a short time the local government could become a structure devoid of real independence and own competence, which enables independent functioning. Without the formal winding-up of local government, it may turn out that the structure of public authority is inevitably heading towards the centre, taking up, in a bit, the competences previously arranged in a logical manner at particular levels of local government units.

---

6 This is evident, for example, in education, where funds transferred to the local government in the form of educational subsidies are not sufficient, and most municipalities must pay extra to maintain schools drawing on their own resources, at the expense of other tasks. See: <http://www.wspolnota.org.pl/rankingi/ranking-oswiatowy/subwencja-oswiatowa/>

## 8. Conclusions

The Polish local government is the main functional component of a broad system of public administration, responsible for the vast majority of day-to-day public services. Decentralization served both as a tool for dismantling the communist state and as the foundation of a broader state-building strategy, with purposeful division of powers between the central and the local government. Poland avoided the fragmentation and apparent character of reforms conducted in most other Central European countries, providing local authorities with democratic mandate from popular vote, legal identities, independent budgets, property rights, control over their personnel and substantive competences in the field of public services. Independence of the local government is seen both as public administration reform and democratic empowerment in order to build a stronger state. On the other hand, Poland's success in restoring the local government system seems to have been diminished by creeping recentralisation and continuous efforts from the central government to conform the local authorities to a wider control and dependence.

An alternative to limiting the local government and the growing control of central government may be a stronger empowerment of local communities, which not only observe and oversee the actions of local authorities but have real instruments of co-deciding and accounting for local government bodies for all shortcomings or failures. Therefore, the most important evaluating role in relation to the actions of local authorities should belong to the inhabitants of local government units.

The only way to build a genuine local community, as opposed to top-down/enforced local cooperation, is making this project attractive to the people. Recentralization is not a solution to the current problems of the local government, but rather a recipe for deepening the existing problems and creating new ones, related to the deficiencies of effectiveness of the central government.

## References

Chojna-Duch E. (2003). Cele i skuteczność reformy administracji publicznej w latach 1999/2001. Aspekty finansowo-prawne oraz funkcjonowanie, in: A. Piekara (ed.), *Cele i skuteczność reformy administracji publicznej w RP w latach 1999-2001*, LexisNexis, Warszawa.

CBOS (2000). *Cztery reformy w opinii społecznej: poinformowanie i ocena. Komunikat z badań Centrum Badań Opinii Społecznej*, Warszawa, accesible online at: [https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2000/K\\_094\\_00.PDF](https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2000/K_094_00.PDF)

Dostal P., Saey P. (2000). Geography, public administration and governance, Belgeo, 1-2-3-4|2000, [Online] since 12 July 2015, available at URL: <http://journals.openedition.org/belgeo/13908>; DOI: 10.4000/belgeo.13908, accessed on 19 April 2019.

Gadomska B. (2003). Opinia publiczna wobec reform decentralizacyjnych, in: A. Piekara (ed.), *Cele i skuteczność reformy administracji publicznej w RP w latach 1999-2001*, UW, Warszawa.

Izdebski H (2014). *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, LexisNexis, Warszawa.

Izdebski H. (2015). Domniemanie zadań samorządu terytorialnego i domniemanie zadań gminy w obrębie samorządu terytorialnego – klauzule generalne dotyczące zadań samorządu, in: *Samorząd Terytorialny* Journal 1-2/2015.

Jagoda J.(2011). *Sądowa ochrona samodzielności jednostek samorządu terytorialnego*, Wolters Kluwer, Warszawa.

Jakubek J. (2010). Reforma administracji publicznej 1998 r.: z perspektywy minionej dekady, [Public administration reform of 1998 – the perspective of past decade], in: *Spółczesność i Polityka*, Journalnr 1/2010, nr 1, s. 95-113.

Jakubek-Lalik J. (2019). Decentralizacja czy recentralizacja? Kilka uwag o regulacji konstytucyjnej i praktyce funkcjonowania samorządu terytorialnego w Polsce, [Decentralization or recentralization? Remarks on the constitutional basis and practice of local self-government functioning in Poland] in: *Decentralizacja i centralizacja administracji - współczesny wymiar w teorii i praktyce*, [Decentralization and centralization of administration – the contemporary dimension in theory and practice]; eds. B. Jaworska-Dębska, E. Olejniczak-Szałowska, R. Budzisz; Wyd. Wolters Kluwer, Warszawa-Łódź 2019.

Jastrzębska M. (2011). Fakultatywne zadania własne gminy w świetle obowiązujących regulacji prawnych, in: *Finanse Komunalne* Journalnr 1-2/2011.

Kociński C. (2007). Normy domniemania w prawie samorządu terytorialnego, in: *Samorząd Terytorialny* Journalnr 5/2007.

Kornberger-Sokołowska E. (2013). *Zasada adekwatności w systemie finansów samorządu terytorialnego w Polsce*, LexisNexis, Warszawa.

Kieżun W. (2004). Struktury i kierunki zarządzania państwem, in: Kieżun W. i Kubin J. (ed.), *Dobre państwo*, Wydawnictwo WSPiZ, Warszawa.

Kulesza M. (2009). Ile decentralizacji w centralizacji, czyli o nawykach uczonych administratywistów, in: *Samorząd Terytorialny* Journalnr 12/2009.

Kulesza M. (2000). Słowo końcowe, Pełnomocnik i polityka, in: J. Milewicz, A. Wołek, *Reformatorzy i politycy. Gra o reformę ustrojową 1998 roku widziana oczami jej aktorów*, wyd.1 DANTE, Wyższa Szkoła Biznesu - National-Louis University, Nowy Sącz-Warszawa 2000.

Ladner A., Keuffer N., Baldersheim H. (2016). *Measuring local autonomy in 39 countries (1990-2014)*, Regional and Federal Studies, Taylor and Francis, accessible online: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13597566.2016.1214911>

Levitas A. (2017). *Local Government Reform as State Building: What the Polish Case Says About „Decentralization”*, St Comp Int Dev 2017 52:23-44.

Moreno A.M.(ed.) (2012). *Local government in the member states of the European Union: a comparative legal perspective*, National Institute of Public Administration, Madrid, Spain

Parrado S. (2005). *Assigning Competences and Functions to Local Self-Government in Four EU Member States: a Comparative Review*, Paper prepared for Sigma, Madrid 2005

Regulski J. (2010). Samorząd a model państwa, in: *Infosnr 10/2010*, Biuro Analiz Sejmowych, 20 May 2010, Warszawa.

Salachna J.M. (2011). Granice swobody decyzyjnej/legislacyjnej samorządu terytorialnego w zakresie finansowania zadań, in: *„Finanse Komunalne”* Journal nr. 1-2/2011.

Stein R.M. (1990). *Urban Alternatives: Public and Private Markets in the Provision of Local Services*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh.

Swianiewicz P. (2014). An empirical typology of local government systems in Eastern Europe, in: *Local Government Studies*, 40(2), 292-311, Taylor & Francis, accessible online:

<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/03003930.2013.807807>

Swianiewicz P., Gendźwiłł A., Łukomska J., Kurniewicz A., (2016) *Wielkość gmin i powiatów a sprawność ich funkcjonowania: hipotezy wielkoludów i liliputów*, Scholar, Warszawa.

Sześciło D., Bendyk E., Jakubek-Lalik J., Jakubowski P., Kłucińska P., Łapszyński R., Przedańska J., Smolar A., Szwasz M., Wilk B., Zakroczyński S. (2019), *Polska samorządów. Silna demokracja, skuteczne państwo*, Fundacja Batorego, Warszawa

Węgrzyn-Skarbek M. (2009). Zadania samorządu terytorialnego w świetle ustrojowych ustaw samorządowych a zasada pomocniczości, in: "Administracja: Teoria, Dydaktyka, Praktyka" Journal nr. 2/2009,

Zalewski A. (2007). *Nowe zarządzanie publiczne w polskim samorządzie terytorialnym*, Szkoła Główna Handlowa, Warszawa.

**Dr Jowanka Jakubek-Lalik,**

*Pridruženi profesor, Katedra za upravno pravo,*

*Departman za pravno-administrativne nauke,*

*Fakultet prava i administracije, Univerzitet u Varšavi, Republika*

*Poljska*

## **ULOGA LOKALNE SAMOUPRAVE U POLJSKOM USTAVNOM SISTEMU**

### **Rezime**

*Reforma lokalne uprave priznata je kao jedan od najvećih uspeha političke transformacije u Poljskoj. Opštine (gminy) su dobile važna ovlašćenja u oblasti javnih usluga od ključnog značaja za život lokalne zajednice. Okruzi (powiaty) i pokrajine (województwa) takođe imaju važne nadležnosti u oblasti javnih usluga i odgovornost za njihov razvoj. Njihovu autonomiju čuvaju pravne, institucionalne i finansijske garancije i jaki lokalni lideri. Pažljivo osmišljen institucionalni okvir lokalne i regionalne vlasti delovao je kao postojan i otporan sistem, koji garantuje snažnu decentralizaciju i daje lokalnim i pokrajinskim vlastima značajna ovlašćenja i odgovornost u donošenju odluka u pogledu većine javnih službi. Međutim, široko polje nadležnosti lokalne samouprave donelo je mnoge probleme u pogledu tumačenja propisa. Centralni organi vlasti su uspevali da pronađu adekvatan instrumentalni pristup i očuvaju nezavisnost lokalnih vlasti. Državi je odgovaralo da decentralizuje probleme i izazove, ali da zadrži kontrolu nad finansijama i drugim resursima, kao i da nalazi načine da poveća nadzorna ovlašćenja nad lokalnom upravom. Skoro 30 godina nakon ponovnog uvođenja teritorijalne samouprave u Poljskoj, lokalna samouprava bi trebalo da bude dobro ukorenjena u ustavnom sistemu Poljske, ali da li zaista tako?*

**Ključne reči:** *poljski ustavni sistem, lokalna i regionalna samouprava.*





**Dr Željko Mirjanić,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet  
u Banjoj Luci, Republika Srpska Bosna i  
Hercegovina

originalni naučni rad  
10.5937/zrpfno-23398

UDK: 349.2:342.7J:004.738.5  
342.7

Rad primljen: 30.09.2019.  
Rad prihvaćen: 05.12.2019.

## **ZAŠTITA LIČNIH PODATAKA ZAPOSLENIH U USLOVIMA KORIŠTENJA INFORMACIONIH TEHNOLOGIJA**

**Apstrakt:** Poslodavac putem informacionih tehnologija prikuplja, obrađuje, koristi i čuva lične podatke zaposlenih potrebne za ostvarivanje prava i obaveza u radnom odnosu, a zaposleni ima pravo na zaštitu podataka u toku i poslije prestanka radnog odnosa. Da bi se obezbijedila zaštita ličnih podataka i privatnosti zaposlenih, neophodno je dati veći značaj pravnom uređivanju načina korištenja ovih tehnologija. Pored uvećanja rizika od zloupotrebe ličnih podataka usljed upotrebe ovih tehnologija, i potrebe da se promijeni pravna praksa da zaposleni rijetko koriste pravo na zaštitu ličnih podataka, kao važan razlog za pravno uređivanje može se izdvojiti obaveza postepenog usklađivanja domaćeg prava sa pravom Evropske unije (prema Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju). Navedeni razlozi utiču da preovladava stav da je neophodno ugraditi evropske standarde iz ove oblasti, predviđene Uredbom (EU) 2016/679 Evropskog parlamenta i Savjeta iz 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka. Tema teksta obuhvata i uticaj informacionih tehnologija na zaštitu ličnih podataka zaposlenih „uzbunjivača“.

**Ključne riječi:** zaštita privatnosti i ličnih podataka zaposlenih, uticaj informacionih tehnologija na zaštitu ličnih podataka, zaštita zaposlenih uzbunjivača.

---

\* zeljko.mirjanic@pf.unibl.org

## 1. Uvod

Zaštita ličnih podataka zaposlenih u uslovima korištenja informacionih tehnologija predstavlja posebnu temu u okviru radnog prava i dio šire pravne teme o zaštiti osnovnih prava i sloboda građana u prikupljanju, obradi, korištenju i čuvanju ličnih podataka. U okviru pravnih istraživanja, zaštita ličnih podataka (podataka o ličnosti) može se istraživati sa aspekta pojedine ili više pravnih naučnih disciplina unutar jedne ili više užih pravnih naučnih oblasti, kao pitanje unutrašnjeg, evropskog i međunarodnog prava. Zaštita ličnih podataka u uslovima korištenja informacionih tehnologija predstavlja pored teme pravnih istraživanja, temu informatičkih i drugih istraživanja u raznim naučnim oblastima i naučnim poljima i temu interdisciplinarnih istraživanja. U dostupnoj pravnoj literaturi nedostaju rezultati projektnih istraživanja o zaštiti ličnih podataka i o povezanosti prava i informatike. Izabrana tema ukazuje na značaj istraživanja ove veze zasnovane na tome da su informacione tehnologije nezamjenljivo sredstvo za obradu podataka. Pred istraživačima je zadatak da objasne promjene u oblasti zaštite ličnih podataka i zaštite privatnosti usljed korištenja informacionih tehnologija koje olakšavaju obradu, a otežavaju čuvanje podataka i zaštitu privatnosti. Izgleda opravdana konstatacija da je potreba za sigurnošću informacija na mreži jednaka potrebi za pečatiranjem voskom strateški važnih dokumenata u prethodnoj eri komunikacija „na papiru” (Vasković, 2014: 40). Zaštita ličnih podataka zaposlenih u uslovima korištenja informacionih tehnologija je jedna od tema koje se mogu postaviti po pitanju uticaja informacionih tehnologija na promjene u svijetu rada i na radne odnose. Kao druge aktuelne i neistražene teme mogu se izdvojiti rad na daljinu, zaštita bezbjednosti i zdravlja zaposlenih koji koriste ove tehnologije, itd.

Pravno regulisanje zaštite ličnih podataka i privatnosti zaposlenih se zasniva na ustavnoj zaštiti podataka o ličnosti kojom je zabranjena i kažnjiva upotreba tih podataka izvan svrhe za koju su prikupljeni, pravu svakoga da bude obaviješten o prikupljenim podacima o svojoj ličnosti i pravu na zaštitu od njihove zloupotrebe. Trend da poslodavci sve više i masovno koriste informacione tehnologije, podstaknut efikasnošću i finansijskom dostupnošću ovih tehnologija, upućuje na pitanje kako zakonskim i autonomnim pravnim odredbama pravno regulisati korištenje ovih tehnologija u cilju ostvarivanja ustavnih odredbi. Potrebno je izbjeći povredu bezbjednosti ličnih podataka zaposlenih koja dovodi do uništenja, gubitka, izmjene, neovlašćenog

otkrivanja ili pristupa podacima. Da bi se to izbjeglo, poslodavac je dužan da reguliše, organizuje i kontroliše obradu podataka zaposlenih na način koji sprečava kršenje njihovih prava i zloupotrebe. Polazeći od stava da treba regulisati korištenje informacionih tehnologija kod poslodavca na način da se obezbijedi zaštita podataka o ličnosti i privatnosti zaposlenih prema konkretnim uslovima rada, može se postaviti i teza da je zaštita ličnih podataka i privatnosti zaposlenih važna tema za kolektivne pregovore i socijalni dijalog. Pri tome se polazi od shvatanja da se zaštita ličnih podataka i privatnosti ne može posmatrati odvojeno od zaštite dostojanstva na radu i da je ljudsko dostojanstvo danas standardni sadržaj evropskih ustava, bilo samostalno ili kao dodatak uz ljudska prava (pravo na život, privatnost, moralni integritet, identitet ili pravičnost krivičnog postupka) (Čulo, 2015: 50). Dogovorom socijalnih partnera mogu se postići efikasno i racionalno korištenje ovih tehnologija i izbjeći radni sporovi, a posebno sporovi povodom video-nadzora i nadzora elektronske pošte, te uticati na svijest zaposlenih i poslodavaca. Pored zakonom utvrđenih legitimnih razloga za uvođenje video-nadzora u prostorijama poslodavca, ove razloge bi zajednički mogli u tvrditi i socijalni partneri onda kada to nalaže opravdan interes poslodavca. No, moć kolektivnog djelovanja radnika nije značajnije korištena za zaštitu u njihovih osnovnih ljudskih prava na radu, ukoliko ne postoji i pravo na privatnost. Imajući u vidu da je savremena tehnologija omogućila poslodavcu da na veoma brz i lak način prikuplja i obrađuje podatke o zaposlenom i da ih kontinuirano nadzire, bilo bi dobro da predstavnici radnika redefinišu svoju ulogu u pogledu zaštite prava radnika (Kovač Orlandić, 2019: 174).

Na zaštitu ličnih podataka zaposlenih primjenjuju se pojedine odredbe iz radnog zakonodavstva i odredbe zakona koji reguliše zaštitu ličnih podataka (podataka o ličnosti), te se postavlja pitanje usklađenosti zaštite podataka zaposlenih sa načelima i pravilima zaštite ličnih podataka koja se odnose na sve građane, a koja su obično napisana po uzoru na evropske i međunarodne standarde u ovoj oblasti. Pored ovih standarda, za regulisanje zaštite ličnih podataka i zaštite privatnosti zaposlenih važni su stavovi Evropskog suda za ljudska prava sadržani u presudama koje se odnose na zaštitu ličnih podataka i privatnosti. U ovom tekstu se polazi od opšte teze da je za unapređenje nivoa zaštite ličnih podataka i privatnosti zaposlenih važno ugraditi u zakonske odredbe međunarodne i evropske standarde iz ove oblasti, a razlozi za to su povezani sa uspostavljanjem informatičkog društva u okolnostima globalizacije i regionalizacije. U prilog tome može se navesti da je u Preambuli

Deklaracije MOR-a o socijalnoj pravdi u cilju pravedne globalizacije konstatovano da sadašnju globalizaciju karakteriše rasprostranjenost novih tehnologija i da je ona faktor koji izaziva preoblikovanje svijeta rada iz korjena, te da MOR u kontekstu globalizacije mora, između ostalog, da promoviše filozofiju postavljanja standarda, kao osnovnog elementa svojih aktivnosti, povećanjem njihovog značaja na svijet rada.<sup>1</sup> Pod uticajem aktuelne faze globalizacije, započete u prošlom vijeku, mijenja se i način zaštite ljudskih prava, uključujući prava zaposlenih i u okviru toga pravo na zaštitu ličnih podataka i privatnosti. U literaturi se obično pod uticajem globalizacije na standarde u međunarodnom i evropskom pravu podrazumijeva neoliberalna promjena svijeta tokom prethodnih decenija. U naučnoj javnosti nisu do kraja razjašnjene dileme o prirodi, značaju i posljedicama aktuelne faze procesa globalizacije i evropske integracije kao dijela tog procesa i uticaj koji ovi procesi imaju na promjene pravnog sistema u (post)tranzicionim zemljama Jugoistočne Evrope. U javnosti nije sporno da se ideja neoliberalne globalizacije razlikuju od ideje globalizacije kao istorijskog procesa, čiji je sastavni dio razvoj međunarodnog prava u pravcu ostvarivanja proklamovanih univerzalnih vrijednosti, uključujući razvoj međunarodnog radnog prava u pravcu ostvarivanja ciljeva radnog prava kao što su socijalna pravda, socijalni mir i zabrana konkurencije. Dalji tok globalizacije i karakter njenog uticaja na razvoj (radnog) prava nije moguće sigurno predvidjeti, iako je početkom ovog vijeka izgledalo drukčije. Za zemlje Jugoistočne Evrope usklađivanje domaćeg prava sa pravom EU predstavlja kontinuiran i dugotrajan proces u okviru evropske integracije. Dinamika i obim usklađivanja objektivno zavise od mogućnosti pojedine zemlje da se približi stepenu ekonomskog i socijalnog razvoja EU, a subjektivno zavisi od kapaciteta institucija vlasti i volje društvenih partnera da prema dostignutom stepenu razvoja zemlje kreiraju promjene određenih grana prava (Mirjanić, 2014: 130). Ali, dugotrajnost procesa evropske integracije donosi ovim zemljama neizvjesnost i usporava dinamiku usklađivanja prava.

U tekstu se polazi i od teze da obim zaštite ličnih podataka predviđen za zaposlene nije dovoljan da se zaštite zaposleni uzbunjivači i da je važna dodatna zaštita identiteta ovih lica stoga što ove tehnologija omogućavaju lakše otkrivanje ličnih podataka uzbunjivača.

---

1 Deklaracija MOR-a o socijalnoj pravdi u cilju pravedne globalizacije, eng. *Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, ILC, 97th session, Geneva, 2008.*

## 2. Evropski standardi zaštite ličnih podataka

Regulisanje korištenja informacionih tehnologija za obradu ličnih podataka, uključujući i obradu ličnih podataka zaposlenih, u zemlji kandidatu za prijem u Evropsku uniju jeste važan dio procesa usklađivanja (harmonizacije) prava. Kao primjeri te obaveze mogu se navesti član 81 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju koji je zaključila Republika Srbija sa Evropskom unijom, koji uspostavlja obavezu da se uskladi zakonodavstvo koje se odnosi na zaštitu podataka o ličnosti sa zakonodavstvom Unije,<sup>2</sup> i član 79 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju koji je zaključila Bosna i Hercegovina, a koji isto uspostavlja obavezu usklađivanja zakonodavstva koje reguliše zaštitu ličnih podataka sa pravom Zajednice i drugim evropskim i međunarodnim standardima, te obavezu da se uspostavi nezavisno nadzorno tijelo sa dovoljnim finansijskim i ljudskim potencijalima u cilju efikasnog praćenja i garantovanja provođenja zakonodavstva o zaštiti ličnih podataka.<sup>3</sup> Zemlje u regionu u zakonskom regulisanju zaštite ličnih podataka uvažavaju evropske standarde za zaštitu podataka i postepeno sa različitom dinamikom ispunjavaju preuzetu obavezu harmonizacije. Tako je Republika Srbija donijela Zakon o zaštiti podataka o ličnosti poslije donošenja Uredbe Evropske unije 2016/679, za razliku od Bosne i Hercegovine koja još nije uskladila zakon koji reguliše zaštitu ličnih podataka sa ovom Uredbom, a što nije posljedica drukčijeg odnosa prema preuzetoj obavezi, već dinamike zakonodavne djelatnosti.<sup>4</sup> Osnovne odredbe o usklađivanju nacionalnih propisa s pravnom stečevinom EU sadržane su u Ugovoru o osnivanju Evropske zajednice, a što se odnosi i na proces usvajanja i primjene prava EU u radnom pravu i svijetu rada. Kako je podvučeno, pravna stečevina nije samo pravo u užem smislu, jer obuhvata sadržaj, načela i političke ciljeve osnivačkih ugovora, zakonodavstvo usvojeno na temelju osnivačkih ugovora, presude Evropskog suda pravde, deklaracije i rezolucije EU, mjere koje se odnose na zajedničku spoljnu i bezbjednosnu politiku, pravosuđe i unutrašnje poslove, međunarodne ugovore koje je sklopila Evropska zajednica, kao i ugovore zaključene između država članica s trećim zemljama u području djelovanja EU

2 Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane, Sl. glasnik RS-Međunarodni ugovori, 83/08.

3 Odluka o ratifikaciji Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Bosne i Hercegovine, Sl. glasnik BiH – Međunarodni ugovori, 10/08.

4 Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, Sl. glasnik RS, 87/18; U Crnoj Gori: Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, Sl. list CG, 79/08, 70/09, 44/12 i 22/17.

(Učur, 2007: 311). Obaveza usklađivanja prava utvrđena pojedinačnim Sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju između Evropske zajednice i zemalja Jugoistočne Evrope ispunjava se postepenim promjenama prava koje treba da pomiri evropske zahtjeve sa domaćim pravnim, ekonomskim i socijalnim okolnostima.

Zakonodavac u regulisanju zaštite podataka o ličnosti i privatnosti polazi od standarda u koje je ugrađen koncept privatnosti uspostavljen tokom razvoja evropskog pravnog okvira za zaštitu podataka, a koji počinje sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (čl. 8), preko Povelje Evropske unije o osnovnim pravima koja reguliše zaštitu nezavisno od oblika u kome su sadržani i medijuma na kome su pohranjeni podaci, drugih izvori prava EU koji uređuju zaštitu podataka, Direktive 95/46/EZ i završava Uredbom 2016/679 o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka. Zaštita ličnih podataka predviđena je najvažnijim aktima Evropske unije kao osnovno pravo: prema Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije (član 16) svako ima pravo na zaštitu svojih ličnih podataka, a prema Povelji Evropske unije o osnovnim pravima (član 8) svako ima pravo na zaštitu ličnih podataka; podaci moraju se obrađivati pošteno, u utvrđene svrhe i na osnovu saglasnosti lica o kome je riječ, ili na nekoj drugoj legitimnoj osnovi utvrđenoj zakonom; svako ima pravo na pristup prikupljenim podacima koji se na njega ili nju odnose i pravo na njihovo ispravljanje; poštovanje tih pravila podliježe nadzoru nezavisnog tijela. Kako primjećuju autori, u opštoj evoluciji koncepta privatnosti, postepeno je uspostavljeno pravo na privatnost, tako što je prepoznavanje i priznavanje prava na privatnost nastalo iz potrebe da se obezbijede što efikasniji mehanizmi privatnosti jer su, sa društvenim i tehnološkim napretkom, mogućnosti njene povrede postale sve dostupnije, a načini na koji se te povrede čine sve sofisticiraniji (Popović, Jovanović, 2017: 123).

Za regulisanje zaštite ličnih podataka u procesu usklađivanja domaćeg prava sa pravom Evropske unije posebna važnost pripada Uredbi 2016/679 Evropskog parlamenta i Savjeta od 27. aprila 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka, te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opšta uredba o zaštiti podataka)<sup>5</sup>, čija je primjena obavezna za članice od 25. maja 2018. godine.

---

5 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Official Journal L 119(1).

Ona stavlja van snage Direktivu 95/46/EZ donijetu 1995. godine kada je internet još bio u povojima i, s obzirom na digitalno doba u kojem se bilježi rapidan razvoj tehnoloških dostignuća koja omogućavaju puno brži protok roba i usluga, i razmjenu podataka, cilj donošenja Uredbe je bilo osiguranje jednakovrijednog nivoa zaštite pojedinaca i slobodnog protoka ličnih podataka širom Evropske unije (Bet-Radetić, 2017: 9). Prema Uredbi, načela i pravila o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka poštuju osnovna prava i slobode. Opšta uredba o zaštiti podataka se primjenjuje direktno bez mogućnosti interpretacija, a što svim evropskim građanima obezbjeđuje ujednačeno pravo na zaštitu ličnih podataka. Kao jedan od razloga za uređivanje zaštite ličnih podataka u Evropskoj uniji navodi se nužnost donošenja pravnog instrumenta koji će osigurati zaštitu prava i ličnih sloboda pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka.<sup>6</sup> Ona se primjenjuje na firme i pojedince koji obavljaju određenu profesionalnu aktivnost, udruženja, bolnice, klubove, na fizička lica kada obrađuju lične podatke izvan okvira potreba domaćinstva, na državne institucije (osim u slučajevima krivičnopravnih aktivnosti, poput sprečavanja krivičnih djela ili progona počinilaca istih, te u područjima izvan nadležnosti prava Evropske unije). Opšta uredba o zaštiti podataka se smatra veoma značajnim korakom u pravcu uspostavljanja jedinstvenog digitalnog tržišta u Evropskoj uniji, i stvara savremeniji i detaljniji okvir za pravno uređenje zaštite podataka o ličnosti (Popović, Jovanović, 2017: 137). Pravila koja ona sadrži služe kao primjer u zemljama van Unije, kao što je, na primjer, pravilo da građani imaju nadzor nad obradom vlastitih podataka. Opšta uredba o zaštiti podataka kao i Direktiva 95/46/EZ sadrži pravo na obaviještenost, pravo na pristup podacima, pravo na protest lica čiji se podaci obrađuju, a sadrži i nova prava: pravo da se ograniči obrada i pravo na prenosivost podataka.

Opšta uredba o zaštiti podataka ostavlja mogućnost zemljama članicama da u slučajevima obrade podataka zaposlenih propišu posebna pravila za obradu ličnih podataka u okviru zaposlenja. To se prvenstveno odnosi na uslove pod kojima se lični podaci mogu obrađivati na osnovu saglasnosti zaposlenog za potrebe zapošljavanja, izvršavanja ugovora

---

6 U prilog tome, može se navesti da u izvještaju iz 2010. godine Agencije EU za osnovna prava, u kome se govori o potrebi zaštite ličnih podataka zaposlenog lica kao subjekta u neravnopravnom položaju, navodi da su u zemljama članicama uočene različite nepravilnosti u pogledu zaštite ličnih podataka. European Union Agency for Fundamental Rights, *Data Protection in the European Union: the role of National Data Protection Authorities*, preuzeto 28. 9. 2019. [http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Data-protection\\_en.pdf](http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Data-protection_en.pdf), str. 37.

o radu, ispunjavanja zakonom ili kolektivnim ugovorima utvrđenih obaveza. U pitanju su upravljanje, planiranje i organizacija rada, zaštita zdravlja i bezbjednosti na radu, ostvarivanje prava iz radnog odnosa i prestanak radnog odnosa. Prema ovoj Uredbi, da bi bio moguć nadzor, potrebno je da poslodavac to uredi opštim aktom čiji su predmet uslovi, korištenje i nadzor službene elektronske pošte, službenih mobilnih telefona, korištenje biometrijskih podataka i sl. Video-nadzor nije direktno neveden u Uredbi, ali kroz definiciju ličnih podataka posebno osjetljive prirode daje mu se značaj nadzora za koji su potrebne posebne mjere zaštite, odnosno ona snimak sa video-nadzora klasifikuje kao lični podatak posebno osjetljive prirode. Korištenjem video-nadzora mogu se obrađivati lični podaci posebno osjetljive prirode, kao što su podaci o etničkom porijeklu, zdravstvenom stanju, ekonomski i socijalni status, itd. Postavljanje video-nadzora je pravo vlasnika nekretnine, ali video-nadzor namijenjen da se obezbijedi sigurnost lica i imovine ne može da se postavi na način da se krši pravo zaposlenog na privatnost. Okolnosti mogu opravdati video-nadzor ako vrijednost dobara koja se žele zaštititi i stepen ugroženosti koji prijete preovladava u odnosu na zaštitu ličnih podataka. Pored navedenog, za regulisanje načina korištenja video-nadzora, prihvatljivosti nadzora elektronske pošte i sl. važne su presude Evropskog suda za ljudska prava donesene povodom povrede zaštite ličnih podataka i privatnosti zaposlenih. Presude ovog Suda utiču na formiranje pravnih shvatanja o pravima i odgovornosti poslodavca i zaposlenog u vezi sa zaštitom ličnih podataka. Praksa Suda pokazuje da korištenje informacionih tehnologija prati kršenje prava na zaštitu prava privatnosti, konkretno člana 8 o zaštiti podataka i privatnosti Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, a po kome svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske, i država se neće miješati u vršenje ovog prava osim ako to nije u skladu sa zakonom i ako je to neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne i javne bezbjednosti, ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite prava i sloboda drugih. Kao primjer mogu se izdvojiti presude u predmetu *Copland (Copland) protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>7</sup> i predmetu *Lopez Ribalda (López Ribalda) i drugi protiv Španije*<sup>8</sup>. Prvi sudski predmet se odnosi na uslove pod kojima poslodavac može da nadzire korištenje telefona, elektronske pošte i interneta na poslu i važnost da se reguliše praćenje i istakne

---

<sup>7</sup> *Copland v. United Kingdom*, Judgment of 3 April 2007, no. 62617/00.

<sup>8</sup> *López Ribalda and others v. Spain*, Judgment of 9 January 2018, no. 8567/13.



upozorenje zaposlenima o praćenju, a drugi sudski predmet se odnosi na tajno praćenje uz pomoć video-nadzora. Prema presudi donesenoj 2007. godine u predmetu *Kopland (Copland) protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, prikupljanje i čuvanje ličnih podataka o telefonskim pozivima, korištenju elektronske pošte i interneta bez znanja podnosioca jeste povreda prava na poštovanje privatnog života i prepiske. Sud je zaključio da su telefonski pozivi upućeni sa posla pokriveni pojmom „privatni život“ i „prepiska“ u smislu člana 8 Konvencije, kao i da se to odnosi na korištenje elektronske pošte i interneta, a pri čemu je nebitna činjenica da podaci nisu objavljeni ili upotrebljeni protiv podnosioca prijave u disciplinskom ili drugom postupku. U periodu na koji se predstavka odnosi ni u domaćem zakonodavstvu ni u aktima poslodavca nije bilo propisa o tome pod kojima uslovima poslodavac može da nadgleda kako zaposleni koriste telefon, e-mail i internet, te da se ne može tretirati da je miješanje u privatni život bilo „u skladu sa zakonom“ kao što zahtijeva član 8, stav 2 Konvencije. Sud ne isključuje mogućnost da se praćenje korištenja telefona, elektronske pošte ili upotrebe interneta na radnom mjestu može smatrati „neophodnim u demokratskom društvu“ u određenim situacijama kada postoji legitiman cilj. U predmetu *Lopez Ribalda (López Ribalda) i drugi protiv Španije* je povrijeđeno pravo na privatnost zato što podnosioci, uprkos zakonskim odredbama, nisu upozoreni da su tokom čitavog radnog vremena pod video- nadzorom, iako su uhvaćeni skrivenim kamerama da krađu zbog čega su dobili otkaz. Evropski sud je zaključio kako, bez obzira na to što je za sporni video-nadzor odgovoran vlasnik privatne firme, država ima pozitivnu obavezu uspostaviti odgovarajuću ravnotežu između zaštite privatnog života građana i interesa poslodavca. Prema španskom zakonu, pojedince se mora na jasan način obavijestiti o prikupljanju i obradi ličnih podataka. Evropski sud je utvrdio da je video-nadzorom povrijeđeno pravo na privatni život podnosilaca, ali je ocijenio da korištenjem snimaka nadzorne kamere u sudskom postupku nije povrijeđeno pravo na pošteno suđenje u radnom sporu, jer su, među ostalim, osim snimaka korišteni i drugi dokazi.

### **3. Regulisanje zaštite ličnih podataka zaposlenih**

Zaštita ličnih podataka i privatnosti zaposlenih je regulisana u okviru zaštite prava zaposlenih, a može se teorijski posmatrati i kao dio zaštite zdravlja i bezbjednosti na radu u širem smislu. Kako se navodi, zaštita zdravlja i bezbjednosti na radu u širem smislu, pored skupa mjera i sredstava kojima su cilj bezbjedni uslovi rada (zaštita u

užem smislu), obuhvata i skup mjera i sredstava za stvaranje udobnosti na mjestima rada, humane radne sredine, očuvanja privatnosti, ljudskog dostojanstva i moralnog integriteta zaposlenog na radu. Pojam zaštita zdravlja i bezbjednosti na radu u širem smislu treba da stvori svim kategorijama zaposlenih fizičko i mentalno zdravlje, zaštititi moralni integritet i dostojanstvo ličnosti, pruži zadovoljstvo i udobnost na poslu. Mjere zaštite privatnosti zaposlenog treba sagledati i u kontekstu (ne)dopuštenosti vođenja evidencija o ličnosti zaposlenog koje nisu u vezi sa poslovima radnog mjesta (Lubarda, 2013: 145). Koliko je važno regulisati mjere zaštite privatnosti pokazuje primjer zaštite podataka o fizičkom ili mentalnom zdravlju, uključujući i podatke o pružanju zdravstvenih usluga, koji otkrivaju informacije o zdravstvenom stanju. Kako je konstatovano, poslodavac ima legitimno pravo da bude obaviješten o zdravstvenom stanju zaposlenog na radnim mjestima sa povećanim rizicima na osnovu periodičnih ljekarskih pregleda, kako bi mogao preduzeti mjere zaštite zdravlja i bezbjednosti na radu (Lubarda, 2013: 146). Poslodavac može da uputi zaposlenog na odgovarajuće preglede u zdravstvenu ustanovu ako odbije ocjenu zdravstvene sposobnosti, a radi na poslovima za čije je obavljanje kao poseban uslov utvrđena posebna zdravstvena sposobnost, ali može da to učini i u slučaju ako zaposleni ne dostavi potvrdu o privremenoj spriječenosti za rad ili zloupotrijebi pravo na odsustvo za vrijeme privremene spriječenosti za rad.<sup>9</sup> U ovom slučaju upućivanje zaposlenog na odgovarajuće preglede u zdravstvenu ustanovu služi da se utvrdi da li postoji razlog za otkaz ugovora o radu. Korištenje informacionih tehnologija otežava čuvanje podataka o zdravstvenom stanju i drugih „osjetljivih“ ličnih podataka i uvećava opasnost od toga da podaci budu nepravilno korišteni ili zloupotrijebljeni. Stoga je važno obezbijediti cjelovitost i povjerljivost da se podaci obrađuju na način kojim se postiže odgovarajući nivo bezbjednosti, uključujući zaštitu od neovlašćene ili nezakone obrade, te od slučajnog gubitka, uništenja ili oštećenja, a što traži i Uredba (EU) 2016/679.

Predmet odredbi u radnom zakonodavstvu je prikupljanje, korištenje, čuvanje i zaštita ličnih podataka potrebnih za zaključivanje ugovora o radu, za ostvarivanje prava u radnom odnosu, za zaštitu bezbjednosti i zdravlja na radu, itd. Poslodavac može koristiti ove podatke poslije prestanka radnog odnosa zavisno od dužine vremena u kome je neophodno da se oni koriste zbog određenog razloga, kao što je sticanje prava na penziju, regulisanje zdravstvenog osiguranja, itd. U prilog navedenog

---

9 Član 179 Zakona o radu Republike Srpske, *Sl. glasnik RS*, 1/16.

ograničenja može se navesti pravilo u preporuci Savjeta Evrope da ne treba čuvati lične podatke duže nego što opravdava svrha obrade ili zahtijevaju interesi sadašnjeg ili bivšeg zaposlenog lica,<sup>10</sup> kao i to da prema Uredbi Evropske unije 2016/679 podaci moraju biti čuvani tako da je moguća identifikacija ispitanika samo toliko vremena koliko je potrebno u svrhu radi koje se lični podaci obrađuju, a dalja obrada podataka je moguća radi arhiviranja u javnom interesu, istraživanja i statističke obrade. Analizirani zakoni o radu propisuju koje podatke poslodavac ne može tražiti, a koje podatke obrađuje uz pravo zaposlenog da ostvari uvid, zahtijeva ispravljanje netačnih i brisanje podataka koji nisu od neposrednog značaja za poslove koje obavlja.<sup>11</sup> To je u skladu sa Uredbom (EU) 2016/679, prema kojoj podaci moraju biti tačni i ažurni i moraju se preduzeti mjere da se lični podaci koji nisu tačni, uzimajući u obzir svrhu za koju se obrađuju, bez odlaganja izbrišu ili isprave. Zaposleni može uskratiti odgovore na pitanja koja krše privatnost i dostojanstvo (pitanja koja se odnose na bračni status, seksualnu orijentaciju, majčinstvo i planiranja porodice, itd.). Poslodavcu nije dopušteno da zahtijeva nepotrebne podatke koji otkrivaju privatni život zaposlenog, ali i pored te zabrane i prava zaposlenog da traži brisanje suvišnih i ispravljanje netačnih podataka, da traži zaštitu ako poslodavac nepropisno koristi informacione tehnologije, zaposleni nije u ravnopravnom odnosu sa poslodavcem ni u pogledu obrade ličnih podataka. Pored pravnih propisa, kako se navodi, pravni osnov za obradu ličnih podataka radnika od strane poslodavca nalazi se u sklapanju i izvršenju ugovora o radu. Ugovori o radu se zasnivaju na dobrovoljnoj osnovi između radnika i poslodavca, pa možemo kazati da se radni odnos zasniva i na međusobnom povjerenju između poslodavca i radnika, ali nikako ne smijemo zanemariti da je poslodavac u odnosu na radnika u superiornijim položaju (Bet-Radetić, 2017: 4). U prilog tome, može se navesti da posljedica korištenja elektronskog nadzora može biti disciplinska mjera ili otkaz od strane poslodavca ako se putem nadzora dokaže da je zaposleni učinio težu povredu radne obaveze, da nije poštovao radnu disciplinu, da postoji opravdan razlog za otkaz ugovora o radu. U ovom slučaju korištenje informacionih tehnologija služi da se utvrdi da li zaposleni ispunjava dužnosti zbog čijeg kršenja

10 Council of Europe, *Rec No. R (89) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Personal Data used for Employment Purposes*, 18. 01. 1989. godine.

11 Zakon o radu, *Sl. glasnik Republike Srbije*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17 i 95/18. Zakon o radu, *Sl. glasnik Republike Srpske*, 1/16 i 66/18; Zakon o radu, *Sl. novine FBiH*, 26/16 i 89/18; Zakon o radu, *Sl. list CG*, 49/08, 26/09, 88/09, 26/10, 59/11, 66/12, 31/14, 53/14 i 4/18; Zakon o radu, *Narodne novine*, 93/14 i 127/17.

može da prestane radni odnos, kao što su zabrana diskriminacije, dužnost da obavijesti poslodavca o bitnim okolnostima koje utiču na obavljanje poslova, odnosno o potencijalnoj opasnosti za život i zdravlje, na opasnosti od nastanka materijalne štete, itd. Da bi se zaštitila privatnost zaposlenih, poslodavac je dužan da reguliše korištenje elektronskog nadzora zaposlenih i da obavijesti zaposlene i njihove predstavnike o tome, načinu obrade i zaštite podataka. Uz nužnost sveobuhvatnog normativnog regulisanja elektronskog nadzora zakonskim tekstom, pojedina pitanja bi se mogla dodatno urediti i internim aktima poslodavaca. Nadzor treba koristiti samo u slu čaju ostvarivanja legitimnih ciljeva, on mora biti transparentan, srazmeran i nužan. Interni akti poslodavca treba da sadrže odredbe kojima se jasno definišu polje primjene, ciljev I irazlozi uvođenja sistema nadzora, a sa uvođenjem mjera elektronskog nadzora morali bi se složiti i zaposleni (Žarković, 2015: 179).

Pravo na zaštitu ličnih podataka i privatnosti zaposlenih ne može se posmatrati odvojeno od prava na zaštitu podataka o ličnosti (ličnih podataka građana), koje označava zaštitu privatnosti lica u širem smislu, odnosno svega onoga što neko lice određuje i po čemu se ono razlikuje od drugih lica. Pored zakona koji čine radno zakonodavstvo, na zaštitu ličnih podataka zaposlenih se primjenjuju odredbe zakona koji reguliše zaštitu ličnih podataka, uz obavezu da posebni zakoni budu u skladu sa opštim. Za regulisanje zaštite ličnih podataka zaposlenih vrijede načela obrade podataka utvrđena opštim zakonom o zaštiti ličnih podataka: podaci se moraju obrađivati zakonito, pošteno i transparentno u odnosu na lice na koje se podaci odnose, podaci moraju biti tačni i, ako je to neophodno, ažurirani, prikupljanje podataka je ograničeno u odnosu na svrhu obrade, vrši se minimizacija podataka, ograničenje čuvanja, poštuju integritet i povjerljivost.<sup>12</sup> Prema Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti u Republici Srbiji (čl. 91), na obradu u oblasti rada i zapošljavanja primjenjuju se odredbe zakona kojima se uređuje rad i zapošljavanje i kolektivni ugovori, uz primjenu odredbi ovog zakona. Ako zakon koji uređuje rad i zapošljavanje ili kolektivni ugovor sadrže odredbe o zaštiti podataka o ličnosti, moraju se propisati i posebne mjere zaštite dostojanstva ličnosti, legitimnih interesa i osnovnih prava lica na koje se podaci odnose, posebno u odnosu na transparentnost obrade, razmjenu podataka o ličnosti unutar multinacionalne kompanije, odnosno grupe privrednih subjekata,

---

12 Члан 5 Закона о заштити података о личности, *Сл. гласник РС*, 87/18.

kao i sistem nadzora u radnoj sredini.<sup>13</sup> Na koji način korištenje informacionih tehnologija uvećava opasnost od štetnih posljedica za zaposlene ukazuje i profilisanje oblika automatizovane obrade, koje se koristi da bi se ocijenilo određeno svojstvo ličnosti, posebno u cilju analize ili predviđanja radnog učinka fizičkog lica, njegovog ekonomskog položaja, zdravstvenog stanja, ličnih sklonosti, interesa, pouzdanosti, ponašanja, lokacije ili kretanja.<sup>14</sup> Lice na koje se podaci odnose ima pravo da se na njega ne primjenjuje odluka donijeta isključivo na osnovu automatizovane obrade, uključujući i profilisanje, ako se tom odlukom proizvode pravne posljedice po to lice ili ta odluka značajno utiče na njegov položaj, osim u zakonom određenim slučajevima.<sup>15</sup>

U zemljama u regionu je prihvaćen normativni pristup da je neophodno posebno urediti zaštitu lica koja prijave korupciju kako bi učestvovali u zaštiti javnih interesa, što pokazuju donošenje zakona čiji je cilj i predmet zaštita uzbunjivača.<sup>16</sup> U pitanju je zaštita radnopravne sigurnosti lica koja vode borbu protiv korupcije rizikujući da budu šikanirani od strane poslodavca. Zakonsko regulisanje zaštite prava uzbunjivača, po uzoru na zakone u pojedinim evropskim državama, može iz nove zakonodavne prakse prerasti u normativni trend u regionu. Zaštita radnopravnog statusa zaposlenih koji otkriju informacije o korupciji i drugim nezakonitim radnje kod poslodavca je obezbijeđena u okviru zaštite prava koja pripada svim zaposlenim i bez zakonskog regulisanja zaštite uzbunjivača, ali postepeno preovladava stav da ta zaštita nije dovoljna. Rizik od korupcije je pojačan u onim sredinama gdje nije pružena odgovarajuća zaštita uzbunjivača (Mirjanić, Čošabić, 2016: 132). Zaštita identiteta i ličnih podataka ovih lica je dodatno ugrožena u uslovima korištenja informacionih tehnologija, a kao primjer za to može se navesti pseudonimizacija, a pod kojom se podrazumijeva obrada podataka na način koji onemogućava pripisivanje podataka o ličnosti određenom licu bez korištenja dodatnih podataka, a pod uslovom da se dodatni podaci čuvaju posebno i da su preduzete tehničke, organizacione i kadrovske mjere koje obezbjeđuju da se podatak o ličnosti ne može pripisati određenom ili odredivom licu.<sup>17</sup>

---

13 Član 91 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, *Sl. glasnik RS*, 87/18.

14 Član 4 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, *Sl. glasnik RS*, 87/18.

15 Član 38 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, *Sl. glasnik RS*, 87/18.

16 Zakon o zaštiti uzbunjivača, *Sl. glasnik RS*, 128/14; Zakon o zaštiti lica koja prijavljuju korupciju u institucijama Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik BiH*, 100/13; Zakon o sprječavanju korupcije, *Sl. list CG*, 53/14 i 42/17.

17 Član 4 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, *Sl. glasnik RS*, 87/18.

Pseudonimizacija može smanjiti rizik od povrede ličnih podataka. Kada se informacione tehnologije koriste za prijavljivanje korupcije od strane zaposlenih, čak i ako se ne zahtijevaju očigledni lični podaci, tijelo kojem se vrši prijava mora voditi računa o tome da se i IP adresa smatra ličnim podatkom, jer je u presudi Suda pravde Evropske unije u predmetu Breyer protiv Njemačke odlučeno da čak i dinamična IP adresa može u određenim okolnostima predstavljati lični podatak (Mirjanić, Čošabić, 2017: 135).

#### **4. Zaključak**

Poslodavci koriste informacione tehnologije za kontrolu prisustva zaposlenih na radnom mjestu, za zaštitu bezbjednosti i zdravlja na radu, za zaštitu imovine i smanjenja rizika od nasilja i krađa, itd. Stoga je važna tema kako zakonski regulisati korištenje novih tehnologija na način da se obezbijedi zaštita ličnih podataka i privatnosti, koji su ugroženi usljed širenja prakse elektronskog nadzora, sofisticiranog praćenja zaposlenih koji rade na računaru i prikupljanja biometrijskih podataka zaposlenih. Posmatrana tema obuhvata i pitanje zaštite ličnih podataka zaposlenih uzbunjivača. Regulisanje korištenja informacionih tehnologija za obradu ličnih podataka je i važan predmet kolektivnog ugovora, opšteg akta poslodavca i drugih oblika autonomnog pravnog regulisanja po pitanjima koja nisu regulisana zakonom. To se odnosi na autonomno regulisanje uslova za korištenja i način njihovog korištenja za obradu ličnih podataka koji se traže radi zaključivanja ugovora o radu i tokom trajanja radnog odnosa, kao i drugih pitanja koja se odnose na zaštitu ličnih podataka. Zadatak pravnika je da, stvaranjem pravnih propisa i uspostavljanjem pravne prakse, odrede granicu između prava zaposlenih na zaštitu ličnih podataka i privatnosti i prava poslodavca da obrađuje lične podatke i za to koristi informacione tehnologije. Uz afirmaciju prava na privatnost i pravnu zaštitu tog prava, neophodno je razvijanje svijesti o značaju poštovanja privatnosti zaposlenih. Za unapređenje nivoa zaštite ličnih podataka i privatnosti zaposlenih važno je ugraditi u zakonske odredbe međunarodne i evropske standarde iz ove oblasti. Poređenje zakonskih odredbi o zaštiti podataka o ličnosti u zemljama regiona pokazuje da se uvažavaju evropski standardi za zaštitu podataka i postepeno ispunjava obaveza harmonizacije prava. U tom smislu, prilagođavanje zakonodavstva najvažnijim promjenama koje donose informacione tehnologije, uključujući i promjene u svijetu rada, zavisi od razvoja evropskog prava i prava Evropske unije koje ima za cilj da odredi prava pojedinaca i obaveze subjekata koji obrađuju lične podatke.

## Literatura/References

Bet-Radetić B. (2017). Zaštita osobnih podataka u radnim odnosima, *Radno pravo*. 9/17.

Vasković, V. (2014). *Elektronsko poslovanje u javnoj upravi eGovernment*, Beograd: Beogradska poslovna škola.

Žarković, I. (2015). Mere elektronskog nadzora zaposlenih i pravo na privatnost na radnom mestu. *Nauka, bezbednost, policija*. 20(3), 165–182.

Kovač Orlandić, M. (2019). Video-nadzor u prostorijama poslodavca. *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*. 82/19. 165–182.

Lubarda, B. (2013). *Uvod u radno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Mirjanić, Ž. (2014). Značaj socijalnog dijaloga u procesu usklađivanja domaćeg prava sa pravom Evropske unije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 68/14. 129–143.

Mirjanić, Ž. Čošabić, J. (2016). Protection of whistleblower's employment status, *International Scientific Conference on Economic and Social Development – The Legal Challenges of Modern World*. 130–139.

Mirjanić, Ž. Čošabić, J. (2017). Advantages and Disadvantages of the Information Technology Use in the Whistleblowing Process, *22nd International Scientific Conference on Economic and Social Development – "Legal Challenges of Modern World"*. 130–138.

Popović, D. Jovanović, M. (2017). *Pravo interneta: odabrane teme*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. Učur, M. (2007) *Nomotehnika*, Rijeka: Veleučilište u Rijeci.

Čulo, I. (2015) Pravo na dostojanstvo u radu – međunarodni i evropski standardi. *Radno pravo* 3/15. 50–58.

European Union Agency for Fundamental Rights, *Data Protection in the European Union: the role of National Data Protection Authorities*, preuzeto 28. 9. 2019. [http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Data-protection\\_en.pdf](http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Data-protection_en.pdf).

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Official Journal L 119(1).

Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, ILC, 97th session, Geneva, 2008.

Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane. *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 83/08

Odluka o ratifikaciji Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Bosne i Hercegovine. *Sl. glasnik BiH – Međunarodni ugovori*. Br. 10/08

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti. *Sl. glasnik RS*. Br. 87/18.

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti. *Sl. list CG*. Br. 79/08, 70/09, 44/12 i 22/17.

Zakona o radu Republike Srpske. *Sl. glasnik RS*. Br. 1/16 i 66/18.

Zakon o radu. *Sl. glasnik Republike Srbije*. Br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17 i 5/18.

Zakon o radu. *Sl. list CG*. Br. 49/08, 26/09, 88/09, 26/10, 59/11, 66/12, 31/14, 53/14 i 4/18.

Zakon o radu. *Narodne novine*. Br. 93/14 i 127/17.

Zakon o zaštiti ličnih podataka. *Službeni glasnik BiH*. Br. 49/06, 76/11 i 89/11.

Zakon o zaštiti uzbunjivača. *Sl. glasnik RS*. Br. 128/14.

Zakon o zaštiti lica koja prijavljuju korupciju u institucijama Bosne i Hercegovine. *Sl. glasnik BiH*. Br. 100/13.

Zakon o sprječavanju korupcije. *Sl. list CG*. Br. 53/14 i 42/17.

Presuda ESLJP u slučaju Lopez Ribalda i dr. (López Ribalda and others) protiv Španije od 9. januara 2018. godine (podnesak br. 8567/13).

Presuda ESLJP u slučaju Kopland (Copland) protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 3. aprila 2007. godine (podnesak br. 62617/00).



**Prof. Željko Mirjanić, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Banja Luka,*

*Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina*

## **THE USE OF INFORMATION TECHNOLOGIES AND EMPLOYEES' PERSONAL DATA PROTECTION**

### **Summary**

*Employers use information technologies to collect, process, handle and store employees' personal data, which that are necessary for exercising rights and obligations during the employment relationship, and an employee has a right to protection of data during and after the termination of the employment relationship. In order to guarantee the protection of personal data and privacy of employees, there is a need to give more significance to the legal regulation of the way these technologies are used. Besides the higher risk of abuse of personal data that comes with the use of the technologies and the need to change the legal practice reflected in the fact that employees rarely ever use the right to personal data protection, another important reason for legal regulation is the obligation (stemming from the Stabilization and Association Agreement to gradually align the domestic law with the EU law. These reasons influence the predominant opinion that the national legislation should incorporate the European standards in this area envisaged in Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and Council of April 2016 concerning the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and the free movement of such data. The paper also discusses the influence of information technologies on the protection of personal data of employed "whistle-blowers".*

**Keywords:** *protection of privacy and personal data of employees, the influence of information technologies on personal data protection, protection of employed whistle-blowers.*



**Dr Goran Obradović,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu

originalni naučni rad  
10.5937/zrpfno-24999

UDK: 378.11(497.11)  
Rad primljen: 20.01.2020.  
Rad prihvaćen: 03.02.2020.

## **PRESTANAK DUŽNOSTI ORGANA POSLOVOĐENJA UNIVERZITETA I FAKULTETA\*\***

**Apstrakt:** *Rektora univerziteta i dekana fakulteta, kao organe poslovođenja tih ustanova, bira i razrešava odgovarajući savet, kao organ upravljanja. Bliži uslovi, način i postupak izbora i razrešenja organa poslovođenja uređuju se statutom visokoškolske ustanove, u skladu sa principom autonomije univerziteta. Zakonom o visokom obrazovanju Republike Srbije propisana su izvesna ograničenja vezana za izbor organa poslovođenja, kao i slučajevi kada do prestanka dužnosti dolazi po sili zakona. Zakon, za razliku od ranijih propisa iz ove oblasti, uvodi i neke nove razloge za prestanak dužnosti organa poslovođenja univerziteta i fakulteta. Osim toga, novina je i ovlašćenje ministra prosvete da, na predlog prosvetne inspekcije, razreši rektora i dekana, ukoliko budu ispunjeni uslovi za razrešenje a organ upravljanja to ne učini. Ovom ovlašćenju ministra posvećena je posebna pažnja, kao i težoj povredi etičkog kodeksa i preporuci Agencije za borbu protiv korupcije kao razlozima za razrešenje.*

**Ključne reči:** *univerzitet, fakultet, rektor, dekan.*

---

\* obrad@prafak.ni.ac.rs

\*\* Ovaj rad predstavlja rezultat istra živanja na projekt u „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije. U vidu usmenog saopštenja rad je izložen na Međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo i multidisciplinarnost“, održanoj na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu 12. i 13. aprila 2019. godine.

## 1. Uvod

Autonomija univerziteta podrazumeva pravo univerziteta (i fakulteta u njegovom sastavu – ukoliko imaju svojstvo pravnog lica) da, između ostalog, samostalno biraju svoje organe. Ta samostalnost nije apsolutna, već je ograničena određenim pravima osnivača. Osnivačka prava, s druge strane, razlikuju se u zavisnosti od toga da li je univerzitet/fakultet u državnom ili u privatnom vlasništvu.

Ustavom Republike Srbije<sup>1</sup> autonomija univerziteta, visokoškolskih i naučnih ustanova zajemčena je na način da one samostalno odlučuju o svome uređenju i radu, u skladu sa zakonom.<sup>2</sup> Zakon kojim se to bliže uređuje jeste Zakon o visokom obrazovanju Republike Srbije<sup>3</sup>. Autonomija univerziteta i drugih visokoškolskih ustanova u Republici Srbiji podrazumeva, između ostalog, i „pravo na donošenje statuta i izbor organa upravljanja i drugih organa“<sup>4</sup>.

Proklamovano pravo na izbor organa upravljanja i drugih organa<sup>5</sup> ograničeno je na način da će to biti „...u skladu sa ovim zakonom“. „Usklađenost sa zakonom“ obezbeđena je na način da članove saveta univerziteta, fakulteta i umetničke akademije u sastavu univerziteta i akademije strukovnih studija predstavnici osnivača čine sa 30% zastupljenosti.<sup>6</sup> Kada je osnivač Republika, predstavnike osnivača imenuje Vlada.<sup>7</sup>

---

1 „Sl. glasnik RS“, br. 98/2006

2 Čl. 72 Ustava.

3 „Sl. glasnik RS“, br. 88/2017, 73/2018, 27/2018-dr. zakon i 67/2019.

4 Sve ovo u skladu sa ovim zakonom. Osim navedenog, u autonomiju spadaju i: pravo na uvrđivanje studijskih programa, pravo na uvrđivanje pravila studiranja i uslova upisa studenata; pravo na uređenje unutrašnje organizacije; pravo na izbor nastavnika i saradnika; pravo na izdavanje javnih isprava; pravo na raspolaganje finansijskim sredstvima, u skladu sa zakonom; pravo na korišćenje imovine, u skladu sa zakonom; pravo na odlučivanje o prihvatanju projekata i međunarodnoj saradnji. Čl. 6 Zakona o visokom obrazovanju Republike Srbije.

5 Čl. 6, st. 1, t. 4 Zakona o visokom obrazovanju.

6 U odnosu na 55% predstavnika visokoškolske ustanove i 15% predstavnika studenata.

7 Potrebno je da to budu, makar po slovu Zakona, istaknu te ličnosti iz oblasti nauke, kulture, prosvete, umetnosti i privrede.

## 2. Smetnje za izbor na funkciju i prestanak dužnosti rektora i dekana

Ustanove visokog obrazovanja u Srbiji su, između ostalih, univerzitet i fakultet.<sup>8</sup> Univerzitet, kao samostalna visokoškolska ustanova<sup>9</sup> jeste organ upravljanja samostalne visokoškolske ustanove (u daljem tekstu: univerzitet). Organ poslovođenja univerziteta je rektor, a fakulteta dekan.<sup>10</sup>

Zakonom o visokom obrazovanju propisane su neke činjenice čije postojanje predstavlja smetnju da neko lice bude izabrano na funkciju rektora ili dekana ili da, ako nastupe posle izbora, dovedu do razrešenja. Po svom karakteru, smetnje za izbor na funkciju rektora i dekana umnogome su slične smetnjama za zasnivanje radnog odnosa, i to kako po svrsi zbog koje su uvedene, tako i po posledicama. Osim toga, mnoge od njih su identične sa smetnjama za zasnivanje radnog odnosa, naročito kada su u pitanju službenici (državni, pokrajinski i lokalni).

Smetnje za zasnivanje radnog odnosa najčešće se definišu kao „prave činjenice koje licu koje ispunjava uslove za zasnivanje radnog odnosa privremeno (ređe trajno) pravno onemogućavaju zasnivanje radnog odnosa, sticanje zvanja, odnosno čije nastupanje ima za posledicu prestanak radnog odnosa“<sup>11</sup>. Uobičajena podela smetnji za zasnivanje radnog odnosa je na privremene i trajne (najčešće je to postojanje drugog radnog odnosa i invalidnosti), kao i na otklonjive i neotklonjive, pri čemu nastupanje neke od njih dovodi do sprečavanja zasnivanja radnog odnosa, sticanja nekog zvanja ili do prestanka radnog odnosa.<sup>12</sup> Smetnje zasnivanju radnog odnosa čine isti nedopuštenim, odnosno nevaljanim<sup>13</sup>.

Zakonski razlozi za prestanak dužnosti/sprečavanja izbora mogu se svrstati u četiri grupe: 1) pravosnažna osuda za krivično delo; 2) pravosnažna osuda za teže kršenje kodeksa profesionalne etike; 3) razrešenje dužnosti i 4) pravosnažna preporuka za razrešenje data od strane Agencije za borbu protiv korupcije.

---

8 Čl. 43, st. 1, t. 1 i 2 Zakona o visokom obrazovanju.

9 Čl. 44, st. 1 Zakona o visokom obrazovanju.

10 Čl. 64, st. 1 Zakona o visokom obrazovanju.

11 B. Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet u Beogradu, 2012, str. 299.

12 *Ibid*, str. 303–306.

13 N. Tintić, *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: radni odnosi (II), Zagreb, 1972, str. 74.

### 3. Osuda za krivično delo

Pravnosnažna osuda za krivično delo vezuje se, konkretno, za nekoliko krivičnih dela iz glave XVIII Krivičnog zakonika Republike Srbije<sup>14</sup>, za krivično delo primanja mita u obavljanju poslova u visokoškolskoj ustanovi i krivično delo falsifikovanja službene isprave. Pored toga, razlog za neizbor na funkciju ili razrešenje sa nje je pravnosnažna osuda na kaznu zatvora za drugo krivično delo. Krivičnih dela protiv polne slobode (glava XVIII) ima ukupno jedanaest,<sup>15</sup> i njihov broj se postepeno povećavao u našem kaznenom zakonodavstvu. Osuda za bilo koje od njih predstavlja smetnju za izbor na funkciju rektora ili dekana, odnosno razlog za prestanak te funkcije. Polazeći od ciljeva zbog kojih su ova krivična dela pripisana,<sup>16</sup> nesporno je da organ poslovođenja univerziteta i fakulteta ne može biti lice koje je pravnosnažno osuđeno za neko od njih.

Krivično delo „falsifikovanja isprave koju izdaje visokoškolska ustanova“ može se upodobiti sa krivičnim delom „Falsifikovanje službene isprave“ iz čl. 355 Krivičnog Zakonika Republike Srbije. Javne isprave koje, na osnovu Zakona o visokom obrazovanju, izdaje visokoškolska ustanova, jesu: studentska knjižica (indeks), diploma o stečenom visokom obrazovanju i dodatak diplomi.<sup>17</sup> Kao smetnja za izbor na funkciju rektora i dekana, tj. za razrešenje sa iste, javlja se i pravosnažna osuda za „primanje mita u obavljanju poslova u visokoškolskoj ustanovi“. Krivično delo primanja mita<sup>18</sup> može učiniti službeno ili odgovorno

---

14 „Sl. glasnik RS“, br. 85/2005; 88/2005-ispr.; 107/2005-ispr.; 72/2009; 111/2009; 121/2012; 104/2013; 108/2014; 94/2016 i 35/2019.

15 To su: silovanje (čl. 178), obljuba nad detetom (čl. 180), obljuba zloupotrebom položaja (čl. 181), nedozvoljene polne radnje (čl. 182), polno uznemiravanje (čl. 182a), podvođenje ili omogućavanje vršenja polnog odnosa (čl. 184), prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju (čl. 185), navođenje deteta na prisustvovanje polnim radnjama (čl. 185a), iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu (čl. 185b).

16 Po D. Jovaševiću, ciljevi su u: 1) da se obezbedi sloboda opredeljenja čoveka u pogledu stupanja u polne odnose, pri izboru partnera i ostalih uslova saglasno svojim osećanjima i 2) da se očuvaju prirodni i zdravi polni odnosi između lica različitog pola, u skladu sa shvatanjima i osećanjima koja čine javni moral. Više o tome u: D. Jovašević, *Krivično pravo-posebni deo*, Dosije studio, Beograd, 2014, str. 83.

17 Čl. 125 Zakona o Visokom obrazovanju.

18 Čl. 367 Krivičnog zakonika RS.

lice.<sup>19</sup> Tumačenjem odredaba Krivičnog zakonika koje se odnose na značenje izraza, zaključujemo da se rektor i dekan ne mogu podvesti pod pojam „službenog lica“, već samo pod pojam „odgovornog lica“.<sup>20</sup> U pogledu odgovornosti to suštinski ništa ne menja, s obzirom da odgovorno lice koje učini delo primanja mita podleže istoj kazni kao i službeno lice.<sup>21</sup>

Naposletku, a u vezi osude za krivično delo kao smetnje/razloga za razrešenje rektora i dekana, Zakonom o visokom obrazovanju propisana je i osuda na kaznu zatvora za drugo krivično delo. U ovom slučaju, potpuno je nebitno delo za koje je neko lice osuđeno na kaznu zatvora, već sama vrsta kazne. Osim toga, proizilazi da je bez uticaja i da li je izrečena kazna zatvora izrečena kao mera upozorenja, tj. kao uslovna osuda.<sup>22</sup> Smatramo da je navedeni pristup pogrešan, te da se osuđivanost kao smetnja za izbor, tj. razlog za razrešenje mora vezivati isključivo za krivična dela čija priroda neko lice „diskvalifikuje“ za vršenje ovih funkcija. Ovo tim pre što pravne posledice osude nisu, po svojoj suštini, ništa drugo nego odmazda.<sup>23</sup> Pravne posledice osude nisu krivične sankcije niti mere o kojima bi odlučivao sud, već nastupaju usled osude za određeno krivično delo<sup>24</sup> a prestaju ili im se trajanje skraćuje aktom pomilovanja.<sup>25</sup> Inače, one se smatraju jednim od složenijih pitanja vezanih za resocijalizaciju i rehabilitaciju osuđene osobe, kao i za kriminalnu, posebno kaznenu politiku.<sup>26</sup>

---

19 Krivični zakonik RS sankcioniše i primanje mita u obavljanju privredne delatnosti (čl. 230).

20 „Odgovornim licem u pravnom licu smatra se lice koje na osnovu zakona, propisa ili ovlašćenja vrši određene poslove upravljanja, nadzora ili druge poslove iz delatnosti pravnog lica, kao i lice kome je faktički povereno obavljanje tih poslova...“ Čl. 112, st. 3, t. 5 Krivičnog zakonika RS.

21 Čl. 367, st. 6 Krivičnog zakonika RS.

22 U Glavi V Krivični zakonik pripisuje mere upozorenja: uslovnu osudu i sudsku opomenu. Uslovnom osudom se u činiocu krivičnog dela u tvrđuje kazna (uključujući i zatvorsku), ali se istovremeno određuje da se ona neće izvršiti ako osuđeni za vreme koje odredi sud (vreme proveravanja) ne učini novo krivično delo. Čl. 65, st.

1 Krivičnog zakonika RS.

23 B. Čejović, *Pravne posledice osude i slobode i prava građana*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 4/1991, str. 103.

24 I. Živkovski, I. Rilaković, *Pravne posledice krivične osude kandidata za zaposlenje i zaposlenog*, Branič, Beograd, br. 1-2/2014, str. 85.

25 D. Miladinović, *Osvrt na koncept pomilovanja u krivičnom zakonodavstvu Srbije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 47/2006, str.136.

26 H. Sijerčić-Čolić, *Kaznena politika i prevencija kriminaliteta: pravne posledice osude i rehabilitacija*, u: *Kaznena politika i prevencija kriminaliteta*, Zbornik radova sa međunarodne

Po pitanju osude za krivično delo kao smetnje za izbor na funkciju rektora ili dekana, Zakon o visokom obrazovanju ne propisuje vremenski period u kome je ta smetnja na snazi, tj. koliko dugo traju pravne posledice osude. Bez obzira na to, po našem mišljenju, one mogu trajati najduže onoliko koliko je to propisano matičnim zakonom za tu oblast, tj. Krivičnim zakonikom. Njime su predviđene dve vrste pravnih posledica osude: one koje se odnose na prestanak ili gubitak određenih prava i one koje se sastoje u zabrani sticanja određenih prava.<sup>27</sup> Pravne posledice osude koje se ogledaju u zabrani sticanja određenih prava mogu trajati najduže deset godina.<sup>28</sup> Prema tome, osuda za krivično delo može biti smetnja za izbor na funkciju rektora ili dekana najduže deset godina.

#### 4. Teža povreda kodeksa profesionalne etike

Za etička pravila obično se uzima da deluju *pro foro interno*, tj. da su obavezna za savest, razum same osobe koja ih primenjuje, a ne – kao kod pravnih pravila – *pro foro externo*, tj. kao zapoved drugome koju on mora ispuniti.<sup>29</sup> Ipak, za određene profesije postoje određeni akti (kodeksi) koji propisuju pravila etičkog postupanja i čije kršenje povlači posledice po radnopravni status prekršioca. Tako, npr. Kodeks ponašanja državnih službenika<sup>30</sup>, koga donosi Visoki službenički savet Republike Srbije, uređuje pravila etičkog ponašanja državnih službenika. Povreda Kodeksa, pod uslovom da nije već obuhvaćena nekom od povreda dužnosti iz radnog odnosa, sankcioniše se kao lakša povreda radne dužnosti, na osnovu Zakona o državnim službenicima.<sup>31</sup>

---

naučno-stručne konferencije, Ministarstvo pravde Republike Srpske, Trebinje, 2019, str. 91.

27 U prvu grupu spadaju: prestanak vršenja javnih funkcija; prestanak radnog odnosa ili prestanak vršenja određenog poziva ili zanimanja i gubitak određenih dozvola ili odobrenja koja se daju odlukom državnog organa ili organa lokalne samouprave. Drugu grupu čine: zabrana sticanja određenih javnih funkcija; zabrana sticanja određenog zvanja, poziva ili zanimanja ili unapređenja u slu žbi; zabrana sticanja čina vojnog starešine i zabrana dobijanja određenih dozvola ili odobrenja koja se daju odlukom državnih organa ili organa lokalne samouprave. Čl. 95 Krivičnog zakonika.

28 Čl. 96, st. 3 Krivičnog zakonika.

29 N. Tintić, *Radno i socijalno pravo, knjiga prva: radni odnosi (I)*, Narodne novine, Zagreb, 1969, str. 332.

30 „Sl. glasnik RS“, br. 29/2008, 30/2015, 20/2018, 42/2018 i 80/2019.

31 „Sl. glasnik RS“, br. 79/2005, 81/2005-ispr., 83/2005-ispr., 64/2007-ispr., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017 и 95/2018.



Kršenje profesionalne etike znatno se strože sankcioniše u delatnosti visokog obrazovanja, ali samo kada su u pitanju organi poslovođenja univerziteta i fakulteta.<sup>32</sup> Primera radi, kršenje Kodeksa ponašanja državnih službenika nije smetnja zapošljavanju u državnom organu, niti je razlog za razrešenje državnog službenika na položaju.<sup>33</sup>

Primera radi, Kodeks profesionalne etike Univerziteta u Nišu<sup>34</sup> utvrđuje „etička pravila nastavnog, naučnoistraživačkog i umetničkog rada na Univerzitetu u Nišu“, bliže određujući šta je profesionalna sloboda, kakav treba da bude odnos prema studentima, šta je „moralno neprihvatljivo ponašanje“, „kolegijalni odnosi“ i „odnosi prema instituciji“. Štaviše, Kodeks propisuje i da će se „na akademske odnose i ponašanje svih članova akademske zajednice koja nisu opisana Kodeksom primenjivati nepisana pravila i načela akademskih institucija“.<sup>35</sup>

Postupak pred Komitetom je dvostepen. U prvom stepenu postupak vodi Veće komiteta, a u drugom (po prigovoru) odlučuje Komitet u punom sastavu. Ukoliko Veće nađe da u ponašanju lica protiv koga se postupak vodi ima elemenata povrede Kodeksa profesionalne etike, izriče odgovarajuću meru, u skladu sa težinom povrede. Tri su mere predviđene za kršenje Kodeksa: javna opomena, javna osuda izrečena na sednici Senata i javna osuda saopštena preko sredstava javnog informisanja i na veb stranici Univerziteta. S obzirom da Kodeks ne stepenuje povrede na lakše i teže, nije propisano ni u kojim se slučajevima koja mera može izreći. Ovakav koncept umnogome podseća na režim disciplinske odgovornosti sudija i nosilaca javnotužilačkih funkcija, gde disciplinska dela nisu unapred podeljena na lakša i teža, već će kvalifikacija biti izvršena u postupku, a u zavisnosti od posledica koje su nastupile. Drugim rečima, ako je došlo do nastupanja težih posledica<sup>36</sup>, radi se o težem discipline-skom prestupu.<sup>37</sup> Smatramo da je koncept po kome nema unapred date podele

---

32 Teža povreda kodeksa profesiona lne etike nije smetnja za sticanje zvanja nastavnika, odnosno saradnika. To su samo osuda za krivično delo protiv polne slobode, falsifikovanje isprave koju izdaje visokoškolska ustanova ili primanje mita u obavljanju poslova u visokoškolskoj ustanovi.

33 Vidi čl. 45 Zakona o državnim slu žbenicima.

34 <https://www.ni.ac.rs/dokumenti/category/140-komitet-za-profesionalnu-etiku>, pristupljeno 13.1.2020. godine

35 St. 3, t. 4.1. Kodeksa.

36 Npr. ako je došlo do ozbiljnog narušavanja ugleda i poverenja javnosti u sudstvo, a naročito ako je došlo do zastarevanja predmeta zbog nesavesnog rada sudije i ako je nastupila veća štete u imovini stranke u postupku.

37 Više o tome u: G. Obradović, S. Kovačević Perić, *Disciplinska odgovornost zaposlenih*, Pravni fakultet u Nišu, 2016, str. 213.

disciplinskih dela (ili, u ovom slučaju, povreda Kodeksa profesionalne etike) ispravniji. Ali, i u tom slučaju je neophodno da se opštim aktom jasno precizira za koja se dela koja mera može izreći, što nije slučaj sa Kodeksom profesionalne etike Univerziteta u Nišu. To predstavlja problem iz razloga što Zakon o visokom obrazovanju kao smetnju za izbor i razlog za razrešenje rektora i dekana propisuje samo teži prekršaj kodeksa profesionalne etike. Smatramo da se od tri pobrojane mere dve mogu izreći za težu povredu Kodeksa: javna osuda izečena na sednici Senata i javna osuda saopštena preko sredstava javnog informisanja i na veb stranici Univerziteta, te da one povlače razrešenje.

Posebno je pitanje trenutka kada su se ispunili uslovi za razrešenje, tj. za pokretanje postupka razrešenja. Zakon o visokom obrazovanju određuje da organu poslovođenja prestaje dužnost danom pravosnažnosti presude (kojom je osuđen za neko od navedenih krivičnih dela ili na zatvorsku kaznu uopšte), odnosno od dana pravosnažnosti odluke, odnosno preporuke Agencije za borbu protiv korupcije.<sup>38</sup> To, dalje, otvara pitanje karaktera odluke Komiteta (kao i preporuke Agencije za borbu protiv korupcije). One su po svojoj prirodi nesumnjivo upravni akti, s obzirom da se primenom upravnog akta odlučuje o određenom pravu ili obavezi nekog lica, stranke (jedne ili više njih), neposrednom primenom merodavnih propisa koji uređuju pojedine upravne materije.<sup>39</sup> Zakon o opštem upravnom postupku<sup>40</sup> kao upravne akte određuje rešenja i zaključke, s tim da oni mogu imati i drugi naziv, ako je to posebnim zakonom predviđeno.<sup>41</sup>

Ali, da li je sama konačnost odluke kojom je nekom licu izrečena neka od mera za kršenje profesionalne etike dovoljna za pokretanje postupka za razrešenje? Smatramo da nije, s obzirom da Zakon o visokom obrazovanju trenutak prestanka dužnosti organa poslovođenja vezuje za pravosnažnost odluke, odnosno preporuke. S tim u vezi, postavlja se pitanje trenutka pravosnažnosti upravnog akta.

Zakon o opštem upravnom postupku, pravosnažnim naziva ono rešenje protiv koga se ne može izjaviti žalba, niti pokrenuti upravni spor,

---

38 Čl. 64, st. 6.

39 Z. Tomić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2019, str. 39.

40 „Službeni glasnik Republike Srbije, br. 18/2016 i 95/2018 – autentično tumačenje. “Upravni akt“, u smislu Zakona o opštem upravnom postupku, jeste pojedinačni pravni akt kojim organ, neposredno primenjujući propise iz odgovarajuće upravne oblasti, odlučuje o pravu, obavezi ili pravnom interesu stranke, ili o procesnim pitanjima (čl. 16 Zakona).

41 Čl. 16, st. 3 Zakona.

što znači da pravosnažnost obuhvata dva kumulativna elementa: a) da protiv rešenja nema ili nema više mesta žalbi (iskorišćena ili je rok za žalbu istekao), kada se radi o konačnosti rešenja i b) da nije moguće o njegovoj zakonitosti tužbom pokrenuti upravni spor, bilo da je on već vođen, bilo da je unapred nedozvoljen, bilo da je rok za podnošenje tužbe istekao.<sup>42</sup>

U konkretnom slu čaju, to znači da rektoru i dekanu dužnost usled teže povrede kodeksa profesionalne etike prestaje kada protekne rok za prigovor, kada je prigovor izjavljen ali je odbačen, odbijen ili je odluka po njemu preinačena. Takođe, rektoru i dekanu dužnost prestaje kada po konačnosti prigovora protekne rok za pokretanje upravnog spora podnošenjem tužbe ili kada je on vođen i okončan (nepovoljno po pokretača). Dakle, tek od tog trenutka nadležnom organu (senatu univerziteta ili savetu fakulteta) teče rok u kome je dužan da postupa, tj. da konstatuje prestanak dužnosti i imenuje vršioca dužnosti organa poslovođenja.

## 5. Preporuka Agencije za borbu protiv korupcije

Za rektora ili dekana ne može biti izabrano lice za koje je Agencija za borbu protiv korupcije dala preporuku za razrešenje. Takođe, postojanje ove preporuke predstavlja razlog za prestanak dužnosti. Agencija za borbu protiv korupcije osnovana je Zakonom o agenciji za borbu protiv korupcije<sup>43</sup> 2008. godine. Njime je Agenciji dato ovlašćenje da može da pokreće postupak u kome se odlu čuje da li postoji povreda zakona, kao i da izriče mere.<sup>44</sup> Za povredu zakona predviđene su tri mere: mera upozorenja, mera javnog objavljivanja preporuke za razrešenje i mera javnog objavljivanja odluke o povredi zakona.<sup>45</sup> Prvostepeni organ u postupku pred Agencijom je direktor a drugostepeni, po žalbi, Odbor Agencije<sup>46</sup>, u

---

42 *Ibid*, str. 152.

43 „Slu žbeni glasnik Republike Srbije“, br. 97/2008, 53/2010, 66/2011–odluka US, 67/2013 – odluka US, 112/2013 – autentično tumačenje, 8/2015 – odluka US i 88/2019.

44 Članovi 50-54 Zakona.

45 Poslednja se izriče funkcioneru koji je izabran na javnu funkciju neposredno od građana, funkcioneru kome je prestala javna funkcija i povezanom licu. Njima se može izreći i mera upozorenja, s obzirom da im se, po prirodi stvari, ne može izreći mera javnog objavljivanja preporuke za razrešenje.

46 Odbor Agencije ima devet članova, koji se biraju na četiri godine i to tako što po jednog predlažu: Administrativni odbor Narodne skupštine, Predsednik Republike, Vlada, Vrhovni kasacioni sud, Državna revizorska institucija, Zaštitnik građana i Poverenik za informacije od javnog značaja, putem zajedničkog dogovora, Socijalno-

roku od 15 dana. Odluka Odbora Agencije je konačna i protiv nje se može pokrenuti upravni spor.

Kao i u slučaju težeg kršenja kodeksa profesionalne etike, i ovde se trenutak prestanka dužnosti vezuje za nastupanje pravosnažnosti. Ona će nastupiti ako je žalba iskorišćena ili je prošao rok za njeno izjavljivanje, ili, ako je pokrenut upravni spor, da je on okončan. Takođe, i ako je protekao rok za njegovo pokretanje. S tim u vezi, nedoumicu može da stvori odnos određenih normi Zakona o borbi protiv korupcije i Zakona o visokom obrazovanju.<sup>47</sup> Prvi ovlašćuje Agenciju da, po izricanju mere javnog objavljivanja preporuke za razrešenje, odmah podnese inicijativu za razrešenje funkcionera organu koji ga je izabrao, postavio ili imenovao, a isti je dužan da o preduzetim merama obavesti Agenciju u roku od 60 dana od dana objavljivanja mere. S druge strane, Zakon o visokom obrazovanju propisuje da „organu poslovođenja prestaje dužnost ...danom pravosnažnosti presude, odluke, odnosno *preporuke*“. Drugim rečima, da li je nadležni organ dužan da postupi po inicijativi za razrešenje odmah po njenom dobijanju, ili, ako je to slučaj, može da sačeka okončanje upravnog spora? Mišljenja smo da se u ovom slučaju mora dati prednost Zakonu o visokom obrazovanju, kao *lex specialis-u*. Štaviše, smatramo da je Agencija, pre podnošenja inicijative, dužna da sačeka da protekne rok za pokretanje upravnog spora, pa da tek nakon toga uputi inicijativu.

Na kraju, posebno je pitanje „obaveznosti“ preporuke, gde je Zakon o visokom obrazovanju stroži u odnosu na Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije. Dok potonji za nadležni organ ustanovljava samo obavezu da Agenciju izvesti o preduzetim merama povodom javnog objavljivanja preporuke za razrešenje, odnosno inicijative, Zakon o visokom obrazovanju sadrži eksplicitnu normu da će u ovom slučaju rektor ili dekan biti razrešeni. Smatramo da je ovakvo rešenje pogrešno i suprotno samom značenju reči „*preporuka*“. Na ovaj način, umesto da se nadležnom organu pruži sloboda izbora da nešto učini ili ne, on se, *de facto*, obavezuje na činjenje.

## 6. Postupak za prestanak dužnosti

Organ upravljanja univerziteta i fakulteta, između ostalog, bira i razrešava organ poslovođenja,<sup>48</sup>tj. senat ili savet. Iako Zakon o visokom

---

ekonomski savet, Advokatska komora Srbije i udruženja novinara u Republici Srbiji, pu tem zajedničkog dogovora.

47 Konkretno, odnos st. 4 čl. 51 Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije i st. 6 čl. 64 Zakona o visokom obrazovanju.

48 Čl. 63, st. 1, t. 2 Zakona o visokom obrazovanju.

obrazovanju sadrži bezličnu normu<sup>49</sup>, evidentno je da organ upravljanja, u slučaju nastupanja nekog od navedenih razloga, mora da donese odluku o razrešenju. Trenutak donošenja te odluke razlikuje se u zavisnosti od razloga za razrešenje. Ukoliko se radi o pravosnažnoj osudi za krivično delo, trenutak od koga je organ upravljanja dužan da donese odluku o razrešenju jeste pravosnažnost osuđujuće presude. Tačnije, to je trenutak od dana njenog dostavljanja univerzitetu, odnosno fakultetu.

U slučaju osude za teže kršenje kodeksa profesionalne etike i preporuke za razrešenje date od strane Agencije za borbu protiv korupcije, organ upravljanja je dužan da reaguje tek nakon pravosnažnosti odluke, kako je gore već navedeno. Drugim rečima, mora da sačeka da se upravni spor okonča ili da protekne rok u kome se on može pokrenuti. Organ upravljanja je dužan da najkasnije u roku od 15 dana od dana pravosnažnosti odluke konstatuje da je organu poslovođenja prestala dužnost i imenuje vršioca dužnosti,<sup>50</sup> a ova odluka je deklarativnog karaktera.

Novinu predstavlja ovlašćenje ministra prosvete u pogledu razrešenja rektora i dekana.

Naime, ukoliko organ upravljanja ne donese odluku o razrešenju u predviđenom roku, prosvetni inspektor ima ovlašćenje da u roku od osam dana od dana saznanja ministru predloži donošenje odgovarajuće odluke, tj. razrešenje. Osim iz navedenog, Zakonom je predviđen i razlog za razrešenje organa poslovođenja samostalne visokoškolske ustanove koja u svom sastavu nema visokoškolske jedinice,<sup>51</sup> a on se odnosi na nepostupanje po aktu inspektora radi otklanjanja nezakonitosti, štetnih posledica i ispunjavanja propisanih obaveza.

## 7. Zaključak

Značaj i uloga visokog obrazovanja u društvu zahteva da uslovi za izbor na čelne pozicije budu znatno stroži od uslova za mnoga druga mesta. Samim tim, ako tokom trajanja mandata neki od njih otpadne, nužno dolazi do razrešenja. Razlozi za razrešenje organa poslovođenja univerziteta i fakulteta predviđeni Zakonom o visokom obrazovanju spadaju u opšteprihvaćene u akademskoj zajednici. Sporna je, po našem mišljenju, preporuka Agencije za borbu protiv korupcije, s obzirom da preporuka ne može biti obavezujuća. Ovlašćenje ministra da,

---

49 „Organu poslovođenja prestaje dužnost...“, čl. 64, st. 6.

50 Čl. 64, st. 7 Zakona o visokom obrazovanju.

51 Čl. 135, st. 7 Zakona o visokom obrazovanju.

pod određenim uslovima, može da razreši organ poslovođenja, iako ranijim propisima nije bilo predviđeno, smatramo opravdanim, jer se na taj način sprečava izigravanje zakona nepostupanjem organa upravljanja.

### **Literatura/References**

Lubarda, B., *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet u Beogradu, 2012.

Živkovski, I., Rilaković, I., *Pravne posledice krivične osude kandidata za zaposlenje i zaposlenog*, Branič, Beograd, br. 1-2/2014.

Jovašević, D., *Krivično pravo – posebni deo*, Dosije studio, Beograd, 2014.

Miladinović, D., *Osvrt na koncept pomilovanja u krivičnom zakonodavstvu Srbije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 47/2006.

Obradović, G., Kovačević Perić, S., *Disciplinska odgovornost zaposlenih*, Pravni fakultet u Nišu, 2016.

Sijerčić-Čolić, H., *Kaznena politika i prevencija kriminaliteta: pravne posledice osude i rehabilitacija*, u: *Kaznena politika i prevencija kriminaliteta*, Zbornik radova sa međunarodne naučno-stručne konferencije, Ministarstvo pravde Republike Srpske, Trebinje, 2019.

Tintić, N., *Radno i socijalno pravo, knjiga prva: radni odnosi (I)*, Narodne novine, Zagreb, 1969.

Tomić, Z., *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2019.

Čejović, B., *Pravne posledice osude i slobode i prava građana*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 4/1991.

**Goran Obradović, LL.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

**TERMINATION OF OFFICES OF EXECUTIVE OFFICERS  
OF UNIVERSITIES AND FACULTIES**

**Summary**

*A university rector and a faculty dean, as executive officers of such institutions, are elected and deselected by a relevant council, as a management body. More detailed terms, method and procedure of selecting and deselection of an executive officer are regulated by the statute of a higher education institution, in accordance with the principle of university autonomy. The Law on Higher Education of the Republic of Serbia provides certain limitations related to the selection of an executive officer, as well as such cases when the termination of office comes by operation of law. The Law, unlike the previous regulations in this area, also introduces some new reasons for the termination of office of executive officers of universities and faculties. Additionally, a novelty is also the authorisation of the minister of education for removal of a rector/dean, at the proposal of educational inspection, if such conditions for their removal are met and the management body has failed to do so. Special attention is paid to this authorisation of the minister, as well as to a grave violation of the ethical code and the recommendation of the Anti-Corruption Agency as the reasons for such a removal.*

**Key words:** *University, Faculty, Rector, Dean.*





**Nevena Vučković Šahović,\* Ph.D.**

*Profesor Pravnog fakulteta Union, u penziji*

**Elvir Burazerović\*, Master of Law,**

*Organisation for Respect and Care of Animals -ORCA, Belgrade*

originalni naučni rad

10.5937/zrpfm0-23283

UDK: 341.231.14-053.2

591.5:34

179.3

*Rad primljen: 23.09.2019.*

*Rad prihvaćen: 29.11.2019.*

## **CHILDREN'S RIGHTS AND ANIMAL WELFARE\*\***

**Abstract:** *In light of the 30<sup>th</sup> anniversary of the Convention on the Rights of the Child (CRC) and the ever-changing social, economic, cultural and natural environments at the global level, animal welfare should be addressed as an emerging topic which may broaden the understanding of the CRC application. Animal welfare can be understood as a mechanism to directly affect and ensure the following children's rights envisaged in the CRC: the right to life, survival and development (Article 6); the right to the enjoyment of the highest attainable standard of health (Article 24); the right to food (Articles 27 and 24); the right to protection against all forms of violence (Articles 19, 24(3), 28(2)), 37(a) and 32-36); the right to physical and psychological recovery of victims (Article 39); the rights related to the aims of education (Article 29); the right to leisure and play (Article 31); and the right to a healthy environment. The paper elaborates how the provision of a good state of animal welfare affects the exercise of selected children's rights: the right to the enjoyment of the highest attainable standard of health and the right to protection against all forms of violence. There is a growing body of evidence for positive effects of good state of animal welfare on the exercise of children's rights on a global level. It is of broader social importance to recognize this interconnection and understand mechanism by which treating animals with care is reflected on the welfare of the child and the exercise of children's rights.*

**Keywords:** *children's rights, animal welfare, right to the enjoyment of the highest attainable standard of health, right to protection against all forms of violence.*

---

\* vnevena17@yahoo.com

\* elvir.burazerovic@orca.rs

\*\* This article is to a great extent inspired and based on the Master thesis "The Rights of the Child and Welfare of Animals - Legal and Practical Aspects," which one of the authors defended at the Faculty of Law of the Union University of Belgrade in June 2017.

## 1. Introduction

On the occasion of marking the 30<sup>th</sup> anniversary of the Convention on the Rights of the Child (CRC),<sup>1</sup> a significant focus is placed on the level of implementation of that international Treaty. However, due to societal and global changes, special attention is given to the rights of the child in the face of scientific and technological advancements and consequential changes, such as climate change, use of renewable energies, bioengineering, genetical research, use and impact of information and communication technologies and others. The CRC Committee, the monitoring body established by the CRC, recognized the need to address such emerging topics and, thus, broaden the understanding of the CRC application in view of the ever-changing nature of the economic, social, legal and cultural environments in which children's rights should be exercised.

However, there are areas of the rights of the child that are not "new" but have not been identified as relevant yet, such as those stemming from seemingly disparate connections between children's rights and areas of life such as human relation with nature. The correlation between children's rights and animal welfare is a good example of such seemingly irrelevant yet very important connection; it is one of the important but insufficiently recognized understandings, circumstances and phenomena that directly and indirectly affect the exercise of the rights of the child. Animal welfare is a concept of recent date which has evolved considering the relationship between humans and animals, or our impact on the life of animals whose survival depends directly on humans.

Entering the phrases "children's rights" followed by "animal welfare" in the search engines of academic publications and international human rights jurisprudence yields poor results. Could we consequently infer that these two terms are not related, that there is no connection? Is this the reason why academic and professional public is not paying attention to this multidisciplinary field? For that reason, the starting question is *whether there is an interrelation between enjoyment of children's rights and animal welfare*, and whether animal welfare is an important factor in the full realization of children's rights. What are the practical dimensions and mechanisms of their relatedness? The authors believe the answer to these questions is positive.

This article aims to underly the relation between the two concepts, important enough to hopefully attract the attention of the children's rights community. Drawing on particular rights acknowledged in the CRC, the article further aims to encourage the CRC Committee, the monitoring body established by the CRC

---

1 *Convention on the Rights of the Child* (adopted 20 November 1989, entered into force 2 September 1990), UN General Assembly, Resolution 44/25.

(Art. 43), to recognize in its work the value of animal welfare in exercise of children's rights and regularly raise the issue with States parties.

To reach its aim, the paper examines animal welfare through the prism of exercising children's rights and proposes the hypothesis that undivided attention to animal welfare is a mechanism for exercising the child's right to health and the right to protection from violence. Therefore, a more detailed analysis of the impact of animal welfare on the exercise of children's rights within the education system, the right to play, or the right to a healthy environment remain outside the scope of this paper. They are just briefly mentioned to indicate the extent of potential impacts and interdependence between children's rights and animal welfare.

It should be noted that the authors, for the purpose of this text, adopt a view of the "instrumental", extrinsic values of the animal and consider from the anthropocentric perspective how the provision of a good state of animal welfare affects the exercise of selected children's rights mentioned in this paper. Given this premise and the subject matter of the paper, animals are perceived in light of benefits they provide to children, both tangible (utility animals) and intangible (companion animals) ones. Wild animals' welfare and their contribution to the realization of children's rights are not covered herein.

## **2. Legal frameworks and relatedness between children's rights and animal welfare**

The CRC is the most comprehensive and the most ratified international treaty. When adopted in 1989, it was the first international Treaty to acknowledge that children have rights. It encompasses a wide catalog of children's rights ranging from political and civil rights to economic, social and cultural rights. However, there is a strong evolutionary element to the CRC. There are rights of the child not covered by the CRC, such as: the right of the child to a healthy environment, the rights of the child with HIV, rights in relation to digital media, rights of LGBT child, rights of migrant children, or the right to protection from child marriage; however, it is widely acknowledged that the CRC applies to the listed areas. No human rights' treaty is all-encompassing in the sense that their catalogues include all current and future understanding and acknowledgement of human needs. Therefore, interpretation (for example, through General Comments<sup>2</sup>) is vital to a broad understanding of the application of international human rights norms, so, it may be argued that children do have the right to enjoy benefits from

---

2 See: UN Human Rights Office of the High Commissioner, accessed on 07 September 2019, available at [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11)

animals that are treated with love and care. The crucial element of the child's right to environment is the natural life, plants and animals, and how the child and society relate to it<sup>3</sup>.

Recognizing the importance of animal welfare for economic development and the quality of people's lives, an increasing number of international organizations are devoting attention to the improvement of animal welfare, or its legal formulation.<sup>4</sup> The World Organization for Animal Health (OIE)<sup>5</sup> defines animal welfare in relation to the way in which an animal is coping with the conditions in which it lives.<sup>6</sup> To date, a number of standards have been adopted concerning production, transport, slaughter and killing of farm animals, stray dog population control, use of animals for scientific purposes and education, or production, transport and killing of fish<sup>7</sup>. International organizations that stand out in the

---

3 In the CRC Committee's Day of General Discussion Report on Children's Rights and the Environment (2016), discussing the meaning of environment in the context of children's rights, the natural world is described as including plants and animals and people. Further, the Committee states that "*environmental degradation affects plants, animals and the weather, therefore, ultimately impacts the livelihoods of families and communities in which children grow up, and their ways of living.*" (CRC Report, 2016:11), Retrieved 4 September 2019 from <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2016/DGDoutcomereport-May2017.pdf>

4 See, for example: the United Nations Food and Agriculture Organisation (FAO) [http://www.fao.org/ag/againfo/themes/animal-welfare/aw-awhome/en/?no\\_cache=1](http://www.fao.org/ag/againfo/themes/animal-welfare/aw-awhome/en/?no_cache=1); the World Health Organization (WHO) [https://www.who.int/foodsafety/zoonoses/final\\_concept\\_note\\_Hanoi.pdf](https://www.who.int/foodsafety/zoonoses/final_concept_note_Hanoi.pdf); the World Organization for Animal Health (OIE) <https://www.oie.int/en/animal-welfare/animal-welfare-at-a-glance/>; the European Union (EU) [https://ec.europa.eu/food/animals/welfare\\_en](https://ec.europa.eu/food/animals/welfare_en) and others.

5 The OIE is an intergovernmental organization responsible for improving animal health worldwide and has 180 member States. The International Office for Epizootics was established by an international agreement signed on 25 January 1924. In May 2003, it was renamed the World Organization for Animal Health, retaining its acronym OIE.

6 «Animal welfare means how an animal is coping with the conditions in which it lives. An animal is in a good state of welfare if (as indicated by scientific evidence) it is healthy, comfortable, well nourished, safe, able to express innate behavior, and if it is not suffering from unpleasant states such as pain, fear, and distress. Good animal welfare requires disease prevention and veterinary treatment, appropriate shelter, management, nutrition, humane handling and humane slaughter/killing. Animal welfare refers to the state of the animal; the treatment that an animal receives is covered by other terms such as animal care, animal husbandry, and humane treatment. OIE: *A new definition for the Terrestrial Animal Health Code: 'animal welfare'*, App. 3.7.1 of the Terrestrial Animal Health Code, OIE, 2018. Retrieved on 04 September 2019 from <https://www.oie.int/doc/ged/D5517.PDF>

7 World Organization for Animal Health: *OIE Standards on Animal Health*, Retrieved on 04 September 2019 from <https://www.oie.int/en/animal-welfare/an-international-network-of-expertise/>

field of animal welfare in Europe are the Council of Europe and the European Union, which recognized the importance of standardizing animal welfare. The Council of Europe recognized the importance of animal welfare for human health and quality of life, and stressed that “respect for animals counts among the ideals and principles that are the common heritage of State Members as one of the obligations upon which human dignity is based.” (Pritchard, 2006:4) As early as in the 1960s, the Council of Europe started to work in the field of animal welfare adopting five conventions and a number of recommendations. The conventions relate to the welfare of farm animals in breeding, transport and slaughtering, the welfare of animals used for experimental and other scientific purposes, and the welfare of companion animals (pets)<sup>8</sup>.

The relatedness and interdependence of humans and animals is reflected in many aspects of life. The way in which animals are kept and used, or their welfare, directly affects the welfare of family dependent on animals. In this way, exercising children’s rights is related to the care for the welfare of animals whose survival depends on people’s care.<sup>9</sup> In terms of the relationships we have with them, all animals can be classified into three groups: companion animals, utility animals and wild animals living in natural habitats.<sup>10</sup>

Considering that children’s rights must be approached in a holistic manner, that is, that all rights are interrelated and conditioned, animal welfare *indirectly* affects the exercise of practically all the rights contained in the Convention. The indirect impact mechanism is primarily evident in the fact that animal welfare affects the most important basic principle of the Convention - the right

---

8 Council of Europe: *Biological safety - use of animals by humans*, Council of Europe, Retrieved on 04 September 2019, from [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/biological\\_safety\\_and\\_use\\_of\\_animals](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/biological_safety_and_use_of_animals)

9 «The FAO and other global organizations could proactively include animal welfare as a basic element of their projects, integrated with, and contributing to, other goals such as food safety and security, human and animal health, environmental sustainability, worker safety, rural development, gender equality, and social justice.» Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO). *Capacity building to implement good animal welfare practices: Report of the FAO Expert Meeting*, p. xvii, (2009)

10 *Companion animals* are kept within the household, primarily for socializing, and have a social and emotional role. *Utility animals* are farm animals (sometimes they can also be wild animals in captivity, such as elephants in some countries of Asia), which are primarily held for commercial purposes: for food production (pigs, cattle, sheep, poultry, etc.), for conducting experiments (mice, rats, various primates, etc), as working animals (e.g. horses, donkeys, elephants, rescue and search dogs, etc.) and for sports (race horses, greyhounds etc.). There are significant overlaps between utility animals and companion animals. Animals used for therapeutic purposes (e.g. in children’s hospitals) are primarily utility animals, but their utility is reflected precisely in the socializing and emotional support they provide (Burazerović, 2017).

to life, survival, and development, without which no children's right could be fully enjoyed.

Animal welfare *directly* affects the exercise of different children's rights listed in the Convention: the right to life, survival and development (Article 6); the right to the enjoyment of the highest attainable standard of health (Article 24); the right to food (Articles 27 and 24); the right to hygiene (Article 24); the right to protection against all forms of violence (Articles 19, 24(3), 28(2)), 37(a) and 32-36); the right to physical and psychological recovery of victims (Article 39); the rights related to the aims of education (Article 29); the right to leisure and play (Article 31); and the right to a healthy environment. Animals have significant positive effects within child justice systems, by being included in child offender treatment, supporting children victims of crime and even "assisting" in court sessions in which children are offenders, victims or witnesses. Positive effects are also well noted in treatment of children with disabilities through the use of animals to help these children and provide emotional support, which contributes to improving their health and development. Positive effects on emotional and social development through contact with animals can be particularly significant and prominent in state care and penitentiary institutions where children stay for long periods and lack emotional connection.

### **3. The child's health and animal welfare**

Every individual has the right to enjoy the highest available standard of physical and mental health is the guarantee contained in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Article 12). This particularly refers to reducing infectious and other diseases leading to higher mortality rates of people, especially children - through prevention and curative care. According to the definition of the WHO, "health is a State of complete physical, mental and social well-being." (WHO, 2014: 1). The child is entitled to the highest possible standard of health and health care. The CRC requests special attention of the States parties to prevention, health education and reduction of infant and child mortality rates.

Due to the inadequate keeping of animals and the poor state of their welfare, populations of abandoned animals and wildlife trade have been recognized as some of the major causes of public health problems. Improved animal health concurrently reduces the risk to human health, especially in developing economies (FAO, 2009: xvii).<sup>11</sup> On the other hand, positive interaction with animals

---

11 FAO: *Capacity building to implement good animal welfare practices: Report of the FAO Expert Meeting* ( 2009: x vii), ht tps://ec.europa.eu/food/sites/food/files/animals/docs/aw\_arch\_report\_09-102008\_rome\_en.pdf

contributes to improved human health. Presence of a pet has helped the recovery of many patients and reduced the use of medications (Havey, Vlasses, Vlasses, Ludwig-Beymer, Hackbarth, 2014: 366). A companion dog or cat contributes to a better mood of the elderly, while having a pet in the family positively influences the development of the personality of children and young people (World Society for the Protection of Animals/WSPA, 2007: 7).<sup>12</sup> The presence of a pet helps with emotional recovery and stability of people with emotional disorders (Matchock, 2015: 388).

It is possible to identify numerous aspects of relatedness between the child's rights to health and animal welfare, but let's look into transmission of infectious diseases (zoonoses) that are common to certain animal species and humans and into production of healthy and safe food of animal origin.

When people and animals share a living space, they are very often susceptible to common diseases - zoonoses. About 60% of the infectious diseases of humans originate from animals (RSPCA, 2010: 6)<sup>13</sup>, while according to the WHO information, some 75% of the new infectious diseases that have appeared over the past 10 years and that can be transmitted to humans, are caused by pathogens originating from animals or animal origin products<sup>14</sup>. Some of these diseases have long been known, such as rabies, while others have recently emerged, such as bovine spongiform encephalopathy, more commonly known as "mad cow disease" (Appleby, 2003: 150). Bird flu has caused the deaths of hundreds of people and millions of animals. In each of these cases, better protection and care provided to animals significantly reduce the risk of infectious diseases in both animals and humans<sup>15</sup>. Good public health largely depends on the prevention of infectious diseases and zoonoses, which can be achieved by proper animal care.<sup>16</sup>

---

12 World Society for the Protection of Animals (WSPA). *Animal welfare matters – the case for a Universal Declaration on Animal Welfare*. (2007) Retrieved 04 September 2019 from [https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/ca\\_-\\_en\\_files/case\\_for\\_a\\_udaw\\_tcm22-8305.pdf](https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/ca_-_en_files/case_for_a_udaw_tcm22-8305.pdf)

13 Royal Society for Prevention of Cruelty to Animals (RSPCA). *Animals and people*, 2010

14 World Health Organization: *Neglected zoonotic diseases*. Retrieved 04 September 2019 from [https://www.who.int/neglected\\_diseases/diseases/zoonoses/en/](https://www.who.int/neglected_diseases/diseases/zoonoses/en/)

15 World Society for the Protection of Animals. *Animal welfare matters– the case for a Universal Declaration on Animal Welfare*. (2007). Retrieved 04 September 2019 from [https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/ca\\_-\\_en\\_files/case\\_for\\_a\\_udaw\\_tcm22-8305.pdf](https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/ca_-_en_files/case_for_a_udaw_tcm22-8305.pdf)

16 Compassion in World Farming and World Society for Protection of Animals. *Zoonotic diseases, human health and animal welfare*. (2013). Retrieved 04 September 2019 from <https://www.ciwf.org.uk/media/3756123/Zoonotic-diseases-human-health-and-farm-animal-welfare-16-page-report.pdf>

Healthy, safe and good quality food depends on animal breeding, veterinary care, and animal feed. Meat, milk, and eggs produced in systems that meet animal welfare standards ensure high quality and safety of food products. A balanced diet of dairy animals contributes to maintaining the nutritional value of milk, while careful treatment of animals before and during slaughtering contributes to preventing a decrease in meat quality. Recognizing the importance of animal welfare for the quality and safety of food of animal origin, consumers set high animal welfare requirements before food manufacturers. Manufacturers in countries that want to export cannot ignore consumers' concerns about food safety in importing countries if they want to maintain their economic prosperity and trade. Appropriate food labeling is another requirement of consumers who want to be better informed about the specific production process of the products they buy, especially about the welfare of the animals from which the particular product originates (OIE, 2004: 95).<sup>17</sup>

In the last fifty years, meat production and consumption in emerging economies has risen drastically, and estimates say that today these countries produce more than half of the world's meat production<sup>18</sup>. Such massive increases in production involve the use of different production systems in both small-scale production and large-scale industrial production used by developed industrialized countries. Demand for products of animal origin continues to grow, resulting in numerous ethical and sustainability issues, environmental problems and growing concern about animal welfare. As noted by the European Commission, "A relative majority of Europeans understand animal welfare to refer to "the duty to respect all animals" and secondly to 'concern the way farmer animals are treated, providing them with a better quality of life'. More than nine in ten EU citizens believe it is important to protect the welfare of farmed animals (94%). Europeans believe the welfare of farmed animals should be better protected than it is now (82%) and similarly for companion animals (74%)" (European Commission, 2016: 4).

Caring for animal welfare is a key factor in the production of safe and good quality food. Food poisoning is a major problem for most countries. Animal products are a major source of these infections, which are caused by the way of treating

---

17 World Organization for Animal Health (OIE): *Proceedings of the Global conference on animal welfare: and OIE initiative, Paris 23-25 February 2004*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg (2004), [https://www.oie.int/fileadmin/Home/eng/Conferences\\_Events/docs/pdf/proceedings.pdf](https://www.oie.int/fileadmin/Home/eng/Conferences_Events/docs/pdf/proceedings.pdf)

18 Food and Agriculture Organisation of the United Nations (FAO). *World agriculture: towards 2015/2030: a FAO perspective*. (2003). Retrieved 04 September 2019, from <http://www.fao.org/3/a-y4252e.pdf>



animals - the methods of breeding, transport and slaughtering<sup>19</sup>. The main path of *E.coli* infection to the human body is meat contamination with animal feces, which occurs as a result of keeping cattle in conditions of overpopulation. Similarly, *Salmonella* infection that is transferred from poultry and eggs to humans is associated with poor animal breeding practices, such as forced molting (the process of starving poultry in order to cause continuous egg production). This practice, which is illegal in some countries, negatively affects the welfare of these birds and endangers their immune system to the extent that their eggs can pose a serious risk to public health (WSPA, 2007: 7)<sup>20</sup>.

#### 4. Right of the child to protection from violence

Even though general research into the correlation between the rights of the child and animal welfare does not show significant results, it is becoming increasingly evident; the last decades have witnessed intensified scientific research on the connection of violence against animals and interpersonal violence. Although most of the research is of a recent date, the phenomenon of violence against animals and its connection to interpersonal violence have been found in literature for a much longer period. Even English philosopher John Locke said in the early 18<sup>th</sup> century that “the custom of tormenting and killing of beasts will, by degrees, harden [their] minds even towards men” (Lock, 1705, cited in: Ascione, Arkow, 1999: 197).<sup>21</sup> In the 1960s, anthropologist Margaret Mead noted that aggressive behavior of children against animals can be an indicator of antisocial and violent behavior in adulthood (Becker, French, 2004: 399). Her work marked the beginning of a more intense study of the connection phenomenon between violence against animals and interpersonal violence. According to Becker and French, all previous research can be grouped in four main interrelated fields: (1) Animal abuse as an indicator of domestic violence; (2) Animal abuse as an indicator of child abuse; (3) Animal abuse by children who later show aggressive and deviant behavior; and (4) The therapeutic potential of animals in child development and within rehabilitation (Becker, French, 2004: 401). The results of some of the research on these issues are summarized below.

---

19 World Society for the Protection of Animals. *Animal welfare matters- the case for a Universal Declaration on Animal Welfare*. (2007). Retrieved 04 September 2019, from [https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/ca\\_-\\_en\\_files/case\\_for\\_a\\_udaw\\_tcm22-8305.pdf](https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/ca_-_en_files/case_for_a_udaw_tcm22-8305.pdf)

20 World Society for the Protection of Animals (WSPA). *Animal welfare matters- the case for a Universal Declaration on Animal Welfare*. (2007). Retrieved 04 September 2019, from [https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/ca\\_-\\_en\\_files/case\\_for\\_a\\_udaw\\_tcm22-8305.pdf](https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/ca_-_en_files/case_for_a_udaw_tcm22-8305.pdf).

21 cited after: John Locke, *Some Thoughts Concerning Education*, 1705.

#### **4.1 Animal Abuse as an Indicator of Domestic Violence and Child Abuse**

The research results obtained from interviewing women who sought help and protection in cases of domestic violence have highlighted the obvious link between violence between spouses and animal violence.<sup>22</sup> These studies showed that between 46.5% and 71% of respondents experienced their partner threatening, injuring or killing a pet, of which between 25.5% and 57% of respondents reported that their pet was abused or killed by the partner. Professor Frank Ascione and others compared the experiences of women from the battered women's shelter and women who were not victims of domestic violence and found that injuries or killings of animals by the partners were reported 11 times more in the case of women from the shelter (54% vs. 5%) (Ascione, Weber, Thomposn, Heath, Maruyama, Hayashi, 2007: 361). One in four women victims of violence did not want to or delayed their leaving the house and the abuser because of the fear that something would happen to the pet, while in 62% of cases children were directly exposed to pet abuse (Ascione et al., 2007: 363). As the level of domestic violence was growing, the reported cases of violence against animals were becoming more serious. Thus, it has been found that violent men who abuse the animal in their family use animal violence to establish control over their victims much more than violent men who do not abuse animals (Simmons, Lechmann, 2007: 1216-1217).

As is the case with the abusers who abuse pets to control women-victims, children abusers threaten, hurt, or kill the animal, using it as a means of "covering up" child abuse, getting consent, or directly threatening the child (Boat, 1999: 83-84). These circumstances may also affect the reduction in the number of cases of violence reported to competent state authorities.

---

22 A lot of articles have been written on this topic. See, for example: Ascione, F. R. (1998). Battered women's reports of their partners' and their children's cruelty to animals. *Journal of Emotional Abuse*. 1. 119-133; Carlisle-Frank, P., Frank, J. M., Nielsen, L. (2004). Selective battering of the family pet. *Anthrozoos*. 17. 26-41; Faver, C.A., Strand, E.B. (2003). Domestic violence and animal cruelty. *Journal of Social Work Education*. 39 (2). 237-253; Flynn, C. P. (2008). Why family professionals can no longer ignore violence toward animals. *Family Relations*. 49. 87-95; Flynn, C.P. (2011). Examining the links between animal abuse and human violence. *Crime, Law and Social Change*. 55(5). 453-468; DeGrue, S., DiLillo, D. (2009). Is animal cruelty a "red flag" for family violence? Investigating co-occurring violence toward children, partners and pets. *Journal of Interpersonal Violence*. 24(6). 1036-1056; McPhedran, S. (2009). Animal abuse, family violence and child wellbeing: A review. *Journal of Family Violence*. 24(1).

41-52; Febres, J., Brasfeld, H., Shorey, R., Elmquist, J., Ninneman, A., Schonbrun, Y., Temple, J., Recupero, P. Stuart, G. (2014). Adulthood animal abuse among men arrested for domestic violence. *Violence against women*. 20(9). 1059-1077.

#### **4.2 Animal Abuse by Children**

Exposing children and adolescents to animal abuse can make them insensitive to violence, and children's aggressive behavior toward animals can be an early diagnostic indicator of future behavioral disorders. Research on the phenomenon of animal abuse by children and adolescents suggests that animal abuse can, in fact, be a form of "testing" human-oriented violence, therefore it must be treated as a serious disorder. Such violent forms of behavior must never be ignored and overlooked, as they can escalate in scope and intensity (Kellert, Felthous, 1985: 1127). Merc-Perez and associates conclude that compared to non-violent convicts, violent convicts committed significantly more acts of pet abuse when they were children (Merc-Perez, Heide, Silverman, 2001: 570).

The roots of cruel behavior of children and adolescents towards animals can be sought in the environment in which children live and grow up. Thus, the research results of animal abuse by children who are exposed to domestic violence or who are abused themselves provide additional explanations and etiological connections between different types of domestic violence. One study (Baldry, 2003: 272-275) reports that young people who abuse animals are more exposed as eyewitnesses to animal violence committed by their peers or parents and that they are generally more exposed to violence committed by their parents than their peers who are not aggressive towards animals. Thomson and Gullone found that long-standing witnessing and watching of animal abuse in the family or friend circle is significantly associated with an increased level of animal abuse among adolescents, with the frequency of these events also being a significant factor affecting the violent behavior of adolescents towards animals (Thomson, Gullone, 2006: 236). Animal abuse is significantly correlated with direct presence during acts of animal abuse within the family or friend circle, where 67.6% of animal abusers were eyewitnesses of abuse, as opposed to 19.4% of respondents who were not (DeGrue, DiLillo, 2009: 1049). Such findings indicate that social learning can play an important role in animal abuse, especially if such patterns of behavior are taken over when a child is observing persons who are important in the child's life.

#### **4.3 Therapeutic potential of animals and the effects on the rights of the child**

People are social and emotional beings with a pronounced need for communication with others. Animals that socially interact, such as dogs and cats, provide their owners with a strong sense of friendship (Sable, 1995:335). Their loyal behavior, affection, and playfulness can be especially important for the perceptual, cognitive, social and emotional development of the child (Melson, 2003:33-36)

as a form of emotional support for children who are in any way isolated from their natural environment or placed in appropriate institutions (Lowe, 2011: 34). The right of the child to psychological and social development has been raised to the level of the principle of the Convention (Article 6), given its fundamental importance for the exercise of all other rights of the child. At the same time, Article 39 of the Convention obliges the State to provide appropriate physical and psychological recovery and social reintegration of children who are victims of torture, neglect, exploitation or abuse.

Studies of the relationship between people and animals, particularly the effects companion animals can have on human health, social and psychological development, have been particularly present in recent years. Research has shown that socializing with animals helps children develop their personality and strengthens them when it comes to negative life experiences and challenges they may face (Gilligan, 2000: 43; Dietz, Davis, Pennings, 2012: 678-679). Interaction of children with pets helps children to develop their social skills or empathy towards other living beings. The social effects of keeping companion animals can also be important: by keeping company and contributing to building social relationships between people. Caring for a pet gives the child the ability to be responsible for another living being, and in turn, receive the warmth and attention it has been previously deprived of. Today, animals are largely used to improve the lives of sick and disabled children by providing both tangible physical assistance and emotional support (Krškova, Talarovičova, Olexova, 2010; Walters Esteves, Stokes, 2008; Goddard, 2015).

## 5. Conclusions

It is of broader social importance to recognize the interdependence of animal welfare and the rights of the child as proclaimed in the Convention on the Rights of the Child (CRC) as a legally binding international Treaty, and understand the mechanism by which treating animals is reflected on the welfare of the child and the exercise of children's rights. The attitude of the individual, society and the state towards animals should also be seen as one of the ways of contributing to economic development, social well-being, and environmental protection.

Whether used for obtaining food, for research or therapeutic purposes, or as companions, animals are an integral and inseparable part of people's lives; thus, the achievement of a good state of animal welfare can be crucial for millions of people across the globe as contact with animals has a beneficial impact on their physical and mental health, economic and social status, education or security. The full exercise and implementation of the rights of the child, especially in developing countries, is directly aided by improvements in animal welfare,

conditioning the survival and well-being of millions of people and their families around the world.

Thus, animal welfare positively affects the achievement of most of the Sustainable Development Goals<sup>23</sup> that directly or indirectly relate to the rights of the child, such as: *no poverty* (goal 1), *zero hunger and ensuring food safety* and promoting sustainable agriculture (goal 2), ensuring *healthy lives* and promoting the *well-being* for all (goal 3), *gender equality* and empowering women and girls (goal 5) and ensuring *responsible production and consumption* (goal 12). Sustainable agriculture and animal husbandry practices and the use of products originating from healthy and productive animals with good state of animal welfare can significantly contribute to meeting these goals. Animal welfare can help secure the livelihoods of people around the world in managing emergencies, as well as in the fight against poverty or the implementation of the sustainable agriculture principle. At the same time, recognizing the correlation between animal abuse and interpersonal violence will contribute to attaining the Sustainable Development Goal relating to the promotion of *peaceful and inclusive societies* for sustainable development (goal 16) (United Nations, 2015).

Considering the arguments presented in this paper, it is realistic to expect that these two fields (children's rights and animal welfare) will meet in times ahead of us. In order to achieve this as soon as possible, it is necessary to recognize that connection in international documents relevant for the rights of the child, as well as to accelerate the process of improving the welfare of animals at the global level. At the national level, it is important to supplement existing laws with respective provisions on animal welfare and to recognize the correlation between children's rights and animal welfare in the future. Acceleration and quality of the process of recognizing the connection between children's rights and animal welfare can be significantly improved by scientific research in this field. Guided by the principle that the goal can be achieved only if a phenomenon and challenge is approached comprehensively - from all sides, we hope that this paper can also present a modest contribution to this process.

There remains an open question as to the reasons for the lack of consideration of animal welfare through the dimension of human rights, that is, the right of the child. Could the answer be discerned in the barriers existing between social sciences that primarily focus on the rights of the child and natural sciences concerned with animal welfare? The discovery of the reasons that hindered the identification of the connection between the rights of the child and the welfare

---

23 UN Resolution A/RES/70/1, adopted by the General Assembly on 25 September 2015: Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development; available at [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E) (accessed on 4. 11.2019)

of animals was as interesting as the search for the link that is the subject matter of this paper. We feel that we may find them if we dare to cross the lines drawn between different fields, that is, natural and social sciences.

In order to recognize the interconnectedness of the living world and the sensibility of animals which we are so dependent on, the CRC Committee should be encouraged to recognize the value of welfare of animals to the exercise of the rights of the child by taking steps in the course of the review of the process of the Treaty's implementation, recommending the States parties to undertake all measures to protect all life, including to enable animal welfare for the ultimate benefit of the child.

## References

Appleby, M (2003). Farm disease crises in the United Kingdom: lessons to be learned. In Salem and Rowan (Eds.). *The State of the Animals II* (p. 149-158). Washington DC: Humane Society Press

Ascione, F. R., Weber, C.V., Thompson, T.M., Heath, J., Maruyama, M., Hayashi, K. (2007). Battered pets and domestic violence: Animal abuse reported by women experiencing intimate violence and by non-abused women. *Violence Against Women*. 13. 354-373. SAGE Publications

Ascione, F. R. (1998). Battered women's reports of their partners' and their children's cruelty to animals. *Journal of Emotional Abuse*. 1. 119-133. Taylor&Francis

Ascione F.R., Arkow P. (eds). (1999), *Child Abuse, Domestic Violence, and Animal Abuse: Linking the Circles of Compassion for Prevention and Intervention* (p. 197). Indiana: Purdue University Press; p. 197, cited after: John Locke, *Some Thoughts Concerning Education*, 1705.

Baldry, A. (2003). Animal abuse and exposure to interparental violence in Italian youth. *Journal of Interpersonal Violence*. 18. 258-281. SAGE Publications

Becker F., French L. (2004). Making the Links: Child Abuse, Animal Cruelty and Domestic Violence. *Child Abuse Review*. 13. 399-414. Wiley

Boat, B. W. (1999). Abuse of children and abuse of animals: Using the links to inform child assessment and protection. In: Ascione F.R., Arkow P. (Eds.), *Child abuse, domestic violence, and animal abuse: Linking the circles of compassion for prevention and intervention* (p. 83-100). West Lafayette: Purdue University Press

Burazerović, E. (2017) *The Rights of the Child and Welfare of Animals – Legal and Practical Aspects*. Faculty of Law, Union University of Belgrade.

Carlisle-Frank, P., Frank, J. M., Nielsen, L. (2004). Selective battering of the family pet. *Anthrozoos*. 17. 26-41. Taylor&Francis

Compassion in World Farming and World Society for Protection of Animals. *Zoonotic diseases, human health and animal welfare*. (2013), Compassion in World Farming and World Society for Protection of Animals

Council of Europe: *Biological safety - use of animals by humans*, Council of Europe, Retrieved on 04 September 2019 from [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/biological\\_safety\\_and\\_use\\_of\\_animals/](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/biological_safety_and_use_of_animals/)

DeGrue S & DiLillo D. (2009). Is Animal Cruelty a “Red Flag” for Family Violence? Investigating Co-Occurring Violence Toward Children, Partners, and Pets. *Journal of Interpersonal Violence*. 24 (6). 1036-1056. SAGE Publications

Dietz, T.J., Davis, D., Pennings, J. (2012). Evaluating animal-assisted therapy in group treatment for child sexual abuse. *Journal of child sexual abuse*. 21(6). 665-683. Taylor&Francis

European Commission (EC). Animal Welfare, accessed on 04 September 2019 at [https://ec.europa.eu/food/animals/welfare\\_en](https://ec.europa.eu/food/animals/welfare_en)

European Commission (2016). *Special Eurobarometer 442: Attitudes of Europeans towards Animal Welfare (Report)*, Retrieved on 04 September 2019 from <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/82432>

Faver, C.A., Strand, E.B. (2003). Domestic violence and animal cruelty. *Journal of Social Work Education*. 39 (2). 237-253. Taylor&Francis

Febres, J., Brasfeld, H., Shorey, R., Elmquist, J., Ninneman, A., Schonbrun, Y., Temple, J., Recupero, P, Stuart, G. (2014). Adulthood animal abuse among men arrested for domestic violence. *Violence against women*. 20(9). 1059-1077. SAGE Publications

Flynn, C.P. (2011). Examining the links between animal abuse and human violence. *Crime, Law and Social Change*. 55(5). 453-468. Springer

Flynn, C. P. (2008). Why family professionals can no longer ignore violence toward animals. *Family Relations*. 49. 87-95. Wiley

Food and Agriculture Organisation of the United Nations (FAO), accessed on 4 September 2019 at [http://www.fao.org/ag/againfo/themes/animal-welfare/aw-awhome/en/?no\\_cache=1](http://www.fao.org/ag/againfo/themes/animal-welfare/aw-awhome/en/?no_cache=1)

Food and Agriculture Organization of the United Nations (2009). *Capacity building to implement good animal welfare practices: Report of the FAO Expert Mee-*  
199

ting, Rome, 2009 (p. xvii); retrieved 4 Sept. 2019 from [http://www.fao.org/ag/againfo/resources/documents/AW/AW\\_Exp-meeting\\_EN.pdf](http://www.fao.org/ag/againfo/resources/documents/AW/AW_Exp-meeting_EN.pdf)

Food and Agriculture Organisation of the United Nations (2003). *World agriculture: towards 2015/2030: a FAO perspective*. (2003), FAO/ Earthscan Publications Ltd London, 2003, retrieved on 4 Sept. 2019 from <http://www.fao.org/3/a-y4252e.pdf>

Gilligan R. (2000). Adversity, resilience and young people: the protective value of positive school and spare time experiences. *Children and Society*. 14. 37-47. Wiley

Goddard, A.T., Gilmer, M.J. (2015). The role and impact of animals with pediatric patients. *Pediatric nursing*. 41(2). 65-71. A Janetti Publications Inc. Journal

Havey J., Vlases, F.R., Vlases, P.H., Ludwig-Beymer, P., Hackbarth, D. (2014). The Effect of Animal-Assisted Therapy on Pain Medication Use After Joint Replacement. *Anthrozoos*. 27 (3). 361-369. Taylor&Francis

Kellert S, Felthous AR. (1985). Childhood cruelty towards animals among criminals and non criminals. *Human Relations*. 38 (12). 1113-1129. SAGE Publications

Krškova L., Talarovičova, A., Olexova, L. (2010). Guinea pigs – the „small great“ therapist for autistic children, or: do guinea pigs have positive effects on autistic child social behavior? *Society and Animals*. 18. 139-151. Koninklijke Brill NV, Leiden

Lowe M. J. (2011). Animal Assisted Therapy: The Perception of Animal Assisted Therapy Clinicians Regarding Active Participation in Treatment Therapies of Juveniles in Detention Center Settings, MSc thesis (50pp), Regis University, available at <https://epublications.regis.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1748&context=theses>

Matchock, R.L. (2015). Pet ownership and physical health. *Current Opinion in Psychiatry*. 28(5). 386-392. Wolters Kluwer

Merz-Perez L, Heide K.M., Silverman I.J. (2001). Childhood cruelty to animals and subsequent violence against humans. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*. 45. 556-573. SAGE Publications

McPhedran, S. (2009). Animal abuse, family violence and child wellbeing: A review. *Journal of Family Violence*. 24(1). 41-52. American Psychological Association

Mead, M.(2004). Cultural factors in the cause of pathological homicide. *Bulletin of the Menninger Clinic (1964) (Vol. 28, p. 11-22)*. Quoted in Becker F., French L. Making the Links: Child Abuse, Animal Cruelty and Domestic Violence, *Child Abuse Review*. 13. 399-414. Wiley



Melson F.G. (2003). Child Development and the Human-Companion Animal Bond. *American Behavioral Scientist*. 47(1). 31-39. SAGE Publications

Pritchard, D.G. (2006). Development of Council of Europe Conventions for Protection of Animals – ethics, democratic processes, and monitoring. *Workshop on "Animal welfare in Europe: achievements and future perspectives"*, 23-24 November 2006, Strasbourg

Royal Society for Prevention of Cruelty to Animals (2010). *Animals and people*.

Sable P. (1995). Pets, Attachment, and Well-Being across the Life Cycle. *Social Work*. 40 (3). 334-341 National Association of Social Workers, Inc.

Simmons, C. A., & Lehmann, P. (2007). Exploring the link between pet abuse and controlling behaviors in violent relationships. *Journal of Interpersonal Violence*. 22.1211-1222. SAGE Publications

Thompson, K. L., Gullone, E. (2006). An investigation into the association between the witnessing of animal abuse and adolescents' behavior toward animals. *Society & Animals*. 14. 221-243. Koninklijke Brill NV, Leiden

UN Convention on the Rights of the Child (adopted 20 November 1989, entered into force 2 September 1990), United Nations General Assembly, Resolution 44/25; retrieved 07 Sept. 2019 from <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

UN Resolution A/RES/70/1, adopted by the General Assembly on 25 September 2015: Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development; available at [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E) (accessed 4. 11.2019)

Walters Esteves, S., Stokes, T. (2008). Social effects of a Dog's Presence on Children with Disabilities. *Antrhozoös*. 21 (1). 5-15. Taylor&Francis

World Health Organisation (2014). *Basic documents, 48<sup>th</sup> edition*, WHO, 2014 (p.1), retrieved 07 September 2019 from <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-en.pdf>

World Health Organization (2010). The FAO-OIE-WHO Collaboration, WHO, 2010; retrieved on 4 Sept. 2019 from [https://www.who.int/foodsafety/zoonoses/final\\_concept\\_note\\_Hanoi.pdf](https://www.who.int/foodsafety/zoonoses/final_concept_note_Hanoi.pdf)

World Health Organization: *Neglected zoonotic diseases*; accessed on 4 September 2019 at [https://www.who.int/neglected\\_diseases/diseases/zoonoses/en/](https://www.who.int/neglected_diseases/diseases/zoonoses/en/)

World Organization for Animal Health. *OIE Standards on Animal Health*, accessed on 04 Sept. 2019 at <https://www.oie.int/en/animal-welfare/an-international-network-of-expertise/>

World Organization for Animal Health (2004). *Proceedings of the Global conference on animal welfare: and OIE initiative, Paris 23-25 February 2004*, OIE, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg; <http://boutique.oie.int/extrait/aw04proceed.pdf>; accessed 4 Sept. 2019

World Society for the Protection of Animals (2007). *Animal Welfare Matters – the case for a Universal Declaration on Animal Welfare, WSPA, 2007*; retrieved on 4 Sept. 2019 from [https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/ca\\_-\\_en\\_files/case\\_for\\_a\\_udaw\\_tcm22-8305.pdf](https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/ca_-_en_files/case_for_a_udaw_tcm22-8305.pdf)

**Dr Nevena Vučković Šahović,**

*Profesor Pravnog fakulteta Union, u penziji*

**Elvir Burazerović,**

*Master pravnik,*

*Direktor ORCA -Organizacije za poštovanje i brigu o životinjama, Beograd*

## **PRAVA DETETA I DOBROBIT ŽIVOTINJA**

### **Rezime**

*U svetlu globalnih društvenih i ekonomskih promena, i promena u životnoj sredini, javlja se rastuća potreba za proširenjem razumevanja i primene Konvencije o pravima deteta i na oblasti kakve su: klimatske promene, upotreba obnovljivih izvora energije, bioinženjering, genetička istraživanja, upotreba i uticaja informacionih i komunikacijskih tehnologija, i drugo. Autori ovog rada pružaju argumente da je dobrobit životinja takav mehanizam koji direktno obezbeđuje ostvarivanje brojnih dečjih prava kao što su pravo na: život, opstanak i razvoj (član 6); zdravlje (član 24); hranu (čl. 27 i 24); higijenu (čl. 27 i 24); zaštitu od svih vidova nasilja (čl. 19 i 31); oporavak žrtvi (član 39), ciljeve obrazovanja (član 29); slobodno vreme i igru (član 31), i zdravu životnu sredinu. Autori objašnjavaju međusobnu povezanost i pružaju literaturni pregled na temu kako obezbeđivanje dobrog stanja dobrobiti životinja utiče na ostvarivanje, za ovu svrhu odabranih, dečjih prava na: zdravlje i zaštitu od svih vidova nasilja. Unapređeno zdravlje i dobrobit životinja direktno smanjuju rizik po ljudsko zdravlje kroz proizvodnju zdrave i kvalitetne hrane i smanjenju verovatnoće za prenos zaraznih bolesti zajedničkih za određene životinjske vrste i ljude. Sve veći broj naučnih dokaza govori u prilog postojanju veze između nasilja prema životinjama i nasilja među ljudima. Zlostavljanje životinja može biti indikator nasilja u porodici i zlostavljanja dece, ili ako deca zlostavljaju životinje, indikator kasnijeg agresivnog i devijantnog ponašanja. Sa druge strane, životinje imaju značajan terapijski potencijal u procesu razvoja deteta i njegove rehabilitacije. S toga je od šireg društvenog značaja važno prepoznati međusobnu zavisnost dobrobiti životinja i dečjih prava, jer, kao što je u ovom radu dokazano, dobrobit životinja direktno pozitivno utiče na dobrobit dece i ostvarivanje njihovih prava.*

**Ključne reči:** *prava deteta, dobrobit životinja, pravo na zdravlje, pravo na zaštitu od svih vidova nasilja.*



## **„MATEMATIZOVANJE” ODMERAVANJA KAZNE: EFIKASAN METOD ZA UJEDNAČAVANJE SUDSKE KAZNE NE POLITIKE ILI NEUSPELI EKSPERIMENT?\***

**Apstrakt:** Osnovne konture odmeravanja kazne kakve danas poznajemo, postavljene su u francuskom krivičnom pravu 19. veka, uvođenjem sistema relativno određenih kazni i instituta olakšavajućih i otežavajućih okolnosti. Ovakav pristup zadržan je do savremenog doba, jer predstavlja neku vrstu balansa ili kompromisa između različitih zahteva postavljenih pred krivično pravo – prvo, zahteva *lex certa* proisteklog iz načela zakonitosti kao osnovnog načela ove grane prava, i drugo, načela individualizacije, koje podrazumeva da se, na osnovu slobodne sudijske ocene svih relevantnih okolnosti, kazna prilagođava konkretnom slučaju, od čega zavisi ne samo ostvarivanje specijalne prevencije, već posredno ostvarivanje i drugih ciljeva kažnjavanja. Međutim, sistem relativno određenih kazni često biva ostvaren kroz prilično široke kaznene okvire u posebnom delu, što može da dovede do neujednačene kaznene politike sudova. Negativne posledice ove pojave nisu bezazlene i mogu biti dalekosežne, pošto ona, u krajnjem, ima kapacitet da umanjí poverenje građana u pravni poredak i pravosudni sistem. Potreba za rešavanjem problema dispariteta u kažnjavanju navela je pojedine države da izlaz potraže u tzv. numeričkim pravilima za odmeravanje kazne, u kojima olakšavajuće i otežavajuće okolnosti nisu prepuštene sudskoj oceni, već su unapred ocenjene pripisivanjem određenih brojčanih vrednosti, čijim se zbrajanjem dolazi do vrste i visine kazne koju treba izreći u

---

\* dusica@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet u Nišu, u periodu od 2013. do 2020. godine. Rad je predstavljen na međunarodnom naučnom skupu „Pravo i multidisciplinarnost“, održanom 12. i 13. aprila 2019. godine, na Pravnom fakultetu u Nišu.

*konkretnom slučaju. Ovakvo „matematizovano“ odmeravanje prvi put je primenjeno u SAD, osamdesetih godina prošlog veka, i do nedavnih reformi u makedonskom pravu nije imalo sledbenika. Kako je ono normativno uobličeno u naznačenim pravima, kako funkcioniše u praksi i koje su posledice njegove primene, predstavljaju centralne teme istraživanja u ovom radu.*

**Ključne reči:** *odmeravanje kazne, ujednačavanje sudske kaznene politike, krivično zakonodavstvo SAD, krivično zakonodavstvo Makedonije.*

## 1. Uvodne napomene

Proces odmeravanja kazne predstavlja krunu celokupnog rada suda i istovremeno težak zadatak, nekada kompleksniji od dokazivanja činjenica, pravne kvalifikacije ili utvrđivanja krivice. Istovremeno, može se konstatovati da je on i najizloženiji analizi i kritici, i to ne samo stručne, već veoma često i laičke javnosti, upravo zbog toga što su oko kazne manifestno isprepletani do suprotnosti različiti interesi subjekata povezanih izvršenjem dela – žrtve i društva, sa jedne, i učinioca, sa druge strane. Pronalaženje adekvatne kazne po vrsti i meri otuda treba da zadovolji kriminalno-političke zahteve suzbijanja i sprečavanja kriminaliteta, ali i zahteve proistekle iz garantovanih prava u činioca, i time doprinese još jednom, na prvi pogled ne tako vidljivom cilju, utemeljivanju legitimnosti čitavog krivičnog prava i uspostavljanju poverenja građana u pravosudni sistem. Navedeni razlozi govore u prilog tome da je veoma važan način na koji je normativno ustrojen sistem odmeravanja kazne, jer od toga zavisi da li će i u kojoj meri navedeno moći da bude ostvareno.

Istorijski posmatrano, redovno odmeravanje kazne je prošlo različite faze, a koreni onoga što bismo mogli da nazovemo savremenim uređenjem sežu do francuskog prava 19. veka, u kojem je Kaznenim zakonikom iz 1810. godine (*Code penal* ili *Code Napoleon*) izvršen pravi zaokret u regulisanju, zbog uvođenja sistema relativno određenih kazni i instituta olakšavajućih i otežavajućih okolnosti.<sup>1</sup> Ovakav pristup zadržan je do savremenog doba, upravo zbog toga što uspešnije od drugih balansira između različitih zahteva o kojima je već bilo reči. Međutim, to

---

1 Detaljna analiza istorijskog razvoja instituta u ta u Miladinović-Stefanović, 2012: 91 i nadalje.

„uspešnije od drugih” ne znači i „apsolutno uspešno”, pošto sistem relativno određenih kazni često biva ostvaren kroz prilično široke kaznene okvire u posebnom delu, a to u kombinaciji sa otvorenim listama unapred nevrednovanih relevantnih okolnosti može da dovede do neujednačene kaznene politike sudova. Potreba za rešavanjem problema dispariteta navela je pojedine države da osmisle tzv. numerička pravila za odmeravanje kazne, u kojima olakšavajuće i otežavajuće okolnosti više nisu prepuštene slobodnoj sudijskoj oceni, već su unapred ocenjene pripisivanjem određenih brojevanih vrednosti, čijim se zbrajanjem dolazi do vrste i visine kazne koju treba izreći u konkretnom slučaju. Ovakvo „matematizovano” odmeravanje bilo je donedavno karakteristično samo za SAD, sve dok nije dobilo neku vrstu kopije u krivičnom zakonodavstvu Makedonije. Kako ono izgleda, kako funkcioniše u praksi i da li „pogađa” problem dispariteta, predstavljaju okosnice izlaganja koje sledi.

## **2. Američko Uputstvo za odmeravanje kazne (*Sentencing Guidelines Manual*)**

Odmeravanje kazne je do sredine osamdesetih godina prošlog veka u SAD bilo nedovoljno regulisano, te su usled nepostojanja jasnih i preciznih kriterijuma odluke o kazni bile previše prepuštene slobodnoj oceni suda, uz napomenu da često nisu bile ni dovoljno obrazložene, pa se sticao utisak da su zasnovane pre na nekim intuitivnim osećajima o primerenoj kazni, nego na racionalnim razlozima podložnim kontroli. Prihvatanje koncepta resocijalizacije učinioa i neodređenih osuda kao metoda za njegovo ostvarivanje još je više produbljivalo krizu odmeravanja, umanjujući značaj (ionako spornih) sudskih odluka i koncentrišući previše moći u komisijama za uslovni otpust, koje su često redukovale kaznu do neprihvatljivih razmera.<sup>2</sup> Gotovo da ne treba naglašavati da je neujednačenost kaznene politike, samo logična konsekvencija predočenih problema, i to alarmantno rasprostranjena, kako je dokazano u desetinama empirijskih studija.<sup>3</sup> Iz navedenih razloga je 1984. godine donet Zakon o reformi odmeravanja (*Sentencing Reform Act*) koji je predvideo osnivanje Komisije za odmeravanje kazne (*United States Sentencing Commission*), posebnog nezavisnog tela u okvirima sudske vlasti, sa zadatkom da preispita postojeću praksu i formuliše egzaktna numerička pravila. Zakon je uopšteno trasirao rad Komisije, postavljajući uputstva

---

2 Detaljnije o ovim problemima u Robinson, 1997: 2 i nadalje.

3 Više u Robinson, 1997: 6 ili u Kempf-Leonard, Sample, 2001: 115, gde je navedeno četrdesetak takvih istraživanja.

da se formiraju kategorije krivičnih dela i kategorije kriminalne prošlosti učinilaca, kako bi se njihovim ukrštanjem došlo do kaznenog raspona u kojem se izriče kazna. Izričito je propisano postavljanje uskih okvira, pri čemu minimum ne sme preći više od dvadeset pet procenata maksimuma kazne, ili razliku od šest meseci u odnosu na maksimum za kaznu zatvora.

Komisija je na osnovu svojih ovlašćenja podvrgla statističkoj analizi više od 40.000 presuda, kao i veliki broj odluka o uslovnom otpustu, da bi posle višegodišnjeg proučavanja, sačinila Uputstvo za odmeravanje kazne (*Sentencing Guidelines Manual*), koje je stupilo na snagu novembra 1987. godine.<sup>4</sup> Početak primene Uputstva obeležio je otpor sudija, jer je učinjen potpuni zaokret u pravnom rezonovanju – od slobodne ocene do tarifiranja kazne sa minimalnim odstupanjima. Mnoge sudije su Uputstvo proglasile mehaničkim, arbitrarnim i beživotnim aktom, koji garantuje jednakost samo u formalnom, ali ne i u suštinskom smislu. U više navrata pokretano je i pitanje njegove ustavnosti, mada je u ovom kontekstu najznačajniji slučaj *Booker*, od kojeg je Uputstvo izgubilo obaveznu snagu.<sup>5</sup>

Bez obzira na njegov konsultativni značaj, praksa pokazuje da ga se sudije i dalje pridržavaju, kako pogađa ciljeve radi kojih je i projektovano, te su proces odmeravanja nakon 2005. godine pojedini autori slikovito označili kao „varijacije na temu Uputstva” (Gertner, 2016: 165). Samo Uputstvo predstavlja veoma obiman akt od preko pet stotina strana, što onemogućava detaljno prikazivanje, tako da će naredno izlaganje više biti usmereno na otkrivanje duha i principa na kojima je postavljeno.<sup>6</sup>

## **2.1. Određivanje težine krivičnog dela**

Uputstvo se uvek primenjuje po propisanom redosledu (Uvod, §1B1.1). Sud najpre na osnovu pravne kvalifikacije pronalazi krivično delo u drugom poglavlju (*Offense Conduct*), gde je izvršeno gradiranje težine. Krivična dela su sistematizovana prema objektu zaštite, pri čemu je za sva zajedničko to što su zastupljena u tzv. osnovnom nivou težine, koji nosi određenu numeričku vrednost. Razumevanja radi, osnovni nivo težine nije minimum propisane kazne, već prosečna kazna izricana za

---

4 Podatak preuzet sa sajta Komisije ht tps://w w w.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1987/manual-pdf/Chapter\_1.pdf, pristup 11.02.2019. godine. Više o tome u Berman, 2005: 657.

5 Tekst odluka dostupan na sajtu Komisije. Detaljniji komentar slu čaja *United States v. Booker* videti u Berman, 2005: 675 i nadalje.

6 Uputstvo sa poslednjim izmenama je dostupno na <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>, pristup 11. 02. 2019. godine.



dato delo, utvrđena statističkim istraživanjem. Od osnovnog nivoa težine sudija može da odstupa, usled postojanja određenih okolnosti, koje su uglavnom precizirane Uputstvom, da bi se izbegla različita tumačenja u sudskoj praksi. Kako se odvija prvi korak odmeravanja biće ilustrovano na primeru pojedinih krivičnih dela protiv života i telesnog integriteta. Ubistvu prvog stepena ili ubistvu sa predumišljajem odgovara 43. nivo težine, bez mogućnosti odstupanja naniže (§2A1.1.). Ovaj nivo je rezervisan za najteža krivična dela i vodi izricanju doživotnog zatvora ili smrtne kazne. Ubistvo drugog stepena (§2A1.2.) je na 38. nivou, pri čemu može preći u višu kategoriju, ako je izvršeno na posebno odvratano, surov, brutalan ili ponižavajući način, što je detaljno regulisano u tzv. usaglašavanjima na osnovu ekstremnog ponašanja (§5K2.8). Nevoljnom ubistvu (§2A1.4.) odgovara 12. nivo, ali ako je preduzeto sa određenim stepenom krivice (*recklessness*) prelazi u 18. kategoriju težine, a ako je do smrti došlo sa ovim stepenom krivice i pri upravljanju vozilom, težina se podiže na 22. nivo. Težem napadu na telesni integritet (§2A.2.2.) odgovara osnovni nivo 14, osim u slučaju kada je delo podrazumevalo više od minimalnog planiranja, što vodi uvećanju za 2 stepena; kada je povreda nastala ispaljenjem iz vatrenog oružja (za 5 stepeni); kada je na drugi način upotrebljeno vatreno oružje ili drugo opasno sredstvo (za 4 stepena); kada se učinilac mašao za vatreno oružje ili drugo opasno sredstvo ili je njima pretio (za 3 stepena). Pored načina izvršenja, parametar ozbiljnosti dela predstavljaju obim i priroda nanetih povreda, sa mogućim uvećanjem od 3 do 7 stepeni, u zavisnosti od oblika povrede. Uputstvo postavlja ograničenje uvećavanja težine na osnovu načina izvršenja i nastalih posledica za maksimalno 10 stepeni. Konkretno, to znači da se iz kategorije 14, kojoj odgovaraju kazne u rasponu od 15 do 46 meseci (skupno posmatrano i bez ukrštanja sa kriminalnom prošlošću), delo uz pomenute okolnosti može prebaciti u kategoriju 24 sa rasponom od 51 do 125 meseci (uz gornju napomenu). Međutim, ovo nisu jedine okolnosti koje utiču na težinu, pošto je zakonodavac predvideo i sledeće: ako je delo uključivalo i davljenje, gušenje ili pokušaj da se udavi ili uguši supružnik, vanbračni drug ili partner (plus 3, ali kumulativno sa prethodnim ne preko 12 stepeni); ako je delo učinjeno iz koristoljublja (plus 2); ako je delo izvršeno povredom sudskog reda (plus 2) i ako se radi o posebnim taksativno nabrojanim osudama iz 18 U.S.C. § 111b ili § 115 (plus 2). Ukupno posmatrano, kazna bi se teoretski, sa ovim povećanjima, našla u opsegu od 78 do 175 meseci. Da ne bi bilo pogrešno shvaćeno, sud nema toliko slobodu izbora, ona je ograničena time što se osa težine ukršta sa osom kriminalne prošlosti, kada

se dobija određeni raspon u kojem između minimuma i maksimuma kazne zatvora postoji razlika od samo šest meseci.

Svi ovi primeri ukazuju na ekstremnu kazuističnost. Tvorcima Uputstva su bukvalno za svako krivično delo stvarali samostalne liste okolnosti i pripisivali im određene brojčane vrednosti. Pošto priroda izlaganja ne dopušta detaljisanje, može se uopšteno reći da su u pitanju činjenice koje predstavljaju atribute radnje (način, sredstvo, vreme, mesto preduzimanja, objekt na kojem se vrši i slično), činjenice koje odslikavaju prirodu i obim štetne posledice, govore o stepenu krivice učinioca, a ponegde i mehanizmu prelaska na delo.

Međutim, ovde se ne završava određivanje težine. Dobijena kategorija iz opisane faze biva korigovana tzv. podešavanjima ili usaglašavanjima (poglavlje *Adjustments*), odnosno numerički izraženim podacima koji se odnose na žrtvu krivičnog dela, ulogu učinioca u delu, opstruiranje krivičnog postupka i slična ponašanja, kao i na prihvatanje krivice. Podešavanjima pripada i tzv. višestruko uračunavanje, pod čime se zapravo podrazumevaju pravila za odmeravanje kazne za dela u sticaju. Zbog ograničenog obima rada, funkcionisanje podešavanja biće prikazano na primeru žrtve krivičnog dela (§3A.1.1.).<sup>7</sup> Ovde je izabrano nekoliko osnovnih parametara: motiv mržnje (uvećava težinu za 3 nivoa); posebna ranjivost žrtve (pomeranje naviše za 2 nivoa, odnosno za dodatna 2 nivoa, ako je bilo više takvih žrtava). Ukoliko žrtva spada u tzv. *official victim* (§3A.1.2.),<sup>8</sup> njen status delo podiže za 3 kategorije, osim kada je u pitanju delo protiv ličnosti, kada se stepen težine uvećava za 6, što važi i za situacije kada je žrtva policijski službenik ili službenik penitencijarne ustanove, a u činilac lice lišeno slobode. Sledeći razlog za uvećanje težine dela su različita stanja žrtve zbog kojih nije u mogućnosti da pruži otpor i da se brani, što povećava težinu za 2 nivoa (§3A.1.3.). Stroži tretman je predviđen i ako su u pitanju žrtve dela u vezi sa terorizmom, koja pomeraju težinu za 12 kategorija. Ako ni tada ukupan skor ne doseže 32. nivo težine dela, delo se automatski mora povećati do tog nivoa. Najveće pomeranje nastaje ako je učinilac osuđivan za genocid, mučenje, ratni zločin, regrutovanje dece ili njihovo

---

7 Objašnjenje ostalih podešavanja videti u Miladinović-Stefanović, 2012: 210–213.

8 *Official victim* je teško prevodivo, a da ne izgubi nešto od značenja. Nije u pitanju pojam analogan našem služenom licu, jer obu hvata državne službenike ili zaposlene u državnoj službi, bivše državne službenike ili bivše zaposlene u državnoj službi, kao članove u žep porodice ovih lica, pod uslovom da je izvršenje dela motivisano upravo ovim njihovim statusom.

korišćenje u oružanim snagama, kada dolazi do pomeranja za 4 nivoa, odnosno do 37 kategorija, ako je delo imalo smrtni ishod (§3A.1.4.).

## **2.2. Određivanje kategorije kriminalne prošlosti učinioca**

Pošto je na osnovu prethodnih pravila sud locirao delo na vertikalnoj osi težine, prelazi na izračunavanje stepena kriminalne prošlosti, kako bi dobio vrednost horizontalne ose. Kriminalna prošlost ima šest nivoa težine, koji se dobijaju zbrajanjem bodova po određenom principu (§4A1.1.). Svaka prethodna osuda na kaznu zatvora preko godinu i mesec dana nosi 3 boda; prethodna osuda na kaznu od 60 dana do godinu i mesec dana 2 boda; dok je 1 bod ostavljen za sve ostale osude (osude na kaznu zatvora kraću od 60 dana, uslovnu osudu, novčanu kaznu, osude na kućni zatvor i poluzatvor), uz ograničenje da se po osnovu drugih osuda ne može dobiti više od 4 boda. Dodatna 2 boda dobijaju se ako je delo učinjeno u toku izvršenja kazne zatvora za prethodno delo, za vreme uslovne osude, uslovnog otpusta ili nekog drugog oblika otpuštanja sa kazne, kao i za vreme bekstva, sa kojim je izjednačeno i neodazivanje na nalog za izvršenje kazne. Krivična dela nasilja, pod određenim uslovima, dobijaju po dopunski bod, s tim što se tako mogu dodati najviše 3 boda.

Na prvi pogled određivanje kriminalne istorije deluje mnogo jednostavnije od utvrđivanja težine dela. Međutim, ne treba izgubiti iz vida da su ovo samo osnovna, polazna pravila i da svako od njih ima i niz pratećih.<sup>9</sup> Kada sabere ukupan broj bodova, učinilac biva svrstan u prvu (0–1 boda), drugu (2–3), treću (4–6), četvrtu (7–9), petu (10–12) ili šestu kategoriju (13 i više). Slično kao kod težine dela, postoji mogućnost korekcije, u slučaju da sud proceni da bodovanje ne odslikava realno ozbiljnost kriminalne prošlosti i verovatnoću recidiviranja, na primer zbog toga što postoje osude koje nisu korišćene za računanje numeričke vrednosti i svrstavanje u određenu kategoriju (na primer, osude stranih sudova, osude administrativnih organa itd).<sup>10</sup>

Trebalo bi istaći da posebna pravila važe za profesionalne delinkvente koji su automatski svrstani u najvišu (šestu) kategoriju (§4A1.5.), te se rad suda svodi na utvrđivanje da li konkretni učinilac pripada ovoj grupi. Postoji nekoliko kumulativnih zahteva za status profesionalnog

---

9 Videti au tentično tumačenje dato na str. 380–390 Upu tstva.

10 Videti §4A1.3. i detaljnije tumačenje načina usaglašavanja kriminalne prošlosti u Miladinović–Stefanović, 2012: 216–220.

delinkventa: delo za koje se sudi mora da predstavlja zločin nasilja ili zločin u vezi sa kontrolisanim supstancama; punoletstvo u činioca u vreme izvršenja; postojanje najmanje dve prethodne osude za zločine nasilja ili u vezi sa kontrolisanim supstancama. Takođe, stroži tretman profesionalnih delinkventata ostvaren je ne samo svrstavanjem u najtežu kategoriju kriminalne prošlosti, već i posebnom tabelom za određivanje težine dela, a sličan status imaju i tzv. opasni učinioci seksualnih krivičnih dela prema maloletnicima.<sup>11</sup>

### ***2.3. Određivanje kaznenog raspona, odmeravanje u njegovim okvirima i mogućnosti izlaska iz kaznenog okvira***

Sledeća faza odmeravanja jeste određivanje kaznenog raspona ukrštanjem kategorija težine dela i kriminalne prošlosti na posebnoj tabeli, u kojoj su dela svrstana po težini u zone A, B, C i D sa različitim pravnim režimima (§5C1.1.). Za dela iz A zone nije uvek neophodno izricanje kazne zatvora, moguća je zamena uslovnom osudom ili novčanom kaznom. U zoni B dolaze u obzir kazna zatvora, kazna zatvora sa nadziranom uslovnim otpustom, zatvaranje u zajednici, kućni zatvor, ali i tzv. poluzatvor. Ako je delo u zoni C, onda se pored kazne zatvora u određenom trajanju, može izreći i kazna zatvora sa nadziranom uslovnim otpustom, koji se može primeniti tek po izdržanoj najmanje jednoj polovini kazne zatvora. U slučaju kada je učinilac dela iz zone B ili C zavisnik od droge, drugih kontrolisanih supstanci ili alkohola, ili kada ima određene duševne smetnje, sud je ovlašćen da odstupi od pomenutih pravila. Presudna je procena da će posebni tretmani eliminisati ili umanjiti problem i time smanjiti rizik od recidiviranja. Zona D, za razliku od prethodnih, sadrži dela takve težine za koja je procenjeno da zamena alternativama nije opravdana.

Kada se opredeli za kaznu zatvora, sud se kreće u rasponu iz preseka težine dela i kriminalne prošlosti. Međutim, za taksativno nabrojana dela minimum nije obavezan, pod uslovom da je kriminalna prošlost izražena kroz prvu kategoriju, da pri izvršenju dela nije primenjena sila ili ozbiljna pretnja, da učinilac nije nosio oružje ili drugo opasno oruđe, da delo nije rezultiralo smrću ili teškom telesnom povredom, da učinilac nije organizator, vođa, niti je upravljao ili nadzirao proces izvršenja dela, kao i da je najkasnije u toku postupka dao informacije o delu (§5C1.2.).<sup>12</sup>

---

11 Detaljna objašnjenja u Miladinović Stefanović, 2012: 218.

12 Praksa je pokazala da se ove odredbe često zloupotrebljavaju, Greenblatt, 2008: 5.

Pošto odredi raspon iz tabele, sud treba da izabere konkretan iznos kazne, što se čini na osnovu posebnih karakteristika učinioca (deo H Uputstva). Ovim okolnostima se sporadično i u maloj meri poklanja pažnja u nižim stadijumima odmeravanja. Pravila o posebnim karakteristikama su savetodavne prirode, ona obezbeđuju izvesnu fleksibilnost, a kako opredeljuju kaznu u veoma uskim okvirima (šest meseci) nisu u stanju da stvore značajnije disparitete. Uputstvo pravi razliku između tri skupine ličnih okolnosti – one čije je uračunavanje zabranjeno (rasa, pol, nacionalno poreklo, veroispovest i socijalno-ekonomski status); one koje su statistički najčešće imale uticaj na kaznu (godine starosti, obrazovanje i profesionalne veštine, emocionalno i mentalno stanje, stanje fizičkog i psihičkog zdravlja);<sup>13</sup> i one koje, uopšteno posmatrano, nisu nepodobne za izbor kazne, ali mogu dobiti na važnosti ako su u kombinaciji sa drugima i to za izbor u datim okvirima, ređe van njih.<sup>14</sup>

Na kraju, poslednji segment odmeravanja čine tzv. odstupanja od Uputstva (deo K – *Departures*) koja omogućavaju izlazak iz utvrđenog raspona, bilo naniže, bilo naviše. Činjenica koje ovo omogućavaju ima na desetine taksativno nabrojanih, te ne mogu biti predmet detaljne obrade u okviru ovog rada.<sup>15</sup>

### **3. Makedonski Zakon o određivanju vrste i odmeravanju visine kazne (*Zakon za određivanje na vidot i odmerivanje na visinata na kaznata*)**

Ideja o „matematizovanom” odmeravanju kazne bila je primenjena jedno vreme i u makedonskom pravu, mada je geneza ovih pravila nešto drugačija nego u SAD. Naime, pored toga što se u teoriji i praksi i ranije govorilo o problemu neujednačenosti kaznene politike i njenoj neefikasnosti koju potvrđuje visoka stopa povrata, i izvesne promene u procesnom zakonodavstvu, tačnije uvođenje sporazuma sa javnim tužiocem, dovele su do potrebe da se izgrade kriterijumi kojima će se tužioci rukovoditi prilikom primene navedene mogućnosti, kako se ona ne bi banalizovala i svela na puko „cenjkanje” oko kazne (Arnaudovski, 2014: 42–43, Božurovska- Lažetić, 2014: 56-59). Tako je najpre 2013. godine u okviru tužilaštva doneto numeričko Uputstvo za utvrđivanje vrste i odmeravanje visine

---

13 Samo izuzetno, one mogu dovesti i do izlaska iz datog okvira, ako je mera u kojoj su izražene ili skupno dejstvo sa drugim faktorima takvo da slu čaj veoma odstupa od tipičnog, te i tipična kazna prestaje da bude adekvatna.

14 Videti komentar na str. 459 Upu tstva.

15 Detaljnije u Miladinović-Stefanović, 2012: 223–226.

kazne, kao akt za internu upotrebu (Božurovska-Lažetić, 2014: 61). U sledećoj fazi se otišlo korak dalje u primeni ovog koncepta, pošto je noveliranjem Krivičnog zakonika 2014. godine,<sup>16</sup> postavljen osnov za donošenje posebnog pravilnika, koji je trebalo da uredi čitav proces odmeravanja kazne na novim osnovama, a ne samo u slučaju sporazuma sa tužiocem. Donošenje pravilnika stavljeno je u nadležnost predsednika Vrhovnog suda. Evidentna je nervoza i žurba u sprovođenju ovog procesa, pošto je ostavljen rok od 45 dana od stupanja na snagu Zakona za donošenje pravilnika, pri čemu bi sa njegovom primenom trebalo otpočeti već posle isteka roka od 30 dana od njegovog objavljivanja u službenom glasilu. Pravilnik o načinu odmeravanja kazne<sup>17</sup> izazvao je opravdano negodovanje u tamošnjoj teoriji, kako se njime evidentno narušavaju princip zakonitosti, princip podele vlasti, jer Vrhovni sud nema nadležnost da donese ovakav akt, ali i nezavisnost sudijske funkcije, koja se između ostalog ogleda i u pravu na slobodnu sudijsku ocenu (Arnaudovski, 2014: 43, Božurovska-Lažetić, 2014: 63–66, Tupančevski, Deanoska-Trendafilova, 2014: 2). Kritika Pravilnika dovela je do njegovog ukidanja, ali ne i do napuštanja koncepta matematizovanog odmeravanja, te je na ovakvoj idejnoj platformi donet Zakon o određivanju vrste i odmeravanju visine kazne.<sup>18</sup>

### **3.1. Određivanje težine dela i ranijeg života učinioca**

Metodologija odmeravanja u velikoj meri podseća na američku, pošto se zasniva na kategorizaciji krivičnih dela prema njihovoj težini (horizontalna osa) i ranijem životu u činioca krivičnog dela (vertikalna osa), mada je prilično pojednostavljena. Sva krivična dela svrstana su prema propisanim kaznama u pedeset i pet kategorija, počevši od onih najlakših, za koja je propisana samo novčana kazna, do najtežih za koje je zaprećena kazna zatvora od najmanje 15 godina ili doživotni zatvor (čl. 10). Raniji život učinioca razvrstan je u šest kategorija, od neosuđivanosti kao prve, do poslednje u koju spadaju lica sa pet ili više ranijih pravnosnažnih presuda, ili sa dve ranije presude od najmanje pet godina zatvora, ili sa jednom presudom od najmanje osam godina zatvora, pri čemu je izričito naglašeno da se uračunavaju i osude koje su zastarele

---

16 Videti Zakon za izmenjivanje na Krivičnot zakonik, *Služben vesnik na RM, br. 28/14.*

17 Pravilnik za načinot na odmerovanje na kaznite, *Služben vesnik na RM, br. 28/14.*

18 Zakon za određivanje na vidot i odmerovanje na visinata na kaznata, *Služben vesnik na RM, br. 199/14.*

u fazi izvršenja, ali ne i brisane osude i osude na kaznu zatvora do tri godine koje ispunjavaju zakonske uslove za brisanje (čl. 11).

Na osnovu propisanih kriterijuma u svakom horizontalnom redu propisani su minimalni i maksimalni iznosi kazne koji mogu biti izrečeni učiniocu krivičnog dela, u zavisnosti od toga u koju vertikalnu kategoriju spada učinilac. U svakoj vertikalnoj kategoriji utvrđena je vrednost visine kazne, od koje će sud započeti da ceni relevantne okolnosti.<sup>19</sup> Relevantne okolnosti su podeljene u devet osnovnih kategorija: stepen krivične odgovornosti; pobude iz kojih je delo učinjeno; jačina ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra; okolnosti pod kojima je delo u činjeno; doprinos žrtve izvršenju dela; raniji život učinioca;<sup>20</sup> lične prilike i ponašanje po izvršenju dela; druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca; ranije delo koje je iste vrste kao novo delo, učinjeno iz istih pobuda, vreme proteklo od ranije osude, od oproštene ili izvršene kazne (čl. 14). Svaka od okolnosti predstavlja zapravo kompleks činjenica, svrstanih po dejstvu ili u olakšavajuće ili u otežavajuće.<sup>21</sup> Tako stepen krivice obu hvata sledeće olakšavajuće okolnosti – psihičke i fizičke smetnje (10);<sup>22</sup> prekoračenje nužne odbrane (10); krajnja nužda (10); bitno smanjena uračunljivost (7); nehat ukoliko nije element dela (6); pokušaj ako nije predviđeno posebno kažnjavanje za njega (6); jaka razdraženost u koju je učinilac doveden bez svoje krivice, pod uslovom da nije element dela (5); smanjena uračunljivost (4); učestvovanje u kriminalnom poduhvatu, ali ne u svojstvu direktnog izvršioca (4); eventualni umišljaj, ako nije element dela (3).<sup>23</sup> Sa druge strane, kao otežavajuće su postavljene

---

19 Recimo, ako je u pitanju delo za koje je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina, a u činilac nije ranije osuđivan, kazna se kreće u rasponu od šest do dvadeset četiri meseca, a polaznu tačku za vrednovanje olakšavajućih i otežavajućih okolnosti čini kazna zatvora od petnaest meseci.

20 Nije jasno zašto su tvorci pravila raniji život vrednovali u horizontalnoj, a potom i u vertikalnoj osi. Ne samo što je to protivno zabrani dvostrukog vrednovanja, nego je i u nesaglasnosti sa Preporukom Saveta Evrope (*Recommendation of the Council of Europe No. R(92)17*), pošto ona predviđa da prethodne osude ne mogu biti mehanički korišćene kao otežavajuća okolnost. Više u Miladinović-Stefanović, 2012: 229 i nadalje.

21 Videti tabele u Prilozima 2, 3, 4 koje čine sastavni deo Zakona.

22 U zagradi je prikazan broj bodova. Ne može ostati neprimećeno da se radi o nedovoljno jasno definisanoj okolnosti.

23 Već na prvi pogled vidljive su izvesne nelogičnosti u okviru relevantnih okolnosti. Prvo, prekoračenje nužne odbrane je postavljeno kao olakšavajuća okolnost u okviru stepena krivice, dok je po odredbama KZ-a u pitanju fakultativni osnov

samo dve činjenice – planiranje krivičnog dela (8) i velika upornost u izvršenju (6). Kada su u pitanju pobude, zakonodavac nije bio mnogo inventivan kod olakšavajućih okolnosti, vrednujući samo pomoć drugom licu (6), dok je lista otežavajućih obimnija, obuhvatajući nacionalnu, versku i rasnu mržnju (8); drugi vid mržnje zbog pola, uzrasta, seksualnog opredeljenja, hendikepa i sl. (6);<sup>24</sup> nepostojanje povoda ili razloga za izvršenje dela (5); bezobzirnost (3), podmuklost i koristoljublje, pod uslovom da ne predstavljaju kvalifikatorne okolnosti (3); ljubomoru (2); i zavist (2). Jačina povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra razgrađena je na izostanak štetne posledice ili odsustvo trajne posledice (2)<sup>25</sup> i nezainteresovanost oštećenog za krivično gonjenje (1),<sup>26</sup> kao olakšavajuće, odnosno drskost, svirepost, izživljavanje, ako nisu element dela (10) i učestalost izvršenja krivičnog dela (9), kao otežavajuće. Kod okolnosti pod kojima je delo učinjeno, takođe, postoji dominacija onih otežavajućih, u koje su svrstane: iskorišćavanje nemoći žrtve (10); ostvarena protivpravna imovinska korist ili prouzrokovana šteta trostruko veća od iznosa određenog KZ-om za dato delo (8); izvršenje dela na javnom mestu, u prisustvu dece, u sastavu grupe,

---

za ublažavanje kazne (čl. 9). Tačno je da sud, kada u tvrdi da postoji neki od osnova za ublažavanje, ne mora au tomatski i da ublaži kaznu; ako se svrha kažnjavanja ne može ostvariti ublaženom kaznom, sud može po logičkom pravilu *a maiore ad minus* da odmeri kaznu u propisanom okviru. A li, ovo funkcioniše u sistemu odmeravanja zasnovanom na slobodnoj oceni, a ne u sistemu obaveznih numeričkih pravila, po kojima se sud stavlja u nemoguć položaj, da bira između KZ-a i odredaba Zakona o određivanju vrste i odmeravanju visine kazne. Drugo, nije jasno ni zbog čega se krajnja nu žda našla među olakšavajućim okolnostima, kada je tamošnji Krivični zakonik ispravno tretirao kao osnov za isključenje protivpravnosti (čl. 10). Treće, nehat je monolitno postavljen, dok se u „klasičnom” odmeravanju vodi računa o tome da li je delo ostvareno iz svesnog, nesvesnog ili profesionalnog nehata, što ovde nije moguće, jer uvek vu će isti broj bodova. Četvrto, nerazrađenost kategorija je vezana i za pokušaj, te su se u „istom košu” neopravdano našli svršeni i nesvršeni, kao i kvalifikovani pok ušaj. Peto, slična napomena kao i za prethodnu okolnost, onemogućeno je gradiranje smanjene računljivosti.

24 Dok je na drugim mestima prisu tna nedovoljna izdiferenciranost okolnosti, ovde je upravo suprotno, motiv mržnje je razložen na dva oblika, sa upitnom razlikom u bodovanju.

25 Ovde postoji problem nedovoljne izdiferenciranosti okolnosti, nije opravdano potpuni izostanak posledice tretirati na isti način kao postojanje posledice koja, doduše, nije trajnog karaktera.

26 Nedovoljno promišljeno au tomatski svrstano u olakšavajuće okolnosti, jer nezainteresovanost može da bude rezultat pritiska, pretnji u činioca, mada stoji da je moguće i suprotno, da nezainteresovanost za krivično gonjenje potiče od ranijih dobrih odnosa sa u činiocem.



ako ne predstavlja posebno delo, ili ako izaziva zgražavanje drugih lica (7); iskorišćavanje određenog položaja, svojstva ili poverenja žrtve (7); veći broj žrtava (tri ili više), bez obzira na to da li su podnele imovinskopравни zahtev (4). Jedina olakšavajuća okolnost je činjenica da je učinilac i sam povređen kod krivičnih dela iz nehata (2). Doprinos žrtve izvršenju dela predstavlja monolitnu okolnost, vrednovanu kao olakšavajuću (4). U kompleksu pod nazivom raniji život, kaznu umanjuje činjenica da se ne vodi postupak za drugo krivično delo (5), a uvećava činjenica da je učinilac i ranije uznemiravao oštećenog (7); da su mu izricane mere bezbednosti (4); da je prekršajno kažnjavan (2). Lične prilike su razrađene na nadoknadu štete i otklanjanje štetnih posledica pre započinjanja postupka (8); pružanje pomoći žrtvi pre početka krivičnog postupka (5); obrazovanje u činioca (2); izraženo žaljenje i kajanje zbog učinjenog dela (2);<sup>27</sup> zaključenje braka (1); zasnivanje radnog odnosa (1); korektno ponašanje u toku krivičnog postupka (1); doprinos efikasnom okončanju krivičnog postupka (1), kao olakšavajuće okolnosti. Otežavajuće dejstvo imaju uništavanje tragova i dokaza (10), uticaj na svedoke, obučavanje lica u cilju lažnog prikazivanja činjenica (10), odnosno obećavanje nagrade svedocima, njihovo obučavanje i slično, radi lažnog prikazivanja činjenica, ako to ne predstavlja samostalno krivično delo (10); nepostojanje kajanja i priznanja okrivljenog (2). U ostale okolnosti koje se odnose na ličnost u činioca svrstane su: loše zdravstveno stanje (4); loše zdravstveno stanje članova uže porodice sa kojima u činilac živi u porodičnoj zajednici (3); loše materijalno i imovinsko stanje, korišćenje socijalne pomoći, nezaposlenost (3); porodično stanje: u braku – ima decu, jedini hranitelj porodice, briga o drugim licima (2); starost učinioca iznad 60 godina ili pripadnost kategoriji mlađih punoletnih lica (2); ugled u društvu, odnosno u zajednici u kojoj živi, samo za krivična dela učinjena iz nehata (2); zaposlenost (1); obrazovanje (1); kulturni nivo i odnos prema opšteprihvatačnim vrednostima (1);<sup>28</sup> društvena priznanja, nagrade, odlikovanja i slično (1). Otežavajuće dejstvo imaju činjenice da je krivično delo izvršeno za vreme izdržavanja kazne vikend-zatvora,

---

27 Očigledno je nevažavanje činjenice da žaljenje i kajanje mogu biti iskreni, a ne samo formalno, da ne kažemo manipulativno, izrečeni, o čemu se vodi računa kod tradicionalnog načina odmeravanja.

28 Nedovoljno precizno definisana okolnost, nije jasno kako bi sud u tvrdio njeno postojanje. Ako su se već ugledali na američko Uputstvo za odmeravanje kazne, mogli su da primete i to da su relevantne okolnosti određene au tentičnim tumačenjem. U tom smislu, samo bodovanje neće moći da doprinese ujednačenosti, ako sudovi nekoj kategoriji pridaju isti broj bodova, ali je različito tumače.

u toku bekstva i slično (10), za vreme uslovnog otpusta (9), ili vremena proveravanja kod uslovne osude (9); ugled u društvu ili u zajednici gde živi, samo za krivična dela učinjena sa umišljajem ili u vezi sa govorom mržnje i slično (8); nasilni karakter učinioca (5);<sup>29</sup> bolesti zavisnosti (4); posebna sklonost ili sposobnosti u činioca krivičnog dela (2); asocijalno ponašanje (1);<sup>30</sup> iskustvo učinioca (1); niski kulturni nivo učinioca i negativan odnos prema društvenim vrednostima (1).<sup>31</sup> Kod ranijih osuda za delo iste vrste vodi se računa o vremenu proteklom od prethodno izdržane kazne zatvora – ako je proteklo više od 10 godina, kazna se umanjuje (4), a ako je prošlo kraće vreme, do tri godine kazna se uvećava (4).

Postoji mogućnost da sud uzme u obzir i druge okolnosti koje nisu navedene na listi, koje mogu da nose najviše 10 bodova.<sup>32</sup>

Pošto odredi kategoriju dela na horizontalnoj osi i kategoriju ranijeg života na vertikalnoj osi, sud po izvršenom vrednovanju svih okolnosti predviđenih u radnom listu A i B utvrđuje da li preovladavaju olakšavajuće ili otežavajuće okolnosti (tj. unosi broj bodova za olakšavajuće i otežavajuće okolnosti i izračunava njihovu razliku). Ako utvrdi kaznu zatvora u trajanju do 24 meseca, a pritom ustanovi da preovladavaju olakšavajuće okolnosti, sa razlikom od najmanje pet poena u njihovu korist, može izreći uslovnu osudu ili neku od alternativnih mera, ukoliko se njima može ostvariti svrha kažnjavanja (čl. 16).<sup>33</sup>

Zakonom je ostavljena i mogućnost reklasifikacije, tj. prelaska u strožu vertikalnu kolonu i to u dve situacije, kod specijalnog povrata ili produženog krivičnog dela, pri čemu sud ne može da pomeri delo za više od dve kolone nadesno, računajući od one u kojoj je osnovna kvalifikacija dela.<sup>34</sup>

---

29 Isto.

30 Isto.

31 Isto.

32 Videti radni list koji se neposredno koristi za odmeravanje kazne (str. 30) i čl. 15 Zakona o određivanju vrste i odmeravanju visine kazne.

33 U makedonskom pravnom sistemu u alternativne mere spadaju: uslovna osuda, uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom, uslovno prekidanje krivičnog postupka, rad u opštem interesu, sudska opomena i kućni zatvor, čl. 48a, Krivičen zakonik, *Služben vesnik na RM, broj 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15, 97/17 i 248/18.*

34 Videti radni list na str. 38 tač. 5.

U Makedoniji je sprovedeno i empirijsko istraživanje o rezultatima primene goreopisanog načina odmeravanja, sa osnovnim ciljem da utvrdi da li su ostvareni očekivani uticaji na kaznenu politiku sudova. Nalazi su negativni, jer se pokazalo da numerička pravila ne doprinose nužno ujednačavanju.<sup>35</sup> Uočene su i neke druge pojave – u jednom delu presuda nema obrazloženja, verovatno zbog toga što su sudije smatrale da je dovoljno popunjavanje radnih listova, a u najvećem broju presuda sudije su se zapravo držale samo onih (proverenih) okolnosti, predviđenih ranije KZ-om. Pored navedenog, istraživanje je pokazalo da su numerička pravila, uz izvesne izuzetke, dovela do strože kaznene politike u odnosu na period pre njihove primene. Poseban segment istraživanja predstavljao je intervju sa praktičarima, koji su naveli niz zamerki, počevši od toga da nisu u čestvovali u stvaranju ovih pravila, preko predimenzioniranog značaja otežavajućih okolnosti, do toga da su neka od pravila ocenili kao nelogična, teško primenjiva i slično.

Za razliku od američkog Uputstva, makedonski Zakon nije bio dugog veka, pošto je 2017. godine, posle samo nekoliko godina važenja, ukinut kao neustavan.<sup>36</sup>

#### **4. Zaključna razmatranja**

Iako su malobrojna zakonodavstva u kojima je sprovedeno tzv. matematizovano odmeravanje kazne, čini se da su i ti primeri dovoljni da bi se izveo zaključak o tome da li je ovaj koncept prihvatljiv ili ne. Posmatrano sa aspekta sudije, kada se stavi po strani prigovor da narušava njihovu nezavisnost anuliranjem slobodne ocene, on može čak i biti primamljiv, jer štedi njihovo vreme, mentalnu energiju i na izvestan način umanjuje odgovornost. Posao sudije je pojednostavljen, svođenjem na proste matematičke operacije, posebno u segmentu obrazloženja, gde se u klasičnom pristupu za svaku okolnost moraju pronaći racionalni, logički održivi argumenti koji potkrepljuju njenu relevantnost u datom slučaju, objašnjavaju zbog čega joj je pripisano olakšavajuće ili otežavajuće dejstvo i određena mera tog dejstva u sklopu ostalih okolnosti. Sve to ovde izostaje, osim u slučaju kada sud proceni da je nužno da se u proces odmeravanja uvede neka numeričkim pravilima nepredviđena okolnost, što bi iziskivalo detaljnije obrazloženje. Praktična posledica „matematizovanog” odmeravanja jeste uvećanje

---

35 Rezultati istraživanja iz G. Lažetić-Božurovska, L. Nanev, 2017: 44–47.

36 Odluka Ustavnog suda Makedonije, U br. 169/2016-1, od 27. 09. 2017. godine, preuzeto sa <http://ustavensud.mk/?p=11736>, pristup 26.01.2019. godine.

učinka i efikasnosti sudija, ali i smanjenje rizika da presuda „padne” zbog odluke o kazni.

Jedan od prigovora ovom pristupu odmeravanja kazne leži u činjenici da je potrebno unapred izdvojiti što je moguće obimniju i razrađeniju listu relevantnih okolnosti, čime se ostavlja skučen prostor za slobodnu sudijsku ocenu i tako izbegava ili svodi na značajno manju meru neujednačenost sudske kaznene politike. Pretpostavljenu onipotentnost tvoraca numeričkih pravila lako je oboriti, posebno ukoliko se radi o sistemima kakav je makedonski, koji sadrži ne tako brojne i nedovoljno razrađene olakšavajuće i otežavajuće okolnosti. Kada se tome doda da nije poznato kako su one odabrane, mada donekle podsećaju na one iz ranijeg člana 39 KZ-a, za razliku od američkih koje su uvedene na osnovu statističkog istraživanja sudske prakse, problem postaje još upečatljiviji. Mali broj kategorija pojednostavljuje proces odmeravanja, ali ga i opasno udaljava od realnosti, te se ovde vraćamo na iste one prigovore koji su nekada upućivani krivičnim zakonicima XIX veka i njihovim *numerus clausus* listama olakšavajućih i otežavajućih okolnosti.<sup>37</sup>

Takođe, ideja matematizovanog odmeravanja je do sada realizovana tako što je relevantnim okolnostima unapred određeno dejstvo i fiksna numerička vrednost koja definiše meru tog dejstva. To znači da se u matematizovanom odmeravanju zapravo primenjuje analitički metod za vrednovanje olakšavajućih i otežavajućih okolnosti. U logici ovaj metod podrazumeva misaono rastavljanje svakog složenog predmeta na njegove sastavne delove, činioce ili aspekte, dok u kontekstu odmeravanja on diktira izdvojeno posmatranje svih relevantnih okolnosti slučaja i izdvojeno utvrđivanje njihovog uticaja na kaznu. U osnovi ovog metoda nalazi se mehanicističko viđenje stvarnosti, te se kao njegov osnovni nedostatak pojavljuje to što se slučaj ne posmatra kao jedinstvena celina, već kao mozaik sastavljen iz „rascepanih” segmenata. Njime se raskidaju „žive” veze između okolnosti, te osnovna mana ovakvog ugla posmatranja leži u tome što se gubi iz vida njihovo korelativno dejstvo, međusobna interakcija i preplitanje. Nijedna pojava u realnosti nije autarhična i potpuno u sebe zatvorena, a analitički metod polazi od upravo suprotne pretpostavke. On se zasniva na tzv. modelu prostog identiteta, po kojem je svaka pojava uvek isto, nepromenjivo jedno, ili identična samoj sebi. Tako se zanemaruje protivrečna priroda svake činjenice, koja varira u različitim kombinacijama sa drugim činjenicama. Drugim rečima, moguće je da se u spojevima primarno, izolovano procenjeno dejstvo

---

37 Više o tome u Miladinović-Stefanović, 2012: 107 i nadalje.

pojedinačnih faktora nekada modifikuje, te se neki od njih mogu međusobno neutralisati ili, poput katalizatora u hemiji, pojačavati ili umanjivati dejstvo jedan drugome. Nije isključeno ni to da neki faktori, kada se posmatraju u totalitetu, potpuno metamorfoziraju, pretvarajući se u suprotnost rezultatu samostalne ocene.

Treba dodati i da je ovakva logika suprotna onome što sudije tradicionalno rade prilikom odmeravanja, jer se u teoriji ističe da su oni naklonjeniji primeni sinteze (Bavcon, 1966: 228, Horvatić, 2003: 200, Kambovski, 2006: 708, Stojanović, 2010: 274 i dr). Sinteza se temelji na shvatanju pojava kao dinamičkih sistema, u kojima u jednoj ravni postoje međusobni odnosi između različitih, nekada i suprotnih elemenata, ali i odnosi između elemenata i celine, u drugoj ravni. I sami elementi se posmatraju kao polarizovano dijalektičko jedinstvo, a ne kao prosti identiteti. Evidentno je da se to u mnogome razlikuje od prethodnog shvatanja o pojavama kao prostim mehaničkim skupovima u sebe zatvorenih elemenata. Primenjen u postupku odmeravanja, sintetički metod znači formiranje jedinstvene slike o delu i učiniocu, da bi se na osnovu takvog utiska odredila kazna. Ono što je presudno za izbor kazne jeste ta ukupna impresija, a ne zbir pojedinačnih ocena, kao kod analize. Kada se sve uzme u obzir, postaje jasno da analitički i sintetički metod nije ispravno posmatrati kao sukobljene suprotnosti, koje se međusobno isključuju, te se u teoriji krivičnog prava zato i preporučuje njihovo kombinovanje (Stojanović, 2010: 274).

Pored toga što je sporno apriorno i isključivo svrstavanje okolnosti u olakšavajuće ili otežavajuće, kao i pridavanje fiksnih brojevanih vrednosti, sporno je i to kako je određivan broj bodova koji nose pojedinačne okolnosti. Dok su u SAD oni nastali na osnovu statističke analize sudske prakse, čemu se takođe, može naći zamerka, nema podataka kako je makedonski zakonodavac došao do njih, što čitav koncept još više diskredituje, jer je teško izbeći utisak da se svemu pristupilo nekako proizvoljno. Čak i da je za određivanje numeričkih vrednosti korišćena sudska praksa kao empirijska baza, u makedonskom slučaju situacija ne bi bila „čistija”, pošto bi se mogao istaći prigovor da ona, kao ni u drugim sistemima evropsko-kontinentalnog tipa, ne predstavlja izvor prava.

Nadalje, u makedonskom zakonu je *a priori* data prevaga otežavajućim okolnostima; njihova dominacija nije toliko zasnovana na brojnosti (ima ih 35, u odnosu na 36 olakšavajućih), koliko na većim pripisanim vrednostima (u ukupnom zbiru olakšavajuće okolnosti nose 131,

a otežavajuće 200 bodova). U tom smislu, sistem nije neutralan i izbalansiran, već projektovan tako da vodi ka zaoštavanju kaznene politike sudova, što je potvrđeno u istraživanju primene Zakona o određivanju vrste i odmeravanju visine kazne, iako to zvanično nije jedan od njegovih ciljeva, kako se pominju samo ujednačenost i objektivnost u odmeravanju (čl. 2).

Analizirani primeri pokazuju da „matematizovanje” odmeravanja kazne može biti sprovedeno manje ili više vešto, ali ostaje utisak da je u pitanju veštački konstrukt, posebno neprimeren evropsko-kontinentalnoj pravnoj tradiciji i logici. Makedonski primer je pokazao da on ne pogađa nužno ciljeve radi kojih je uveden, a uz to deformiše i kviri proces odmeravanja, pa bi pre mogao da ponese odrednicu neuspelog eksperimenta, kao i uostalom mnogi drugi pravni transplantirani preuzimani nekritički i bez dubljeg promišljanja.

### Literatura/References

Arnaudovski, Lj. (2014). Kaznena politika. *Makedonskata revija za kazneno pravo i kriminologija*. 21. 35–50.

Bavcon, Lj. (1966). Nekoliko primedaba u vezi sa primenom krivičnih sankcija u praksi naših sudova. *JRKKP*. 2/1966. 217–236.

Berman, D. A. (2005). Foreword: Beyond Blakely and Booker: Pondering Modern Sentencing Process. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. 95 (3). 653–688.

Božurovska-Lažetić, G. (2014). Nevoednačenata kaznena politika i nejinoto vlijanie vrz spogoduvanjeto za krivična sankcija spored Zakonot za krivična postapka. *Makedonskata revija za kazneno pravo i kriminologija*. 21. 51–73.

Gertner, N. (2016). Judicial Discretion in Federal Sentencing – Real or Imagined. *Federal Sentencing Reporter*. 28 (3). 165–166.

Greenblatt, N. (2008). How Mandatory are Mandatory Minimums? How Judges Can Avoid Imposing Mandatory Minimum Sentences? *American Journal of Criminal Law*. 36 (1). 2–38.

Zakon za izmenjivanje na Krivičniot zakonik. *Služben vesnik na RM*. Br. 28/14.

Zakon za određivanje na vidot i odmerivanje na visinata na kaznata. *Služben vesnik na RM*. Br. 199/14.

Kambovski, V. (2006). *Kazneno pravo, Opšt del*. Skoplje: 2-ri avgust RS

Kempf-Leonard, K., Sample, L. L. (2001). Have Federal Sentencing Guidelines Reduced Severity? An Examination of One Circuit. *Journal of Quantitative Criminology*. 17 (2). 111–144.

Krivičnen zakonik. *Služben vesnik na RM*. Br. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15, 97/17 i 248/18.

Lažetić-Božurovska, G., Nanev, L. (2017). *Analiza primenata na Zakonot za određivanje na vidot i odmerivanje visinata na kaznata vo osnovnite sudovi Tetovo, Veles, Kočani i Kavadarci*. Kavadarci: SPPMD

Miladinović-Stefanović, D. (2012). *Redovno odmeravanje kazne u krivičnom pravu (neobjavljena doktorska disertacija)*. Beograd: Pravni fakultet

Robinson, P. H. (1997). One Perspective on Sentencing Reform in United States. *Criminal Law Forum*. 8 (3). 1–41.

Odluka U br. 169/2016-1, Ustaven sud MK, od 27.09.2017. godine, preuzeto sa <http://ustavensud.mk/?p=11736>, pristup 26.01.2019. godine

Pravilnik za načinot na odmerivanje na kaznite. *Služben vesnik na RM*. Br. 28/14.

Stojanović, Z. (2010). *Krivično pravo, Opšti deo (sedamnaesto izdanje)*. Beograd: Pravna knjiga

Tupančevski, N., Deanoska-Trendafilova, A. (2015). Edna godinata od primenata na Zakonot za određivanje na vidot i odmerivanje na visinata na kaznata – problemi i predizvici. *Makedonskata revija za kazneno pravo i kriminologija*. 1–17.

US Sentencing Guidelines Manual,  
<https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>, pristup 11.02.2019. godine

Horvatić, Ž. (2003). *Kazneno pravo, Opći dio*. Zagreb: Pravni fakultet

**Prof. Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**MATHEMATICAL SENTENCING MODEL IN CRIMINAL JUSTICE:  
AN EFFECTIVE METHOD FOR STANDARDIZING THE JUDICIAL  
PENAL POLICY OR AN UNSUCCESSFUL EXPERIMENT?**

**Summary**

*The basic postulates of the sentencing framework as we know it today were first established in the 19th century French criminal law, by introducing a system of relatively fixed penalties (a flexible range of minimum and maximum penalties instead of fixed penalties) and the institute of mitigating and aggravating circumstances. This approach has been preserved until the present day because it serves as a sort of balance or compromise between different requirements imposed on criminal law; first, it entails lex certa stemming from the principle of legality as the basic criminal law principle; second, it entails the principle of individualization, which implies the discretionary judicial authority to assess all relevant facts and adjust the imposed sentence (punishment) to the specific circumstances of a particular case, which is the presumption for exercising immediate special prevention and accomplishing other indirect penal policy objectives. However, the system of relatively fixed penalties is often put into effect by means of a fairly broad penal framework, envisaged in a separate part of the Criminal Code, whose interpretation may result in sentencing disparity. The negative consequences of uneven criminal justice policy are by no means harmless and they may have far-reaching effects, particularly considering that sentencing disparity has the capacity to diminish citizens' confidence in the legal order and the judicial system. In order to resolve the problem of sentencing disparity, some countries has resorted to the so-called "numerical sentencing guidelines", where the mitigating and aggravating circumstances are not subject to the discretionary judicial assessment. Instead, such circumstances have been assessed in advance and assigned certain numerical values; thus, a simple mathematical calculation of the assigned numerical values indicates the degree of severity of the committed crime and the type of sentence to be imposed in the specific case. This "mathematical" sentencing system was first applied in the US in the 1980s, but it has not had any followers until the recent reforms in Macedonian legislation. The focal point of research in this paper is the normative framework of this sentencing system in the US law and in Macedonian legislation, how it is applied in judicial practice, as well as the immediate consequences and ultimate effects of its application.*

**Keywords:** sentencing, standardizing judicial penal policy, mathematical sentencing model, US criminal legislation, criminal law of Republic of Macedonia.



**Dr Mihajlo Cvetković,\***  
Docent Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu

originalni naučni rad  
10.5937/zrpfm0-23438

UDK: 347.44:004.738.5  
004.738.5

Rad primljen: 01.10.2019.  
Rad prihvaćen: 15.11.2019.

## **SMART UGOVORI: REVOLUCIJA ILI KOMPLIKACIJA?\***

**Apstrakt:** Sinergija između računarskih programa i ugovora privlači pažnju akademskih pravnika. Opisani još 1996, smart ugovori su zaživeli sa razvojem kriptovaluta. Analizirajući radove objavljene u Evropskoj reviji privatnog prava, autor prikazuje probleme i dileme nastale digitalizacijom ugovora. Obrazložene su najvažnije vrste smart ugovora, kao i njihova primena sa imenovanim ugovorima. Bilo da se radi tek o jednom novom načinu za zaključenje i realizaciju ugovora ili o revolucionarnoj promeni, automatsko ispunjenje ugovorne obaveze i nepromenljivost smart ugovora dubinski menjaju postojeću ugovornu praksu. Klasični pojmovi, kao što su uslovi nastanka ugovora, tumačenje i nemogućnost ispunjenja, dobijaju nova značenja i funkcije. Zaštita ugovarača, potrošača i javnog poretka online zahteva reformu propisa, ali paralelno treba zagovarati i prilagođavanje tehnologije pravnim poslovima. Smart ugovor je uporediv sa automatom za uličnu prodaju, nepromenljiv je i funkcionise na blockchain-u. Nema veštačku inteligenciju, a osporeno je i njegovo pravno dejstvo. Ipak, smart ugovori nose veliki potencijal, olakšavaju pravni promet i smanjuju rizik povrede ugovorne obaveze.

**Ključne reči:** blockchain, forma, potrošači, internet, kodiranje, ugovor.

---

\* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU“, Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

\*\* Rad je saopšten na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo i multidisciplinarnost“.

## 1. Uvod

### 1.1. Pojmovi

Pametni ugovori zasnivaju se na blockchain tehnologiji, bazi podataka u kojoj su podaci nakon unosa nepromenljivi (ireverzibilnost). Baza je distribuirana, tj. pohranjena istovremeno na većem broju računara, te ne postoji mogućnost da se iz jednog centra utiče na njen sadržaj. Zasnovan na kriptografiji, blockchain je siguran, transparentan i anoniman, ima primenu u svim granama prava gde se traži verodostojna javna knjiga, nepromenjive istorije. Pruža ugovaračima pouzdan promet bez posrednika.

Popularnost bitkoina doprinela je razvoju Ethereum-a, javne otvorene platforme za transakcije, mnogo složenije od puke razmene kriptovaluta. U njenom okviru razvijen je programerski jezik Solidity za kodiranje ugovora. Kodiranje označava prevođenje ugovornih klauzula u linije računarskog koda, što povlači specifičan stil ugovaranja "ako A, onda B". Pravnici u određenim delatnostima već sada moraju da znaju osnove kodiranja.

Smart ugovor je elektronska instrukcija, što znači da kompjuter može da je obrađuje i ispunjava. Od elektronskog ugovora na ljudskom jeziku se razlikuje po tome što je zapisan u računarskom kodu (Dimatteo, 2019: 806). Alternativna imena su kripto ugovori, pametni ugovorni kod, pametni ugovorni program.

Smart ugovor je uporediv sa automatom za uličnu prodaju. Automat prima novac, vraća kusur i izdaje proizvod po prikazanoj ceni. Nakon što kupac ubaci novac nije potrebna nikakva ljudska intervencija da bi se ugovor zaključio i ispunio. On je nepromenljiv i samoizvršan. Čak i kada je kupac prinuđen, automat bi opet izdao proizvod, iako je ugovor ništav. Svako sa novcem je potencijalni kupac, bez obzira na poslovnu sposobnost. Poput uličnog automata, smart ugovor ima tri funkcije: 1. čuva pravila (cena limenke je 100); 2. verifikuje poštovanje pravila (da li je kupac ubacio tačan iznos); 3. u stanju je da pravila samostalno sprovede, odnosno ispuni činidbu (izbacuje limenku i vraća kusur). Za razliku od uličnog automata, smart ugovor promiseće najrazličitija dobra, globalno, uz zanemarljive troškove, na infrastrukturi bez vlasnika. Umesto mehanike, oslanja se na softver i računar.

## **1.2. Osobine**

Smart ugovori nisu neka nova vrsta ugovora već svaki ugovor može postati „pametan“. Pojavu treba shvatiti kao inovativno ugovaranje oslonjeno na informacionu tehnologiju, skup automatizovanih načina za zaključenje, izvršenje i raskid ugovora (Tshibende, 2019: 872).

Važna osobina smart ugovora je automatsko ispunjavanje obaveza – samoizvršnost, tako da klasična zaštita potraživanja koju nudi pravni poredak deluje, na prvi pogled, suviše. Blockchain realizuje ugovor bez intervencije ugovarača ili trećih lica, sistem ne zavisi od ljudskog faktora. Smart ugovori funkcionišu nezavisno od međusobnog poverenja između ugovarača. Zato se govori o digitalizaciji poverenja preko izvesnosti ispunjenja, odnosno podizanju efikasnosti eliminisanjem posrednika i njihovih troškova (Durovic, 2019: 758). Potreba za posrednicima, kao što su zastupnici, advokati, sudovi, izvršitelji, banke, osiguravajuće kuće i sl. se smanjuje.

Smart ugovori su vrlo aktuelna tema u pravnoj doktrini. Digitalne tehnologije brzo evoluiraju, što utiče na brojne pravne paradigme. Akademski pravnici ispituju kompatibilnost tradicionalnih pravnih pravila i novog digitalnog okruženja, razmatrajući da li je ugovorno pravo dovoljno fleksibilno za smart ugovaranje. Doktrina je otvorila lepezu pitanja, od sumnje da su smart ugovori zaista pravno obavezujući, pa do tvrdnje da predstavljaju disruptivnu inovaciju u pravnom sistemu. Ugovorno pravo se menja: da li su hakerski napad ili greška u kodu novi primeri za višu silu? Raspravlja se o koristima i rizicima smart ugovora, ukazuje na tehnička ograničenja neprilagođena složenim odnosima realnog sveta. Bilo da su smart ugovori samodovoljni, jer funkcionišu nezavisno od pravnog sistema, ili su samo još jedna od mnogih novina, potrebno je ukazati na doktrinarne, legislativne i praktične dileme povodom pojave sa kojom se pravni poredak do sada nije suočio.

## **1.3. Definicije**

Koncept pametnih ugovora osmislio je 1996. Nick Szabo, kompjuterski naučnik, pravnik i kriptograf, došavši na ideju da čuva ugovore u distribuiranoj bazi podataka, želeći ugovornu praksu bez posrednika, nezavisnu od pouzdanosti saugovarača. On je definisao smart ugovor kao kompjuterizovani transakcioni protokol za izvršavanje ugovornih klauzula (Durovic, 2019: 755).

Smart ugovor je skup obećanja, uklju čujući i protokole za njihovo ispunjenje. Izvršava se digitalno putem softvera na računarskoj mreži. Otuda izraz „smart“, iako veštačka inteligencija nije uključena. To je samoizvršavajući kompjuterski program. Izraz „smart ugovor“ je osporen, jer nema veštačku inteligenciju, a raspravljivo je i njegovo pravno dejstvo.

Smart ugovor je računarski kod stvoren da automatski izvršava ugovorne obaveze kada se ispune zadati uslovi; sporazum gde je ispunjenje obaveza automatizovano kompjuterskim programom. Smart ugovor je sačinjen od ugovornih klauzula napisanih na kompjuterskom jeziku, zasniva se na Bulovoj logici „ako A, onda B“, gde A i B definiše tvorac ugovora (De Caria, 2019: 737).

Definicije pravnih autora su slične, smart ugovori su: Samoispunjavajuće elektronske instrukcije zapisane računarskom kodom, koji prati, ispunjava i prinudno izvršava sporazum; Softver pohranjen na blockchain-u, koji putem računara povezuje dve ili veći broj ugovornih strana ispunjavajući njihove obaveze na osnovu predefinisanih faktora; Digitalni ugovori bazirani na obavezujućim klauzulama, samoizvršni i imuni na zloupotrebe; Računarski program koji na osnovu zadatih pravila i podataka transferiše dobra na blockchain-u (De Caria, 2019: 735).

Uočavaju se najvažniji elementi gornjih definicija i njihov značaj. Smart ugovor je: 1. Digitalni sporazum zapisan u računarskom kodu (softver „razumljiv“ računaru); 2. Funkcioniše na decentralizovanom blockchain-u (autonomno od trećih lica i od samih ugovarača, nepromenljiv je, otvoren za svakog, sa globalnim domašajem); 3. Automatski se izvršava bez ljudske intervencije (eliminisan su zloupotrebe, poslovanje bez obzira na poverenje).

### **1.3. Podela**

Kod determinisanih smart ugovora Ethereum ima dovoljno informacija za njihovo izvršenje. Nedeterminisani ugovori potražuju spoljne informacije da bi ostvarili cilj (Cannarsa, 2019: 778). Kanal komunikacije, Oracle, predstavlja vezu između virtuelnog i materijalnog okruženja. Primer automatskog kanala komunikacije (Oracle) je automobil koji šalje izveštaj nakon udesa. Oracle može da bude i čovek kao treće nepristrasno lice (npr. kurir obaveštava sistem da je isporučio stvar koju je prodavac poslao kupcu).

„Čisti“ smart ugovori ograničeni su na virtuelni, dematerijalizovani svet. Ne izazivaju promene u fizičkom svetu, niti zahtevaju priznanje pravnog poretka da bi delovali. Do njihove ekspanzije je došlo sa razvojem bitkoina, jer omogućavaju razmenu kriptovaluta i digitalnih dobara (Cvetković 2018: 119). „Hibridni“ smart ugovor je klasičan ugovor, u celini ili delom kodiran, radi automatizacije. Mada prvobitno namenjeni virtuelnom svetu, pametni ugovori sada deluju šire (npr. smart ugovor uskraćuje ulaz u hotelsku sobu putem brave sa šifrom; prekida rad automobilskog motora) (Tjong, 2019: 790). Najviše problema javlja se upravo prilikom kontakta dva sveta. Sa tzv. internetom stvari (IoT) hibridni ugovori se šire. Frižider naručuje hranu kada ostane prazan. Smart ugovor o osiguranju vozila određuje premiju na osnovu pređenih kilometara (“plati koliko voziš” klauzula). Agresivniji vozači plaćaju više, i obrnuto. Automobil ima blockchain interfejs, a smart ugovor utvrđuje iznos premije prema parametrima vožnje (Durovic, 2019: 759).

„Pametni ugovorni kod“ (Smart contract code) služi za jednostavne transakcije. Na primer: trgovački lanac izdaje promotivne kupone mnoštvu kupaca. Pametni ugovorni kod verifikuje da li je promotivni kupon već iskorišćen. „Pravni pametni ugovor“ (Smart legal contract) je fuzija gornje kategorije i klasičnih ugovora. Primer: zaključen je ugovor o zakupu nekretnine na online platformi. Svakog 30. dana, smart ugovor isplaćuje zakupninu zakupodavcu; ako je zakupac nelikvidan – zaključava vrata. Štiti zakupca tako što sprečava zakupodavca da povisi zakupninu ili izda trećem licu.

#### ***1.4. Smart ugovori u praksi***

Smart ugovori su se dokazali u finansijskom sektoru gde se zahtevaju brojne uplate i isplate, mada je pitanje koliko su efikasni u kompleksnim ugovornim odnosima. Banke ih koriste za odobravanje kredita i za automatska plaćanja; osiguravajuće kuće za obradu zahteva; kurirske službe za isplatu nakon dostave itd. Ekonomski ciljevi smart ugovora jesu prevencija nesavesnog ponašanja ugovarača, eliminacija prinudnog izvršenja obaveza i smanjenje transakcionih troškova.

Smart ugovor dopunjuje postojeću ugovornu praksu: prodavac sačinjava smart ugovor i postavlja ga na Ethereum. Smart ugovor ima jedinstveni identifikacioni broj i funkcioniše autonomno u okviru sistema. Kupac prihvata opštu ponudu uplatom cene samom ugovoru, ne prodavcu. Nakon verifikacije, smart ugovor prenosi dobro kupcu i cenu prodavcu.

U nekim situacijama smart ugovor je jedino rešenje. Recimo da su istraživaču potrebna sredstva za realizaciju odlične ideje. Sa druge strane, brojni sitni finansijeri zainteresovani su da ga podrže. Istraživač kreira smart ugovor i navodi budžet. Finansijeri uplaćuju novac koji se akumulira u smart ugovoru. Ukoliko se do određenog datuma sakupi dovoljno novca, ukupna suma se transferiše istraživaču i finansijeri dobijaju osnivački udeo srazmerno uplati. Finansiranje nauke bez banke ili fonda! Obrnuto, ukoliko nema dovoljno interesovanja, smart ugovor vraća novac uplatiocima. Ceo posao odvija se na blockchain-u, automatski. Dve glavne osobine smart ugovora jesu nepromenljivost i distribucija. Istraživač nije u stanju da promeni budžet ili udele finansijera. Distribucija, tj. decentralizovanost, znači da odluke ne donosi jedan centar (npr., da li akumulirana sredstva proslediti istraživaču ili vratiti finansijerima). Zahvaljujući ovim osobinama zloupotreba jedne na račun druge ugovorne strane je isključena.

## 2. Uslovi nastanka smart ugovora

Saglasnost volja. Postavlja se pitanje koliko su opšti uslovi nastanka ugovora prisutni u smart ugovorima. U principu, pravila o ponudi i prihvatu nisu prepreka smart ugovaranju. Kad jedno lice objavi svoj smart ugovor na Ethereum-u, radi se o opštoj ponudi, jer on sadrži sve bitne elemente (mada zbog javne objave liči na poziv da se ponuda uputi).

Ovakav smart ugovor, tj. ponudu, ponuđeni prihvatanjem pretvara u klasičan ugovor. To čini tako što smart ugovoru šalje naknadu u kriptovaluti ili digitalno dobro. Upload ka smart ugovoru predstavlja nedvosmislen prihvatanje ponude i istovremeno ispunjenje ugovorne obaveze. Kada verifikuje prijem, smart ugovor obavlja razmenu između ugovornih strana. Nju ne mogu da osujete ni ponudilac ni ponuđeni, sada već ugovarači. Vratimo se analogiji sa automatom za uličnu prodaju: ubacivanjem novčića kupac konkludentnom radnjom prihvata ponudu. Prečutno je zaključen ugovor između vlasnika automata i kupca (Durovic, 2019: 757).

Iako je ispunjenje smart ugovora automatsko, volja ugovarača, tj. njihova saglasnost, postoji. Nju je manifestovao ponudilac kreiranjem smart ugovora, a ponuđeni konkludentnom radnjom u skladu sa ponudom. Volje su se "surele" u smart ugovoru, i on je nju realizovao. Sloboda ugovaranja obuhvata i slobodu izbora jezika ugovora. To može biti latinski, ali i računarski kod (Durovic, 2019: 764).

Poslovna sposobnost. Ethereum, poput većine drugih blockchain platformi, ne proverava poslovnu sposobnost korisnika. Svako može otvoriti nalog, bez obzira na uzrast ili mentalno stanje, dovoljna je veza sa internetom. Sistem je otvoren, pa dozvole trećih lica nisu potrebne, a ni moguće. To znači da je zbog poslovne nesposobnosti moguće jedino naknadno poništenje smart ugovora, praćeno restitucionim zahtevom po pravilima o sticanju bez osnova. Ovakva zaštita poslovno nesposobnog lica je neefikasna, jer korisnici Ethereum-a koriste pseudonime i nemoguće je protiv volje saugovarača doći do pravog identiteta. Bez identiteta nema ni kondikcije. Mimo situacije kada Ethereum koristi lice bez pune poslovne sposobnosti, pravila o kapacitetu nisu prepreka smart ugovaranju (Durovic, 2019: 768).

Forma. U određenim situacijama forma je takođe uslov za nastanak ugovora. Već je rečeno da su smart ugovori pogodni za standardizovane ugovore, a takvi su svakako potrošački ugovori. Evropsko pravo zaštite potrošača nije isključeno smart ugovaranjem, mada neke odredbe stvaraju zabunu, iako su propisane sa najboljim namerom. U čl. 5 Direktive o nepoštenim klauzulama u potrošačkim ugovorima stoji: "U slučaju ugovora u kojima se potrošaču sve ili određene odredbe nude u pisanom obliku, te odredbe uvek moraju biti sročene jasno i razumljivo".

Po jednom tumačenju, računarski algoritmi nisu u tekstualnoj formi, tako da se Direktiva (i nacionalni propisi koji je implementiraju) ne odnosi na pametne ugovore. Sa druge strane, apsurdno je da smart potrošači uživaju manji stepen zaštite. Naprotiv, da bi potrošački ugovori postali smart, neophodno je da trgovci omoguće potrošačima razumevanje ugovora, budući da računarski kod svakako nije "jasan i razumljiv" prosečnom potrošaču. Samo tako će potrošački smart ugovori biti pravovaljani (Durovic, 2019: 769).

Bez obzira što se u smart ugovoru prepoznaju opšti uslovi za nastanak ugovora, advokati savetuju klijente da sačine i prateći tradicionalni ugovor sa svojim saugovaračima, radi pravne sigurnosti. Ovaj ugovor "legalizuje" smart ugovor. Tu se povlači paralela sa već starim i poznatim "I agree" dugmetom prilikom instaliranja softvera, radi potvrde paralelizma volje i radnje. Teškoća je što ovaj prateći ugovor nije jednostavan poput npr. "Ovim potpisom prihvatam i obavezujem se smart ugovorom", jer takvom pretili ništavost zbog neodređenosti predmeta (Durovic, 2019: 771).

### 3. Forma kao prepreka smart ugovaranju

Blockchain je pogodan za prenos svojine, naročito kada se ne zahteva forma ad validitatem, odnosno kod ugovora sa formom ad probationem, kao i kod neformalnih ugovora (npr. prodaja pokretne stvari). U takvim situacijama algoritam “ako A, onda B” je sasvim dovoljan. Kod ugovora sa konstitutivnom formom, njen nedostatak povlači ništavosti pa bi prenos svojine bio bez osnova, ukoliko blockchain transfer nije priznat zakonom. To je slučaj kada se zahteva “javnobeležnički zapis”, solemnizacija ili neka slična radnja, makar bila obična registracija. Zato ugovori poput poklona inter vivos, prodaje objekta u izgradnji i određenih hartija od vrednosti trenutno nisu pogodni za smart oblike u francuskom pravu (Tshibende, 2019: 875).

Pojedine savezne države SAD eksplicitno priznaju punovažnost ugovora koji su “procesirani, zaključeni ili ispunjeni preko ugovornog kompjuterskog koda”. Francuski zakonodavac takođe prepoznaje potencijal blockchain-a i postoje težnje da se on prizna regulativom, makar sektorski (Tshibende, 2019: 874).

Sličan problem se javlja i kod sredstava obezbeđenja (Tshibende, 2019: 876). U međunarodnoj i nacionalnoj praksi uobičajeno je da se radi o formalnim poslovima (npr. hipoteka). Pored toga, često se kod založnih prava, pored ugovarača javlja i treće lice, kao zalagodavac ili čuvar založene stvari. Ove osobine sredstava obezbeđenja su u sukobu sa načelima blockchain-a koja podrazumevaju samodovoljnost ugovarača. Sa druge strane, pošto kod “čistih” smart ugovora ugovarač ne može da izbegne svoju obavezu – onda sredstva obezbeđenja nisu ni potrebna.

Uprkos tezi da smart ugovori vode ka “de-monopolizaciji državne moći upotrebom računara”, državu neće skoro potisnuti iz ugovornog prava (Tshibende, 2019: 877). Većina kontinentalnih prava uslovljava punovažnost pojedinih ugovora, i to najvažnijih, zahtevom da u zaključenju učestvuje i notar, kao nosilac javnopravnog ovlašćenja. U suprotnom, ugovor je ništav, pa je prenos prava bez osnova, makar se odvijao i virtuelno. Pored toga, država uvek može da zabrani kriptovalute, najvažnije sredstvo plaćanja u smart ugovorima.

Eliminisanje ljudskog faktora nije uvek optimalno rešenje, iako je to ‘raison d’être’ smart tehnologije (Tshibende, 2019: 881). Tako npr. kod ugovora o zakupu, ukoliko smart ugovor deaktivira elektronski ključ, možda ugrožava pravo zakupca iako zakupnina nije plaćena. Zato je u ovakvim situacijama nužna saradnja koodera i pravnika, kako bi se smart ugovor prilagodio propisima o zaštiti slabije strane.



#### 4. Nefleksibilnost računarskog koda

Tradicionalni ugovorni odnosi su amalgam čvrstih klauzula i fleksibilnih pravnih standarda. Ugovorno pravo se oslanja na širinu pravne doktrine i prilagodljivost svojih instituta. Tako se npr. promenjene okolnosti, ponašanje u skladu sa načelom savesnosti i poštenja ili obaveza obzirnosti prema ugovornom partneru sagledavaju prema konkretnim okolnostima svakog slučaja (Dimatteo, 2019: 813).

Ova otvorenost i prilagodljivost omogućava primenu ugovornog prava u širokom spektru pravnog saobraćaja i najrazličitijim delatnostima. Plastičnost je od suštinskog značaja u dugoročnim pravnim poslovima, privrednom pravu, kao i kada se odnos između ugovarača gradi postepeno poverenjem.

Smart ugovori su pogodni za ugovore sa standardizovanim i fiksiranim klauzulama, pa je logično da se najšire primenjuju u finansijskom sektoru (Dimatteo, 2019: 813). Neekonomična je njihova upotreba kod nestabilnih ugovornih odnosa ili ukoliko postoji bilo kakva doza nesigurnosti kako će se ugovorni odnos razvijati (aleatornost). Pametni ugovori su ireverzibilni. Kako onda pomiriti njihovu nepromenljivost i npr. pravo na pokajanje potrošača u distancionom ugovoru? Osnovni pojmovi ugovornog prava, kao što su saglasnost volja, pristanak, mere zaštite potraživanja, kao i standardi poput iznenađujućih klauzula, treba da se prilagode virtuelnom okruženju.

Smart ugovor je nepromenljiv, njegova najprivlačnija osobina je visoka izvesnost obostranog ispunjenja namirenjem, povreda ugovorne obaveze je malo verovatna. Ova tvrdnja se zasniva na pretpostavci da su elektronska forma i Bulova logika iskorenili nejasnoće i potrebu za tumačenjem. Automatizacija sprečava ugovarača da oportunistički odstupi od svoje obaveze. Uprkos tome, treba omogućiti ugovaraču da odustane od ugovora, tako što će se u smart ugovor ugraditi odustanica, fiksna suma koju ugovarač plaća ukoliko odabere da se oslobodi svoje obaveze (Dimatteo, 2019: 818).

Tradicionalni ugovorni odnosi, naročito dugoročni poslovni, zasnivaju se na poverenju. Smart ugovori funkcionišu nezavisno od poverenja, ali pošto su zapisi u blockchain-u permanentni, transparentni i pretraživi, istorija transakcija određenog ugovarača predstavlja njegovu reputaciju (Dimatteo, 2019: 820). Reputacione mreže, još iz esnafskih vremena, tako dobijaju ponovo značaj, mada u sasvim drugom okruženju.

Imajući u vidu raznolikost ugovornih odnosa, smart ugovori su za sada ograničeni na jednostavne, mahom finansijske poslove. Njihova primena u složenim ugovornim odnosima je nepraktična na ovom stepenu razvoja. Neke ugovorne obaveze su pogodne za kodiranje (fiksne, masovne, standardizovane klauzule). Za razliku od njih, dugoročni fleksibilni odnosi bolje podnose regulaciju na ljudskom jeziku (Dimatteo, 2019: 823). Određene ugovorne klauzule je nemoguće kodirati jer zahtevaju ljudsku procenu, npr. da li je ugovarač posvetio "dužnu pažnju".

## 5. Tumačenje

Računarski jezik se suštinski razlikuje od ljudskog. On je determinisan (ima jedno značenje i jedan rezultat), dok je ljudski jezik otvoren i višeznačan, što povlači tumačenje. Problem tumačenja računarskog jezika ne postoji (Cannarsa, 2019: 773). Postavlja se pitanje kako ove razlike utiču na ugovorne odnose zasnovane smart ugovorima.

Common law ugovore karakterišu opširnost, detalji i kazuistika (ako A, onda B), pa su pogodniji za kodiranje od kratkog "evropskog" ugovora gde se ugovarači oslanjaju na opšte principe ugovornog prava i dispozitivne zakonske norme. Common law ugovori su stilizovani tako da predviđanjem svake eventualnosti umanje sudsko mešanje tumačenjem. Kodiranje ugovora više leži Common law pravnicima, obučeni da sastavljaju precizne i iscrpne ugovore. Evropski pravni sistemi ovlašćuju sud da tumači ugovor u skladu sa principima kao što su ekvivalentnost uzajamnih davanja ili savesnost i poštenje, uzimajući u obzir dobre običaje i pregovore. Ovi široki i neodređeni pojmovi ne odgovaraju binarnoj osnovi računarskog koda, gde postoje samo dva stanja (Cannarsa, 2019: 780). Računarski jezik nije fleksibilan, niti prilagodljiv novim okolnostima.

Istovremeno, računarski jezik je univerzalan i uklanja svaku jezičku i nacionalnu barijeru. Drugim rečima, on eliminiše ne samo problem tumačenja, već i prevođenja ugovora. Smatra se da će računarski kod potisnuti engleski jezik u međunarodnim ugovornim odnosima (Cannarsa, 2019: 781). Eliminisanje tumačenja i prevođenja povećava ekonomičnost. Računarski kod je jasan i nedvosmislen, pa ima manje mesta za sporove.

Što se kriterijuma tumačenja ugovora tiče, kod smart ugovora isključen je subjektivni kriterijum, što znači da objektivni kriterijum ostaje jedini izbor. Ovo nije zanemarljivo, jer kontinentalno pravo zapravo ima subjektivno-objektivni pristup. Dopunsko tumačenje, namenjeno popunjavanju pravnih praznina u ugovoru, takođe je suvišno, pošto njih u smart ugovoru ne sme da bude.

Ukoliko je ugovor dvosmislen na ljudskom jeziku, pa zahteva tumačenje, onda ni njegov prevod na računarski kod ne može biti bolji. Ugovorne klauzule komplikovanije od jednostavnog prenosa vrednosti ili prava se teško kodiraju. Imajući u vidu strukturu smart ugovora, lako je zamisliva situacija da računarski kod odstupa od volje ugovarača (Dimatteo, 2019: 807). Zbog tehničkih ograničenja, volja se prilagođava kodu, umesto da je obrnuto. Ako želimo da sud tumači smart ugovor, nužan je prevod sa koda na ljudski jezik. Kada je smart ugovor nastao kodiranjem tradicionalnog ugovora, sud će tumačiti original (Cannarsa, 2019: 783). U bilo kom slučaju, teško da će smart ugovori umanjiti moć suda da interveniše putem tumačenja.

Kako bi se smart ugovori razvijali, potrebno je razviti nove tehnike tumačenja. Ukoliko se zaustavimo na tvrdnji da opšta pravila tumačenja ugovora ili principe ugovornog prava nije moguće kodirati, onda će smart ugovori ostati van pravnog sistema (Cannarsa, 2019: 785). To nije dobro ni kada su u pitanju „čisti“ smart ugovori, a naročito kada se radi o hibridima uticajnim i van online okruženja.

## **6. „Vanpravna pojava“ i potreba za novim propisima**

Po jednom mišljenju smart ugovor je nezavisan od pozitivnog prava, jer je i stvoren da funkcioniše odvojeno od pravnog poretka (Durovic, 2019: 757). Mišljenje nije prihvatljivo.

Smart ugovor ne omogućava ugovaračima da zaobiđu pravni sistem. Samoizvršnost ne sprečava naknadnu post-hoc sudsku ocenu zakonitosti. Prenos prava na osnovu smart ugovora sud može poništiti zbog mana volje, poslovne nesposobnosti, sukoba sa prinudnim propisima itd. Na blockchain-u pravo ostaje i dalje upisano na ime pribavioca, ali pravni poredak taj upis ne priznaje, odnosno smatra da je titular i dalje prenosilac. Kako bi se ovo neslaganje između digitalnog i stvarnosti uklonilo, sud nalaže pribaviocu da zaključi novi ugovor sa obrnutim ulogama (Dimatteo, 2019: 815). Smart ugovori su ireverzibilni, pa se restitucija ostvaruje jedino novim ugovorom.

Samoizvršnost smart ugovora nije panacea protiv sudske intervencije (Dimatteo, 2019: 824). Klasični instituti ugovornog prava za zaštitu individualnih interesa (nevažnost zbog mane volje, nesposobnosti), slabije strane ili javnog poretka (zabrana monopolskog ponašanja), kao i specijalne sektorske odredbe (npr. zaštita potrošača) ostaju na snazi. Sudsko mešanje u ugovorni odnos nije suvišno, jer sud štiti javni ili legitimni individualni interes. Uloga suda je naročito značajna

kod hibridnih smart ugovora pošto oni deluju i u materijalnom svetu. Granica između virtuelnog i fizičkog dejstva je istovremeno i linija posle koje je pravni poredak, a sa njim i sud, na poznatom terenu.

Blockchain je globalna infrastruktura otporna na cenzuru, falsifikovanje, prirodne nepogode i restrikcije struje. Omogućava korisnicima prenos vrednosti bez posrednika. Želeći da kapitalizuju novu tehnologiju, razvijene države reformišu propise i priznaju pravno dejstvo ugovorima zapisanim na Blockchain-u (De Caria, 2019: 738).

Dvojnost materijalnog i virtuelnog stvara pravne probleme. Ilustracija: putem smart ugovora Prodavac proda stvar Kupcu, koji plati. Međutim, pre predaje stvari, Lopov ukrade stvar. Iako nije stekao svojinu, Kupac je ireverzibilno upisan u blockchain kao novi vlasnik. Zato neki autori naglašavaju da su smart ugovori uspešni samo u virtuelnom prometu (De Caria, 2019: 742).

Otvorenim sagledavanjem, u smart ugovoru se uočavaju svi elementi za nastanak punovažnog obligacionog ugovora: saglasnost volja, kauza, predmet ugovora i forma. Njegov digitalni oblik nije smetnja. To znači da su korisnici smart ugovora kreirali obligacije čak i kada zbog greške u računarskom kodu smart ugovor ne funkcioniše (De Caria, 2019: 747). Slično kao što pravopisne greške ne utiču na punovažnost klasičnog ugovora. Kada automat za prodaju „proguta“ novac, bez obzira na kvar vlasnik automata i dalje duguje kupcu. Dakle, korisnici smart ugovora su ugovorne strane i uživaju sudsku zaštitu svojih interesa i potraživanja. Tako, npr., imaju pravo na naknadu štete zbog neispunjenja ugovorne obaveze, naročito kada se radi o hibridnim smart ugovorima. Ista prava ugovarači imaju i kod čistih smart ugovora, ali će ih teško ostvariti zbog toga što klasično pravo nije doraslo virtuelnom okruženju.

Prema tome, smart ugovori ne zahtevaju neka nova specijalna zakonska pravila da bi imali obligaciono pravno dejstvo (De Caria, 2019: 747). Diskusija “da li smart ugovor ima pravno dejstvo” je jalova jer izvor obaveza nije smart ugovor, već klasičan ugovor koji zajedničkim korišćenjem smart ugovora, konkludentnim radnjama zaključuju njegovi korisnici. Ispred ili iza svakog smart ugovora postoji klasičan ugovor čija punovažnost zavisi od ispunjenosti uslova za njegov nastanak i opstanak. Dakle, smart ugovori neće zameniti klasične ugovore, niti dovesti do izumiranja ugovornog prava jer je ono dovoljno široko da prihvati smart ugovaranje, bez uvođenja novih pravnih kategorija ili disciplina. Sa druge strane, neophodno je osavremeniti propise kako bi se obligaciona subjektivna prava nastala smart ugovaranjem efikasno

realizovala i zaštitila, jer tu postoji pravni vakuum, odnosno postojeća rešenja nisu efikasna.

## 7. Nemogućnost ispunjenja

Ugovor je zakon za strane i ugovarači odgovaraju za ispunjenje. Kada povrede svoju obavezu, preti im prinudno izvršenje i dodatna obaveza naknade štete. Međutim, u nekim okolnostima ugovarač nije u stanju da ispuni svoju obavezu zbog okolnosti koju nije mogao da spreči, otkloni ili izbegne. Pošto nema krivice, nastupila je slučajna nemogućnost ispunjenja obaveze, pa ugovor prestaje bez štetnih posledica za savesnog ugovarača (npr. stvar propadne usled više sile, zabrana uvoza ili delatnosti i sl.). Imajući u vidu promenljiv odnos države prema kriptovalutama, pitanje nemogućnosti se javlja u scenariju da ih države zabrane (Cvetković, 2018: 127).

Pošto su smart ugovori samoizvršni i automatski (nezaustavljivi), postavlja se pitanje kako u njih ugraditi institut nemogućnosti. Treba utvrditi dva podatka: 1. Da li je ispunjenje izostalo, tj. šta je neposredni uzrok (objektivni element)?; 2. Kome se on može upisati u krivicu (subjektivni element)? Prvo pitanje je lako proverljiva činjenica (npr. da li je pribavilac stekao državinu i time svojinu; da li je izvršena isplata). Drugo pitanje je komplikovanije, jer često zahteva sudsku procenu (možda prodavac nije ni poslao stvar; ili je kupac nesavesno odbio prijem; ili je odbijanje legitimno jer je na osnovu veličine paketa očigledno da se u njemu ne nalazi naručena stvar) (Tjong, 2019: 798, 800). Ovakvu vrstu rezonovanja, tj. formiranje vrednosnog suda, teško je kodirati. Zato se kao praktično rešenje predlaže ljudski oracle, kome se ugovarači obraćaju u slučaju neispunjenja.

Ova razmišljanja otkrivaju jedan dublji problem. Ugovorno pravo je izgrađeno kao reakcija na spor, za ex post presuđivanje, dok smart ugovor teži ex ante regulaciji i prevenciji spora. Zaključak je da trenutni koncept pametnih ugovora nije dobro pripremljen za finese stvarnog života, odnosno delovanje nemogućnosti na sudbinu ugovora (Tjong, 2019: 803). Lako je kodirati proverljive ulazne podatke, ali ne i složena pitanja kauzaliteta (alternativnog, minimalnog, kumulativnog, prestižućeg) ili vrednosne sudove radi procene krivice.

## 8. Zaštita potrošača smart ugovorima

Smart ugovori su korisni kada su tradicionalna rešenja pravnog poretka nepraktična ili neekonomična. Evropski zakonodavac decenijama pokušava da podigne stepen zaštite potrošača bez prevelikog opterećenja za trgovce. Prava potrošača su standardizovana i uniformna, izviru iz proverljivih činjenica, pa su zato pogodna za smart platforme, naročito u transportnom sektoru. Ipak, njihov domašaj umnogome zavisi od nomotehnike. Kada zakonodavac koristi otvorene pravne standarde i generalne klauzule kao što su bona fides ili viša sila, onda je gotovo nemoguće primeniti algoritamski kod (Borgogno, 2019: 891). Zaštita potrošača zasnovana na formulacijama poput "dobra poslovna praksa", "zaštita slabije strane" i "razumna očekivanja potrošača" sputava smart ugovore.

Potencijalna primena smart ugovora u potrošačkom pravu je značajna jer omogućavaju obeštećenje bez proceduralnih troškova, tj. pogodni su u situacijama kada postoji puno istovetnih potraživanja iz istog činjeničnog stanja. Mere zaštite potrošača (npr. garancija) ugrađene u smart ugovore, automatski se izvršavaju uvek kada se ispune uslovi, bez troškova za trgovca i zastoja za potrošača. Smart ugovor garantuje pravo potrošaču, čak i kada potrošač za njega ne zna.

Da bi se ovaj ideal ostvario, postoje tri uslova: 1. Da se radi u subjektivnom potrošačkom pravu koje se ne zasniva na generalnim ili apstraktnim normama jer se takve ne mogu kodirati. 2. Pravo je nezavisno od šireg odnosa (ekonomskog, društvenog, vrednosnog) između ugovarača i njihove lične procene (nema mesta za tzv. relacionu ugovornu teoriju). 3. Radi se o standardizovanom pravu, tj. puno potrošača je u istoj situaciji (inače je kodiranje neekonomično) (Borgogno, 2019: 895).

Razmotrimo ovu ideju na primeru gde je više putnika oštećeno otkazivanjem leta. Da bi se oni obeštetili, potrebno je ispuniti najpre tehničke uslove. Avio-transport je potpuno kompjuterizovan, tako da je relativno lako postaviti automatski oracle za praćenje letova. Smart ugovor "ako let kasni, onda isplati putniku naknadu" je jednostavan i efikasan. Međutim, tehnički uslovi su nužni, ali ne i dovoljni za funkcionisanje ideje. U čl. 5, st. 3 Uredbe o utvrđivanju opštih uslova odštete putnicima u slučaju otkazivanja leta stoji: "Avio prevoznik nije dužan platiti naknadu, ako dokaže da je do otkazivanja leta došlo zbog izvanrednih okolnosti koje nije mogao izbeći čak ni ako su preduzete sve

razumne mere.”<sup>1</sup> Zbog inherentne kvalitativne prirode ove odredbe, malo je verovatno da se ispunjenost njenih uslova procenjuje algoritmom (Borgogno, 2019:898). Umesto toga, zakonodavac treba da propiše otvorenu listu usko definisanih slučajeva kada je odstupanje od reda letenja opravdano, npr. vidljivost ispod 100m, temperatura niža od -20 C, oluja kategorije 5, teroristički napad. Zbog kvantitativnih vrednosti kodiranje ovakve norme je moguće, a sa njom i smart zaštita potrošača. Jednom zaključen, smart ugovor nije prilagodljiv nepredviđenim okolnostima. To znači da kodiranjem treba unapred predvideti različite činjenice i istovremeno im opštim normama dati pravni značaj.

## 9. Zaključak

Smart ugovori predstavljaju sinergiju između računarskih programa i ugovora. Kodiranje je univerzalni jezik, pa su smart ugovori transnacionalni, nesputani govornim i uporednopravnim razlikama. Mesto rođenja smart ugovora je virtuelno okruženje. Sve je digitalno, netelesno: komunikacija, činidbe i dobro koje se razmenjuje. Sa razvojem tehnologije raste uticaj na „stari“ materijalni svet. Mada su smart ugovori revolucionarni u pogledu svojih mogućnosti, neće izazvati tektonske pravne promene.

Smart ugovori su od tradicionalnih „samostalnji“. Od trećih lica, pravnog poretka, pa i samih ugovarača. Kritičari smatraju da se to postiže uproščavanjem, na račun pogodnosti tradicionalnog ugovaranja, naročito evropsko-kontinentalnog. Ukazano je na divergenciju volje izražene jezikom i kodirane volje.

Glavna novina smart ugovora jeste ispunjenje obaveza bez ljudske intervencije. Odstranjivanje poverenja sigurnim namirenjem. Međutim, upravo je potpuna automatizacija prepreka složenim ugovornim odnosima i postojećoj poslovnoj praksi. Nezaustavljivost smart ugovora je problematična kada razvoj događaja odstupa od planiranog ili dođe do sukoba između ugovarača. Ugovorni odnos je više od prostog zbira zapisanih klauzula. Sporazumni raskid kod smart ugovora nije moguć. Mada doprinosi pravnoj sigurnosti, njihova neizmenjivost istovremeno predstavlja i nedostatak. Pogodni su za kratkotrajne odnose, ali rigidni za dugoročne.

---

1 Uredba o uvrđivanju opštih uslova odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcanja i otkazivanja ili dužeg kašnjenja leta (EZ), br. 261/2004.

Ne radi se o vanpravnoj pojavi. Tvrdnja da su smart ugovori samodovoljni zato što su samoizvršni zanemaruje interpretativnu i zaštitnu funkciju ugovornog prava (Dimatteo, 2019: 811). Štaviše, ni „čist“ smart ugovor ne deluje u pravnom vakuumu. Nije tu sporno njegovo pravno dejstvo, već kako zaštititi subjektivna prava koja iz njega izviru.

Šire posmatrano, smart ugovori jesu dalja standardizacija i formalizacija ugovorne prakse koja vodi ka doslovnom tumačenju – bitno je šta u ugovoru piše, a ne šta su ugovarači želeli. Nema prećutnih klauzula, pravnih praznina i standarda. Ugovarači moraju da preciziraju svaku eventualnost, što je skupo i neefikasno. Iako je mnogo prirodnije da pravo uređuje život oslanjajući se na kvalitativne procene, smart ugovori zahtevaju kvantitativne informacije.

Kada digitalna dobra preuzimaju primat, ugovorni pravni okvir razvijen za promet telesnih dobara postaje prepreka, umesto da je zamajac. Blockchain treba da postane zakonski termin, poput elektronskih ugovora ili digitalnog potpisa (Tshibende, 2019: 883). Tako bi se prevazišle formalne prepreke omasovljenju smart ugovora. Kodiranje „promenjenih okolnosti“, „nemogućnosti“ i sličnih tekovina ugovornog prava zavisi od formulacije zakonske norme. Pravo treba da se prilagodi informacionoj tehnologiji, ali poželjan je i obrnuti proces (npr. uvažavanje ljudskog oracle, mada smart ugovaranje teži umanjenju ljudskog faktora). U suprotnom tehnika ograničava volju, a ugovorno pravo je izgrađeno na njenoj slobodi.

## Literatura/References

- Borgogno, O. (2019). Smart Contracts as the (new) Power of the Powerless? The Stakes for Consumers. *European Review of Private Law*. 6. 885–902.
- Cannarsa, M. (2019). Interpretation of Contracts and Smart Contracts: Smart Interpretation or Interpretation of Smart Contracts?. *European Review of Private Law*. 773–785.
- Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts. OJ L 095. 21.4.1993.29.
- De Caria, R. (2019). The Legal Meaning of Smart Contracts. *European Review of Private Law*. 731–752.
- Dimatteo, L. A., & Poncibó, C. (2019). Quandary of Smart Contracts and Remedies: The Role of Contract Law and Self-Help Remedies. *European Review of Private Law*. 805–824.



Durovic, M. D., & Anssen, A. J. (2019). The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law 2 . The main threads of argument regarding smart contracts in the legal scholar. *European Review of Private Law*. 753–771.

Muka Tshibende, L.-D. (2019). Contract Law and Smart Contracts: Property and Security Rights Issues. *European Review of Private Law*. 871–883.

Regulation establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights. (EC) No 261/2004. OJ L 046. 17/02/2004. 1 – 8.

Tjong Tjin Tai, E. (2018). Force Majeure and Excuses in Smart Contracts.

*European Review of Private Law* 6-2019. 787–804.

Cvetković, M. (2018). Novčane obaveze i kriptovalute. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 81. LVII. 119–138.

**Doc. Mihajlo Cvetković LL.D.,**  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

### **SMART CONTRACTS: REVOLUTION OR HURDLE?**

#### **Summary**

*The synergy between computer programs and contract law has generated considerable attention among legal scholars. Smart contracts were first theoretically described in 1996 but they came to life in 2009, with the development of cryptocurrencies. Relying on the papers published in the European Journal of Private Law, the author presents the problems and dilemmas arising from contract digitalization. Irrespective of whether smart contracts are perceived as a revolutionary change in contract law or just as a new mode of concluding and executing a contract, the automatic performance of a contractual obligation and the immutability of smart contracts profoundly affect the existing contractual practices. Traditional concepts such as contract formation, interpretation and inability to perform have acquired new meanings and functions. Online protection of contracting parties, consumers and the public order requires a regulatory reform but it is also essential to adapt technology to the intrinsic nature of legal transactions in order to meet juristic requirements. A smart contract is comparable to a vending machine: it is immutable and blockchain-based. The paper focuses on the most important types of smart contracts, their characteristics and application. Smart contracts lack artificial intelligence and their legal effects have been challenged. However, smart contracts have a great potential in terms of facilitating legal transactions and reducing the risk of contractual breach.*

**Keywords:** smart contracts, blockchain, form, consumers, internet, coding, civil law.

**Dr Slobodanka Kovačević Perić,\***  
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem  
u Koc. Mitrovici

originalni naučni rad  
10.5937/zrpfno-22983

UDK: 305-055.3:349.2  
349.2

342.726-055.3

Rad primljen: 30.08.2019.

Rad prihvaćen: 20.11.2019.

## **RADNOPRAVNE POSLEDICE TRANSRODNOSTI**

**Apstrakt:** Autor u radu sagledava položaj transrodnih osoba, osoba drugačijeg rodnog identiteta, u prizmi ostvarivanja i zaštite fundamentalnih ljudskih prava u oblasti radnih odnosa i povodom radnih odnosa. Autor polazi od stava da većina savremenih društava prihvata i organizovana je na temelju binarnog koncepta roda – što znači da su svi pojedinci rigidno (striktno) rodno opredeljeni u okviru dihotomne rodne podele na muški i ženski rod, iz straha od stigmatizacije, da se ne odstupi od opšteprihvaćenih društvenih, moralnih normativa i floskula. Određeni broj ljudi ima problem da se identifikuje sa polom dobijenim na rođenju, pa se javlja problem u vidu njihovog unutrašnjeg doživljaja roda, koji nije u skladu sa polom. Te osobe se nazivaju transrodne osobe. Problemima trans osoba treba pristupiti sa aspekta zaštite fundamentalnih ljudskih prava. Na tom stanovištu je i Evropski sud za ljudska prava. Sud nalaže obavezu državi da omogući kontinuitet tranzicije pravnim priznavanjem novostečenog pola i omogućavanje promene imena. Treba se rukovoditi principom pravnog kontinuiteta identiteta, prava i dužnosti trans osobe, pre i posle njenog hormonalno-operativnog procesa prilagođavanja pola, kao i principom relevantnosti novostečenog pola transpolnih osoba. Prvi korak na tom putu je da se omogući pravo svih trans osoba na lična dokumenta koja su u skladu sa njihovim rodnim identitetom, budući da su takva dokumenta ključna za ostvarivanje osnovnih ljudskih prava: prava na obrazovanje/školovanje, zdravstvenu zaštitu, prava na rad, prava na penziju (uslove shodno rodnom identitetu), prava na stanovanje,

---

\* slobodanka.peric@pr.ac.rs

*i niz drugih prava koji posledično dovode do problema naročito u odnosu sa osobljem socijalnih službi, policijom, graničnim vlastima, matičnim službama (npr. izdavanje ličnih dokumenata, radna knjižica), vojnim vlastima i dr. Prema gotovo svim stranim i domaćim izveštajima o stanju ljudskih prava u Srbiji, trans osobe su jedna od najugroženijih grupa. Procena je da u Srbiji ima između dvadeset i dvadeset pet hiljada trans osoba.*

**Ključne reči:** *rodni identitet, transrodnost, promena imena, pravo na rad, uslovi za penziju.*

## 1. Uvod

Svako ima pravo da svuda bude priznat kao pravni subjekt, propisano je u članu 6. Opšte deklaracije o pravima čoveka iz 1948. godine,<sup>1</sup> dakle, da bude priznat kao ličnost pred zakonom. Iako je proklamovano kao univerzalno pravo čoveka, pravo na ličnost je za transrodne osobe – tzv. osobe „trećeg pola“ restriktivno i uslovljeno pravo. Tako je i kod izražavanja i ostvarivanja mnogih drugih aspekata prava, npr. prava na seksualno opredeljenje, prava na rodni identitet, i u skladu s tim zaštita i garantovanje prava na privatnost, porodicu, pravo na rad, socijalnu sigurnost, zdravstvenu zaštitu i drugo. Nameće se pitanje koji su uzroci koji u milenijumu ljudskih prava dovode do takvog stanja? Najpre, mora se naglasiti da savremeno društvo, globalno posmatrano, funkcioniše na bipolarnom principu, na dihotomiji polnosti na muški i ženski pol. Na temelju takvog dimorfnog koncepta dato je određenje roda i definisan je rodni identitet,<sup>2</sup> i u tom maniru se „ljudske jedinke kao

---

1 Usvojena i proglašena rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 217 (III) 10. decembra 1948. godine.

2 Pol osobe je biološka činjenica, konstatovana najčešće pri samom rođenju, pre svega na osnovu genitalne anatomije ili fiziološko-organske razlike i određujemo ga kao muški ili ženski. Dok je sa jedne strane pol biološka datost, rod predstavlja društveno-kulturno tumačenje muškog ili ženskog pola. Rod, drugim rečima, jeste naša interpretacija anatomije i biologije, koja ima svoje posledice u svakodnevnom životu svih nas. Rodni identitet koji će osoba sebi pripisati ne mora se podudarati sa onim koji joj je nametnut u odnosu na njen polni identitet. Takođe, polni identitet ne mora biti u saglasnosti sa onim kako se osoba oseća. O razlikovanju pojma pol i rod, rodni identitet, videti: *Pol i rod nisu isto. Zašto?* Dostupno, <http://psihologika.rs/rod-i-pol-nisu-isto-zasto/> i *Pol i rod se razlikuju. Polni i rodni identitet nisu isto*, Retrieved 8. jun 2019, <https://www.transserbia.org/resursi/teorija/40-pol-i-rod-se-razlikuju-polni-i-rodni-identitet-nisu-isto>

biološki entiteti kategorizuju kao muške i ženske“.<sup>3</sup> To dalje znači da su svi pojedinci rigidno (striktno) rodno opredeljeni u okviru dihotomne podele (samo) na muški i ženski rod. Međutim, ne samo savremeno društvo već i najstarije civilizacije, o čemu će u daljem izlaganju biti reči, poznaju fenomenološki osobe koje se ne mogu uniformno, striktno „ukalupiti“ u postojeći bipolarni društveni koncept. To su, pre svega, trans osobe, u kontekstu teme ovog rada, transrodne osobe. Transrodnost je termin koji opisuje osobe različitih rodnih identiteta, izražavanja i ponašanja, koji se tradicionalno ne dovode u vezu sa njihovim polom i tradicionalnim poimanjem rodnih uloga (Pavlović, 2012: 51). Transrodne osobe se ne uklapaju u tradicionalne binarne modele polno-rodnih podela, odnosno to su osobe čiji rodni identitet nije jednak njihovom polu.<sup>4</sup>

Ove osobe, kako se ističe u literaturi, prevazilaze rodni binarizam u društvenim praksama svojim ne-binarno određenim identitetima. Stoga, transrodne osobe često definišu i kao „osobe trećeg pola“ ili „trećeg roda“. Transrodne osobe mogu imati potrebu za fizičkom modifikacijom svog tela, mada mnoge nemaju potrebu za tim. U tom smislu, transrodnost se ne može poistovetiti sa transseksualnošću.<sup>5</sup> Iako se problem trans osoba<sup>6</sup> smatra problemom modernog doba, istorijske činjenice pokazuju da se „još u folkloru antičke Grčke javljaju elementi koji ukazuju na postojanje svesti o trećem rodu“. U različitim kulturama postoji niz kategorija kojima se označavaju trans osobe. Tako je poznat primer iz indijske kulture, takozvanih hidžri. To su osobe koje (ni)su „ni muško ni žensko“ i predstavljaju osoben primer ritualnog uvođenja u treći pol, u kojem je obavezan čin kastracije. Američki Indijanci prepoznaju ove osobe kao berdaše, koji, za razliku od hidžri, ne odstranjuju polni organ [...] (IPF, 2014). U Nemačkoj u doba Vajmarske republike, Berlin je važio za vrlo liberalan grad, u kome je delovalo najviše LGBT pokreta na svetu.

---

3 Postoje i interseksualne (koje sadrže biološke karakteristike koje su tipične i za muške i ženske). *Polni i rodni identitet nisu isto*, Retrieved 8. jun 2019, <https://www.transserbia.org/resursi/teorija/40-pol-i-rod-se-razlikuju-polni-i-rodni-identitet-nisu-isto>

4 *Prava LGBT osoba*, Retrieved 1. avgust 2019, <https://blog.aks.org.rs/prava-lgbt-osoba/>

5 Svetska zdravstvena organizacija definisala je transseksualnost kao želju da se živi i bude prihvaćen u drugom polu, najčešće praćenu osećajem nelagodnosti ili neprilagodnosti anatomskim odrednicama sopstvenog pola i željom za hirurškom intervencijom i hormonalnim tretmanom da bi svoje telo u činio/la što je više moguće usklađenim sa željenim polom“. *Položaj osoba drugacijeg rodnog identiteta u pravosudnom sistemu Republike Srbije*, Retrieved 4. jul 2019, <http://ipf.rs/polozaj-osoba-drugacijeg-rodnog-identiteta-u-pravosudnom-sistemu-republike-srbije>

6 Trans ili trans\* je krovni pojam kojim označavamo osobe čiji se rodni identitet razlikuje od pola koji im je pripisan po rođenju. *O transrodnosti*, Retrieved 1. jul 2019, [xyspectrum.org/wp-content/uploads/.../trans-za-PDF.pdf](https://xyspectrum.org/wp-content/uploads/.../trans-za-PDF.pdf) (1/072019)

1931. godine, Dora Rihter je postala prva javnosti poznata trans žena kojoj je urađena adaptacija pola [...].<sup>7</sup>

Transrodne osobe (i danas) predstavljaju jednu od najugroženijih populacija, posmatrano sa aspekta diskriminacije, zlostavljanja, nasilja, suicida, ubistava, pre svega mogućnosti uživanja, ostvarivanja, zaštite sloboda i prava čoveka. Kako ističu njihovi aktivisti – što su transrodne osobe postojale vidljivije, to su bile diskriminisane. Za takav položaj jedan od razloga leži u novijoj istoriji, i posledica je definisanja transrodnosti sa aspekta mentalne bolesti. Naime, transrodnost je 1948. godine dobila status mentalnog poremećaja i od tada su joj u međunarodnim klasifikacijama pripisivane različite dijagnoze, od kojih su najpoznatiji transseksualizam i rodna disforija.<sup>8</sup>

Klasifikovanje transrodnosti u poremećaje mentalnog zdravlja jedan je od primarnih razloga stigmatizacije i patologizacije transrodnih osoba. Stavovi prema osobama „trećeg pola“ korenito se menjaju godinama unazad, kroz nastojanje da se ova „nevidljiva tela“, kako ih s pravom naziva Z. Mrščević (2017: 119–120), prepoznaju kao subjekti prava. Tokom proteklih 30 godina primetna je tendencija država članica Saveta Evrope ka davanju punog pravnog priznanja transrodnim osobama. Zaokret prema tretmanu ovih osoba je vidljiv i u izmeni terminološkog određenja transrodnosti – iz termina „poremećaj rodnog identiteta“ u termin „rodna disforija/ disforija rodnog identiteta“ (gender dysphoria/gender identity disorder), objavljen u *Dijagnostičkom i statističkom priručniku mentalnih poremećaja DSM-5*, koji je izdala Američka psihijatrijska asocijacija 2013. godine.<sup>9</sup> Prema definiciji iz DSM-5, rodna disforija predstavlja poteškoće koje mogu pratiti osećaj nepodudarnosti između nečijeg osećaja roda i onog roda koji mu/joj je nametnut rođenjem.<sup>10</sup> S aspekta mentalnog zdravlja, radi se o veoma bitnoj izmeni jer prvi termin podrazumeva da trans osobe imaju poremećaj identiteta i prema tome su mentalno bolesne, dok drugi termin podrazumeva postojanje nesklada, nepodudarnosti između

---

7 *Ibid.*

8 *Položaj osoba drugacijeg rodnog identiteta u pravosudnom sistemu Republike Srbije*, Retrieved 4. jul 2019, <http://ipf.rs/položaj-osoba-drugacijeg-rodnog-identiteta-u-pravosudnom-sistemu-republike-srbije/>

9 *Dijagnostički i statistički priručnik za mentalne poremećaje (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders - DSM)* objavljuje Američka psihijatrijska asocijacija. U njemu se nalaze kategorisani mentalni poremećaji i kriterijumi za uspostavu dijagnoze.

10 Više u: *What Is Gender Dysphoria? – American Psychiatric Association*, Retrieved 3. avgust 2019, from <https://www.psychiatry.org/patients-families/gender-dysphoria/what-is-gender-dysphoria>

osećaja roda i onog koji im je dat/nametnut rođenjem. U istom maniru, sa istim ciljem – depatologizacija celokupne trans populacije, Evropski parlament je osporio stav po kome se transrodni ljudi i dalje smatraju mentalno bolesnima, i naglasio da su takve dijagnoze „izvor značajnih poteškoća za transrodne osobe“. Evropski parlament je u februaru 2017, prilikom glasanja o ravnopravnosti u oblasti mentalnog zdravlja zahtevao više akcija za zaštitu trans i interseks osoba (Mrščević, 2017: 67 ). To je rezultiralo ocenom Svetske zdravstvene organizacije (SZO) da transrodnost, osećaj pripadnosti suprotnom polu, više ne treba smatrati mentalnim oboljenjem. Takav stav SZO dokumentovan je u 11. verziji Međunarodne klasifikacije bolesti (*International Classification of Diseases, ICD-11*).<sup>11</sup> Nova klasifikacija sadrži nova poglavlja uklju čujući jedno posvećeno seksualnom zdravlju. Ona obu hvata pojave ranije klasifikovane na drugim mestima, kao što je transrodnost, koja je do sada bila svrstana pod mentalna oboljenja,<sup>12</sup> što je prvi put od početka 1990-ih da je izvršena globalna revizija te klasifikacije. Primere dobre prakse u senzibilizaciji socijalnog ambijenta i razumevanju potreba transrodnih osoba susrećemo u praksi pojedinih zemalja mnogo pre donošenja nekih krucijalnih akata o trans osobama. Tako se, na primer, u Francuskoj od 2009. godine transeksualnost i transrodnost ne nalaze u zvaničnoj klasifikaciji mentalnih poremećaja, dakle, mnogo pre stava SZO. Australija je 2012. godine uvela pasoše u kojima postoji posebna oznaka za osobe koje se ne identifikuju ni kao muškarci ni kao žene, kao i nove zakonske akte u pogledu promene dokumenata bez operativnih zahvata promene pola... (Đurić, 2012: 16).<sup>13</sup> Svetska profesionalna asocijacija za transrodno zdravlje (*World Professional Association for Transgender Health – WPATH*), tvorci poslednje, revidirane sedme verzije Standarda pomoći za zdravlje transeksualnih, transrodnih i rodno neodređenih osoba se snažno zalažu za ukidanje bilo kakve patologizacije svih trans i rodno neodređenih osoba (Đurić, 2012: 16–17). Ovo je važan korak sa aspekta dalje prakse postupanja. Naime, neznanje, zablude, strah od nepoznatog, predrasude prema različitosti su kao i kod mnogih pojava u ranijoj istoriji osnov za stigmatu i diskriminaciju. Dosadašnja praksa pokazuje različit tretman transrodnih osoba na evropskom tlu,

---

11 International Classification of Diseases 11th Revision. [Electronic version]. Retrieved 3. avgust 2019, from <https://www.who.int/classifications/icd/en/>

12 Dokument nazvan ICD-11 predstavljen je Svetskoj skupštini zdravlja u maju 2019. u Ženevi da bi ga zemlje članice usvojile, i stupiće na snagu u januaru 2022. godine.

13 Slične tendencije su se počele javljati na Novom Zelandu, u Južnoafričkoj Republici, Velikoj Britaniji, a još od ranije u nekim evropskim zemljama, poput Holandije, kao i susednoj Hrvatskoj.

različit od države do države. „Od država koje u potpunosti pokrivaju medicinske intervencije (endokrinološke i hirurške procedure, kao i psihoterapiju) i imaju razvijen sistem podrške za trans osobe, do zemalja gde postoje veliki problemi i zanemarivanje potreba trans osoba“ (Gajin, 2012: 15).<sup>14</sup> U težnji da kreira tolerantniji evropski prostor, Evropska komisija je 16. jula 2012. izdala saopštenje da zemlje koje se kandiduju za članstvo u EU neće biti primljene ako postoje dokumentovani slučajevi postojanja lošeg tretmana LGBTI (akronim: L – lezbejke, G – gejevi, B – biseksualne, T – transrodne osobe, I – interseks) ljudi u njima.<sup>15</sup> U normativi i praksi više se pažnje poklanjalo LGB populaciji, dok su zapostavljene i marginalizovane T – transrodne grupacije, iako se još 1989. godine u Rezoluciji Evropskog parlamenta protiv diskriminacije transseksualnih osoba<sup>16</sup> od država članica zahteva da preduzmu određene korake zaštite transrodnih osoba i usvoje odgovarajuće zakonodavstvo, te da, između ostalog, same države članice učine dostupnim informacije o problemima sa kojima se suočavaju transrodne osobe, naročito u odnosu sa osobljem socijalnih službi, policijom, graničnim vlastima, matičnim službama, vojnim vlastima i dr. (Mrščević, 2017: 47–48).<sup>17</sup> Ove osobe su vekovima zaista bile i još uvek su izložene homofobiji, transfobiji i drugim oblicima rasprostranjene i trajne netolerancije na osnovu seksualne orijentacije ili rodnog identiteta, što dovodi

---

14 Model zakona o priznavanju pravnih posledica promene pola i u tvrdivanja transeksualizma ..., str. 15.

15 U kontekstu Okvirne odluke Saveta Evropske unije 2008/913/PUP od 28. Novembra 2008. godine o borbi protiv određenih oblika i izražavanja rasizma i ksenofobije instrumentima krivičnog prava, države članice imaju obavezu da „pred u zmu neophodne mere kako bi osigurale da će se rasistička i ksenofobična motivacija smatrati otežavajućom okolnošću ili, alternativno, da će se takva motivacija uzeti u obzir od strane sudova u određivanju kazne“. Više u: Roza D. Gurmešević, *Instrumenti u borbi protiv diskriminacije u pravnim sistemima zemalja Jugoistočne Evrope*, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, 2016, str. 190–221.

Republika Srbija je krivičnim zakonodavstvom predvidela novi oblik kvalifikacije krivičnog dela u činjenog iz mržnje. Krivični zakonik (*Sl. glasnik RS*, 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019) u član 54a predviđa: „Ako je krivično delo učinjeno iz mržnje zbog pripadnosti rasi i veroispovesti, nacionalne ili etničke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica, tu okolnost sud će ceniti kao otežavajuću okolnost, osim ako ona nije propisana kao obeležje krivičnog dela“.

16 Rezolucija je usvojena 12. septembra 1989. godine. Official Journal of the European Communities No C 256/33-37 of 9. 10. 1989.

17 Više o osobenostima transrodosti i regulativi: Z. Mrščević, *Transrodno lice pravde*, Institutu društvenih nauka, Beograd, 2017, str. 47 i dalje.



do neprijateljskih akata u rasponu od socijalnog isključivanja do diskriminacije, širom Evrope i u svim oblastima života. Kao rezultat toga, ogroman broj ljudi mora da krije ili potiskuje svoj identitet i da živi život u strahu i nevidljivosti, čak i unutar sopstvene porodice, čime postaju tzv. „nevidljiva tela“ (Mršćević, 2017: 119–120). Pod uticajem takvih okolnosti, a u težnji da kreira pravedniji evropski prostor, jednak i dostojanstven za sve ljude, Evropski parlament je 4. februara 2014. usvojio rezoluciju o planu Evropske unije (EU) protiv homofobije i diskriminacije na osnovu polne orijentacije i rodnog identiteta (European Parliament resolution, 2014). Na ove rezolucije se nadovezuje, u smislu ciljeva, dokument Parlamentarne skupštine Saveta Evrope, „Rezolucija o diskriminaciji transrodnih osoba, usvojena 22. aprila 2015. godine“.<sup>18</sup> Francuska je u oktobru 2016. godine usvojila prvi zakonski postupak priznavanja rodnog identiteta čime se okončava arbitrarnost odlučivanja i medikalizacija. Sterilizacija i dokaz medicinskih tretmana više nisu uslovi za pravno priznavanje rodnog identiteta po francuskom zakonu.<sup>19</sup> Značajan napredak vezan za status transrodnih osoba tokom poslednjih godina postignut je kroz jurisprudenciju evropskih sudova, paralelno sa zakonodavnim i drugim aktivnostima koje dolaze iz drugih evropskih institucija. Pitanje statusa transrodnih osoba postavljeno je pred Evropski sud za ljudska prava u Strazburu nekoliko puta počev od 1979. godine, međutim, Sud je, sve do 2002. godine smatrao da to pitanje spada u polje slobodne procene država (Gajin, 2012: 75). Nasuprot tome, u poslednjoj deceniji, za unapređenje pravnog položaja celokupne trans populacije, kako bi se omogućilo da novi identitet u potpunosti integrišu u svoj privatni i profesionalni život, uz puno poštovanje prava na privatnost, stvaralačku ulogu ima upravo praksa Evropskog suda za ljudska prava.

## **2. O nekim radnopravnim posledicama transrodnosti – de iure, de facto, sudska praksa**

Položaj transrodnih osoba gravitira između medicinskog aspekta i pravne regulative, sa međuprostorom koji čini društvena zajednica (njeni stavovi, stigme, predrasude, (ne)prihvatanje različitosti) i

---

18 Resolution 2048/2015, „Discrimination against transgender people in Europe“ (Doc. 13742).

19 Komentar preuzet sa sajta Geten Srbija, *Evropski sud za ljudska prava ukinuo prisilnu sterilizaciju*, Retrieved 3. avgust 2019, <https://www.transserbia.org/vesti/1233-evropski-sud-za-ljudska-prava-okoncao-prinudnu-sterilizaciju>

država sa svojom socijalnom politikom. Od medicinskog utemeljenja i pravne normative zavisi društveno prihvatanje transrodnosti kao stanja jedne ličnosti. „Pored obezbeđivanja finansijskih sredstava za život, pitanje pronalaženja legalnog posla neposredno je povezano sa pristupom zdravstvenoj zaštiti, što je naročito važno za transrodne osobe – jednak pristup tržištu rada. Širom Evrope primetan je visok stepen nezaposlenosti među trans\* osobama kao posledica nemogućnosti (životnog i) pravnog priznavanja željenog rodnog identiteta, ali isto tako nezaposlenost i nedostatak finansijskih sredstava onemogućava ih da započnu i/ili završe proces usklađivanja. Istraživanja pokazuju da samo 31% ispitanih trans\* osoba ima stalan posao s punim radnim vremenom [...]. Teškoća ili nemogućnost zasnivanja radnog odnosa predstavlja jedan od faktora koji dovode do toga da se trans\* osobe bave seksualnim radom, čime postaju izloženi višestrukoj marginalizaciji, nasilju i diskriminaciji. Situacija nije jednostavna ni za osobe koje imaju zaposlenje, što je očigledno i iz podatka da četvrtina ispitanika oseća potrebu da promeni posao zbog diskriminacije na osnovu rodnog identiteta, a samo 30% oseća da ih kolege tretiraju s poštovanjem. Dodatno pitanje predstavlja ostvarivanje prava na penziju, delom zbog pitanja različitih starosnih granica za žene i muškarce (i pitanja da li će se uvažiti pol pripisan po rođenju ili rodni identitet), a delom zbog straha od razotkrivanja identiteta do koga u toj proceduri može doći“.<sup>20</sup> Prva operacija prilagođavanja pola u našoj zemlji izvršena je 1989. godine. Srbija je danas „zemlja zdravstvenog turizma“, konkretno Beograd je postao jedan od najpoznatijih centara za ovu vrstu intervencija u svetu. Nasuprot, prema domaćim i stranim izveštajima organizacija koje se bave stanjem ljudskih prava, istaknuto je da su transrodne osobe jedna od najdiskriminisanijih populacija u našem društvu.<sup>21</sup> Na to upućuje i Izveštaj Evropske komisije za 2018. godinu<sup>22</sup> (*Saopštenje o politici proširenja EU za 2018. godinu*). Usled takvog socijalnog miljea transrodne osobe „nisu prepoznate“ ni u institucijama ni adekvatno u pravnom sistemu. U skladu sa preporukama Evropske komisije (iz 2012. godine) i Evropskog parlamenta (iz 1989. godine) za zemlje koje se kandiduju

20 *Status i položaj trans\* osoba u Srbiji*. [Electronic version]. Retrieved 5. jul 2019, from [https://transserbia.org/images/2015/dokumenti/Trans osobe u Srbiji-analiza poloaja i predlog pravnog resenja.pdf](https://transserbia.org/images/2015/dokumenti/Trans%20osobe%20u%20Srbiji-analiza%20poloaja%20i%20predlog%20pravnog%20resenja.pdf)

21 *Završni izveštaj o stanju ljudskih prava u Srbiji za 2018. godinu*. [Electronic version]. Retrieved 5. jul 2019, from <https://rs.usembassy.gov/sr/human-rights-practices-2018-sr/> <https://rs.usembassy.gov/sr/human-rights-practices-2018-sr/>

22 *Izveštaj Evropske komisije koji prati Saopštenje Komisije upućeno Evropskom parlamentu, Savetu, Evropskom ekonomskom i socijalnom komitetu i Komitetu regiona*.

za članstvo u EU, da preduzmu određene korake zaštite transrodnih osoba i usvoje odgovarajuće zakonodavstvo, te da, između ostalog, same države članice učine dostupnim informacije o problemima sa kojima se suočavaju transrodne osobe, naročito u odnosu sa osobljem socijalnih službi, policijom, graničnim vlastima, matičnim službama, vojnim vlastima i drugo,<sup>23</sup> Srbija je 20. juna 2018. godine usvojila izmene i dopune Zakona o matičnim knjigama. Novim Zakonom o matičnim knjigama (ZMK),<sup>24</sup> shodno članu 45(b), u matičnu knjigu rođenih upisuje se podatak o promeni pola na osnovu rešenja nadležnog organa (opštinska uprava, odnosno gradska uprava, odnosno gradska uprava grada Beograda),<sup>25</sup> koje se donosi na osnovu propisane potvrde nadležne zdravstvene ustanove (član 45(b), stav 1 ZMK). Bliže odrednice o načinu izdavanja i obrazac potvrde o promeni pola, koju izdaje nadležna zdravstvena ustanova regulisane su Pravilnikom o načinu izdavanja i obrascu potvrde nadležne zdravstvene ustanove o promeni pola.<sup>26</sup> Uslov da bi nadležna zdravstvena ustanova izdala potvrdu o promeni pola, u smislu člana 3 Pravilnika, je: 1) sprovedena najmanje jednogodišnja hormonska terapija uz indikaciju i praćenje lekara specijaliste psihijatrije i lekara specijaliste sa užom specijalizacijom endokrinologije ili 2) izvršena hirurška intervencija promene pola. Nadležna zdravstvena ustanova potvrdu o promeni pola dostavlja nadležnom organu koji vodi matičnu knjigu rođenih za lice koje je promenilo pol, i to: 1) po okončanju postupka o promeni pola po zahtevu lica kome je promenjen pol ili 2) u roku od 15 dana od dana okončanja postupka promene pola (iz člana 5 Pravilnika).<sup>27</sup> Promena pola u matičnu knjigu rođenih je samo vrh ledenog brega, dalje predstoji izmena podataka u svim ličnim dokumentima (diplome o

---

23 Prema hrvatskim zakonima, nijedna osoba ne sme da bude prisiljena na hiruršku promenu pola, sterilizaciju ili uzimanje hormona kako bi promenila dokumenta. Sličan zakon odnedavno je na snazi i u Srbiji i Sloveniji. Situacija je drugačija u Crnoj Gori, Bosni i Hercegovini i Makedoniji.

Od Makedonije do Slovenije: *Kada tvoje telo nije tvoje*, Retrieved 13. avgust 2019, from <https://www.bbc.com/serbian/cyr/balkan-47777443> (13/08/2019)

24 Zakon o matičnim knjigama, *Sl. glasnik RS*, 20/2009, 145/2014 i 47/2018.

25 Član 45b, ZMK u vezi sa članom 6, stav 2 i 4 ZMK.

26 *Sl. glasnik RS*, broj 103 od 26. decembra 2018. Pravilnik sporazumno donose ministar državne uprave i lokalne samouprave i ministar zdravlja na osnovu člana 45b, stav 5 Zakona o matičnim knjigama.

27 Potvrda o promeni pola je javna isprava (čl. 2 Pravilnika) i izdaje se na obrascu bele boje, formata A4, koji je odštampan uz ovaj pravilnik i čini njegov sastavni deo (član 4 Pravilnika).

obrazovanju, lična karta, pasoš, vozačka dozvola, radna knjižica i dr).<sup>28</sup>

U međuvremenu pravni status trans\* osobe je u vaku umu, naročito u de facto komunikaciji sa (birokratijom) službenicima i administrativnim radnicima u centrima za socijalni rad, policiji, vojnim organima, u kaznenim ustanovama, graničnoj policiji, studentskim domovima, sportskim klubovima i slično, jer nisu edukovani, nestručni su u tom segmentu.<sup>29</sup> U svom Izveštaju za Srbiju za 2018. Evropska komisija navodi da su najvećoj diskriminaciji izloženi Romi, LGBTI osobe, osobe sa invaliditetom i osobe koje žive sa HIV/AIDS-om. Transrodne osobe su vrlo često diskriminirane prilikom zapošljavanja, često na široj osnovi nego lezbejska, gej i biseksualna populacija, posebno prilikom zapošljavanja. U istraživanju Centra za slobodne izbore i demokratiju utvrđeno je da je diskriminacija najočiglednija pri traženju posla i u radnom odnosu, a njeni glavni nosioci su država i njene institucije. Transrodne osobe koje su otvorene po pitanju svog rodnog identiteta na radnom mestu, često su žrtve zlostavljanja na poslu od strane svojih kolega, te stoga neretko menjaju posao.<sup>30</sup> Naročitu diskriminaciju trpe transpolne osobe, s obzirom na to da je transpolnost, posebno u fazi

---

28 Pre donošenja Zakona o matičnim knjigama Ustavni sud je još 2011. godine, povodom ustavne žalbe odlučivao o pravu osobe da ostvari prava u skladu sa svojim polom. *Odluka o ustavnoj žalbi podnosioca H*, Broj: UŽ - 3238/2011. od 8. marta 2012. godine, objavljena u „Sl. glasniku RS“, br. 25/2012. Ustavni sud je konstatovao da je suština navoda ustavne žalbe o povredi načela zabrane diskriminacije iz člana 21 Ustava upravo u tome što podnosiocu u pravnom smislu nije priznata promena pola, budući da nakon hirurške promene pola nije postojala mogućnost da se izvrši i promena podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih. Odeljenje za opštu upravu Opštinske uprave opštine Z je donelo zaključak kojim je, zbog stvarne nenadležnosti, odbačen zahtev podnosioca ustavne žalbe za ispravku pola u matičnoj knjizi rođenih. Time je podnosiocu žalbe povređeno pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti (čl. 23. Ustava) i pravo na poštovanje privatnog života (čl. 8. EKLJP). Delovi su preuzeti iz Obrazloženja odluke.

29 Srbija je 6. februara 2018. godine donela Protokol o postupanju sa transpolnim i transrodnim licima prema kojima se izvršava krivična sankcija. Za zaposlene u centrima za socijalni rad je obezbeđena obuka o adekvatnim uslugama socijalne zaštite za LGBTI lica i njihove porodice. Obuka u cilju borbe protiv diskriminacije je organizovana i za policiju [...]. Iz Izveštaja Evropske komisije za Srbiju za 2018. godinu, *op. cit.*

Kao primer dobre prakse potrebno je istaći da u 2018. godini beogradski Zavod za zaštitu zdravlja studenata u upitniku za useljenje u studentske domove pored opcija muški i ženski pol nudi mogućnost da se studenti izjasne i kao transrodne osobe.

30 Statement of the Office of the UN High Commissioner for Human Rights to the International Conference on LGBT human rights, Montreal 26 July 2006, available at [www.unhcr.ch/hurricane/huric](http://www.unhcr.ch/hurricane/huric) Preuzeto iz: Trans osobe u Srbiji – analiza stanja i predlog pravnog rešenja, str. 73.

primene hormonske terapije, vidljiva – ne može se sakriti. Na radnom mestu trpe vređanje i podsmevanje, a neretko dobijaju i otkaz. U Srbiji je opštom odredbom člana 16, stav 1 Zakona o zabrani diskriminacije (ZZD)<sup>31</sup> propisano da je zabranjena diskriminacija u oblasti rada, odnosno narušavanje jednakih mogućnosti za zasnivanje radnog odnosa ili uživanje pod jednakim uslovima svih prava u oblasti rada, kao što su pravo na rad, na slobodan izbor zaposlenja, na napredovanje u službi, na stručno usavršavanje i profesionalnu rehabilitaciju, na jednaku naknadu za rad jednake vrednosti, na pravične i zadovoljavajuće uslove rada, na odmor, na obrazovanje i stupanje u sindikat, kao i na zaštitu od nezaposlenosti.<sup>32</sup> U vezi s tim, član 2, stav 1 ZZD pod diskriminacionim ponašanjem označava svako neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje (isklju čivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva), u odnosu na lica ili grupe kao i na članove njihovih porodica, ili njima bliska lica, na otvoren ili prikriven način, a koji se zasniva, između ostalog i na rasi, boji kože, precima, državljanstvu, nacionalnoj pripadnosti [...], polu, rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji (*istakao autor: S. P.*), [...] i drugim stvarnim, odnosno pretpostavljenim ličnim svojstvima. Zakon o radu (ZR)<sup>33</sup> pak ne upućuje – eksplicitno, na diskriminaciju po osnovu radnog identiteta. Međutim, odredba člana 18 ZR može se tumačiti ekstenzivno i u smislu rodnog identiteta, jer je zakonom po principu otvorene klauzule data mogućnost da se uvrsti „neko drugo lično svojstvo“.

U pogledu ostvarivanja prava na rad i drugih socijalno-ekonomskih prava transrodnih osoba, i uopšte trans populacije, legitimno je pozvati se na 29 Džogdžakarta principe<sup>34</sup> kao univerzalni vodič za ljudska prava koja

31 *Sl. glasnik RS*, 22/2009.

32 Član 21 Zakona o zabrani diskriminacije glasi: „Seksualna orijentacija je privatna stvar i niko ne može biti pozvan da se javno izjasni o svojoj seksualnoj orijentaciji. Svako ima pravo da se izjasni o svojoj seksualnoj orijentaciji, a diskriminatorno postupanje zbog takvog izjašnjavanja je zabranjeno“.

33 *Sl. glasnik RS*, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

34 Ujedinjene nacije su u usvojile Džogdžakartaanske principe – 29 Principa (*29 Yogyakarta Principles*) o primeni normi ljudskih prava u vezi sa seksualnim opredeljenjem i rodnom identitetom. Principi su objavljeni 2007. od strane grupe eksperata iz oblasti ljudskih prava, trudeći se da promovišu međunarodne standarde o seksualnoj orijentaciji i rodnom identitetu. Ti Principi upuću ju na potrebu poštovanja širokog spektra standarda ljudskih prava na ljude drugačije seksualne orijentacije i rodnog identiteta. Džogdžakarta principi su dopunjeni sa Džogdžakarta principi plus 10 – usvojeni su od strane stru čnjaka/kinja nakon sastanka u Ženevi, Švajcarska,

se tiču seksualne orijentacije, rodnog identiteta, rodnog izražavanja i polnih karakteristika, jer se odnose na sve države članice Ujedinjenih nacija. Princip br. 3 UN Džogdžakarta principa podvlači samodefinisanu seksualnu orijentaciju i rodni identitet kao integralni deo ličnosti i jedan je od najosnovnijih suštinskih aspekata samoodređenja, dostojanstva i slobode. Princip 12 naslovljen „Pravo na rad“, glasi: Svako ima pravo na pristojan i produktivan rad, na pravične i zadovoljavajuće uslove rada i na zaštitu od nezaposlenosti, bez diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije ili rodnog identiteta. Princip 13 pod naslovom „Pravo na socijalno osiguranje i druge mere socijalne zaštite“, glasi: Svako ima pravo na socijalno osiguranje i druge mere socijalne zaštite, bez diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije ili rodnog identiteta.<sup>35</sup>

U presudama koje je doneo Evropski sud za ljudska prava u slučajevima po tužbama trans osoba uspostavljeni su, nesporno, principi bitni za dostojanstveniji socijalni i pravni status trans osoba (transseksualaca, transrodnih, transvestita), jer se baziraju na ekstenziji ljudskih prava u najširem interesu ovih osoba, što će dalje razvijati i podsticati donošenje propisa koji doprinose kreiranju humanijeg i tolerantnijeg (evropskog) prostora. Intencija suda je da jednak zakonodavni tretman po osnovu pola u pitanjima vezanim za zapošljavanje, jednaka plaćanja po osnovu rada i socijalnu zaštitu jeste primenjiv na transrodne osobe i *jednak tretman transrodnih osoba treba da se obezbedi u odnosu na novi, stečeni pol, a ne na pol dat na rođenju*. U presudi od 6. aprila 2017. godine Evropski sud za ljudska prava je *utvrdio da preduslov sterilizacije u pravnom priznanju rodnog identiteta predstavlja kršenje ljudskih prava*. Ova odluka je bila od istorijskog značaja (jer su zemlje koje i dalje koriste preduslov sterilizacije za zakonsko priznanje rodnog identiteta morale da promene svoje zakone), doneta je u tri spojena slučaja protiv Francuske (*A.P., E. Garson i S. Niko protiv Francuske*, stav 95 – 96) u vezi sa nepostojanjem

---

septembra 2017. Džogdžakarta principi plus 10 (YR+10) uklju čuju devet novih principa i 112 dodatnih obaveza država koje se tiču razvoja u međunarodnom pravu ljudskih prava i promena u društvu glede seksualne orijentacije, rodnog identiteta, rodnog izražavanja i polnih karakteristika (SOGIESC).

35 O obavezama država u smislu ovih i drugih principa videti: *Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, [Electronic version]. Retrieved 8. avgusta 2019, from <http://www.wluml.org/node/7296theYogyakartaprinciples>  
[http://www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_en.htm](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm)

prava na samoodređenje transrodnih osoba. *A. P., E. Garson i S. Niko*<sup>36</sup> pozvali su se na član 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima, odnosno na pravo na poštovanje privatnog života. *Sud je presudio da je uslovljavanje priznavanja rodnog identiteta transrodnih osoba podvrgavanjem zahvatu ili postupku sterilizacije (uslov sterilnosti) kojima se te osobe nisu želele podvrgnuti zapravo predstavljalo uslovljavanje potpunog ostvarivanja njihovog prava na poštovanje privatnog života* njihovim odricanjem od punog ostvarivanja njihovog prava na poštovanje njihovog telesnog integriteta kako je zaštićen ne samo članom 8, već i članom

3 Konvencije (stav 131), što je u suprotnosti s njihovim pravom na poštovanje njihovog privatnog života (stav 135).<sup>37</sup> U predmetu *Y. Y. protiv Turske sud je istakao slobodu odabira pola kao esencijalni izraz slobode i deo prava na samoodređenje*.<sup>38</sup> Evropski sud za ljudska prava takođe nalaže *obavezu državi da omogući kontinuitet tranzicije pravnim priznavanjem novostečenog pola i omogućavanje promene imena* (slučajevi *B. protiv Francuske, Gudvin protiv UK, Grant protiv UK, L. protiv Litvanije*),<sup>39</sup> treba se rukovoditi principom pravnog kontinuiteta identiteta, prava i dužnosti transpolne osobe, pre i posle njenog hormonalno-operativnog procesa prilagođavanja pola, kao i principom relevantnosti novostečenog pola transpolnih osoba. Ovim odredbama obezbeđuje se princip pravnog kontinuiteta lica koje je otklonilo nesklad između svog biološkog pola i rodnog identiteta i promenilo oznaku pola u ličnim dokumentima. Time se sva prava, nadasve socijalno-ekonomska

---

36 *A.P., Garçon and Nicot v. France - 79885/12, 52471/13 and 52596/13 Judgment 6. 4. 2017. [Section V]*

37 Preuzeto: Vodič kroz članak 8. Konvencije – Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života Evropski sud za ljudska prava 42/114.

38 U tom smislu i Parlamentarna skupština Veća Evrope pozvala je države članice da transeksualnim osobama zajamče prava na promenu podataka u ličnim dokumentima u odnosu na pol, bez prethodnog uslovljavanja takve promene podvrgavanjem sterilizaciji ili drugim medicinskim zahvatima kao što je promena pola ili hormonska terapija. Rezolucija Evropskog parlamenta od 14. februara 2019. o pravima interseks osoba (2018/2878(RSP)).

39 *Case of B. v. France (Application no. 13343/87) Judgment Strasbourg 25 March 1992.*

*Case of Kristin Gudvin (Christine Goodwine) v Ujedinjenog kraljevstva br. 38957/95, Presuda Strazbu r 11. jul 2002. [Electronic version]. Retrieved 10. avg ust 2019, from [https:// globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/ECtHR-2002-Goodwin-v-United-Kingdom-Serbian.pdf](https://globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/ECtHR-2002-Goodwin-v-United-Kingdom-Serbian.pdf)*

*Case of Grant v. the United Kingdom, (Application no. 32570/03), Judgment, Strasbourg, 23 May 2006, Final 23/08/2008.*

*Case of L. v. Lithuania, (Application no. 27527/03), Judgment, Strasbourg, 11 September 2007, Final 31/03/2008.*

prava – najspornija prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja, stiču shodno trenutnom stanju, a ne kako se izjašnjavalo sudstvo u nekim presudama, prava su se određivala u zavisnosti od većeg ili pretežnog dela života. Evropski sud za ljudska prava se u više navrata bavio u svojim presudama i drugim pitanjem iz domena socioekonomskih prava i donosio zaključke, navodimo neke: „Postoperativna transpolna žena polaže pravo na odlazak u penziju, nakon istih godina života i rada kao i ostale žene“ (*Grant v. The United Kingdom* (2006)). U slučajevima B. protiv Francuske, 25. marta 1992, a posebno u K. Gudvin protiv V. Britanije, Evropski sud za ljudska prava je našao da odbijanje države da pravno prizna završeno prilagođavanje pola, predstavlja kršenje odredaba člana 8 Evropske Konvencije o ljudskim pravima. Evropski sud pravde je u svojoj presudi tumačenjem Direktive Saveta 79/7/EEZ, doneo zaključak da postoperativnoj transpolnoj ženi bude dodeljena penzija u šezdesetog godini, ne u šezdeset petoj, kao muškarcima (Gajin, 2012: 80). Stav suda je da se od osobe *ne može zahtevati da poništi brak u koji je stupila ili stupio pre nego što je promenila/o pol, a kako bi stekla pravo na primanje penzije i da takva situacija predstavlja direktnu diskriminaciju na osnovu pola* osobe shodno Direktivi 79/7/EEZ – Jednako postupanje prema muškarcima i ženama u pitanjima socijalne sigurnosti. Odluke suda baziraju se na članu 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima (1950) kojim je proklamovano da svako ima pravo na poštovanje svog privatnog života. Privatni život nekog lica nesumnjivo uključuje, pored ostalog, i njegovu polnu pripadnost, polnu orijentaciju i polni život. Iz ove sfere – poštovanje privatnog života, proizilazi (mišljenja smo) najvažniji manifestacioni aspekt ovog prava, nesumnjivo najvažniji kada su transrodne osobe u pitanju, to je „pravo na određivanje pojedinosti ličnog identiteta i samoopredeljenje, te u tom smislu i pravo na prilagođavanje pola svom rodnom identitetu“.<sup>40</sup> U najkraćem, pravo na samodefinisanje i pravo na samoodređenje, kao neodvojiv segment autonomije ličnosti. Pojam „privatnog života“, u načelu, ne isključuje delatnosti profesionalne ili poslovne prirode (*Jankauskas v. Lithuania* (No. 2)).<sup>41</sup> Zapravo, privatni život obuhvata pravo pojedinca da uspostavlja i razvija odnose s drugim ljudima, uključujući odnose profesionalne ili poslovne prirode (slučaj *C. v. Belgium*; *Oleksandr Volkov v. Ukraine*<sup>42</sup>) [...]. Stoga, ograničenje pristupa profesiji utiče na „privatni život“.<sup>43</sup>

40 Iz obrazloženja odluke o ustavnoj žalbi podnosioca H, Broj: UŽ - 3238/2011, str. 10.

41 Case of *Jankauskas v. Lithuania*, br. 50446/09, 27. June 2017. Videti stav: 56–57.

42 Case of *C. v. Belgium*, No. 21794/93, 7. August 1996. Videti stav: 22–25.; Case of *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, No. 21722/11, 9. January 2013. Videti stav: 165.

43 *Sidabras and Džiautas v. Lithuania* - 55480/00 and 59330/00, Judgment 27. 7. 2004 [Section II]. Vidi stav 47;



### 3. Zaključak

Iako se transrodne osobe suočavaju s čestom diskriminacijom, uznemiravanjem i nasiljem od najranijih faza svog života, ne samo u našoj zemlji već i širom Evrope, u svim aspektima ostvarivanja ličnog stausa, upravo su administrativno-birokratske procedure ono što se izdvaja kao najveća prepreka u ostvarivanju prava. U Srbiji se tek postepeno formira svest o potrebi priznavanja transpolnim osobama njihovog novostečenog pola i novog imena radi pravnog kontinuiteta promena započetih hormonalno-operativnim putem (Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, 2012). Nesklad između položaja u društvu koje zauzima transrodna osoba i položaja koji mu nameće zakon ili koji odbija da prizna njegov promenjeni pol i da u skladu sa njim uredi svoj lični status, podstiče i strahove, osećaj otuđenosti, izolaciju, stres, suicid i dr. Zbog toga je od krucijalne važnosti usvajanje zakonskih rešenja koja štite prava transrodnih osoba u smislu garantovanja i sprovođenja jasne procedure i brze promene ličnih dokumenata. Dosadašnja neujednačena praksa po ovom pitanju je transrodne osobe ostavljala bez pravnog statusa u svim aspektima manifestacije ljudske ličnosti, uskraćujući im, između ostalog, i pravo na rad, direktno ili indirektno, usled dužine trajanja, kao i usled neadekvatnog tretmana od strane zaposlenih u nadležnim organima uprave (Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, 2012). Donedavno je trans populacija bila nevidljiva na domaćoj aktivističkoj sceni. Ne može se osporiti pomak, poslednjih godina, u nastojanju države da „olakša“ usklađivanje pravnog statusa transrodnih osoba sa faktičkim. U trenutku kada vlade različitih država širom sveta uvode i implementiraju potpunu depatologizaciju trans identiteta, a procese dobijanja odgovarajućih dokumenata ubrzavaju i pojednostavljaju, osnovano možemo postaviti pitanje adekvatnosti odredaba Zakona o matičnim knjigama i pratećeg Pravilnika. Nesporno da treba pohvaliti ukidanje genitalne operacije kao neophodan uslov za promenu ličnih dokumenata, ali i sa ovim rešenjem (sprovedena najmanje jednogodišnja hormonska terapija i nalaz i praćenje lekara specijaliste psihijatrije i lekara specijaliste endokrinologije) i dalje patologizuje i diskriminiše veliki broj osoba trans identiteta koje ne žele ili nisu u mogućnosti da se podvrgnu hormonskoj terapiji iz različitih razloga, uključujući i rizike od negativnog uticaja na njihovo zdravstveno stanje i sl. Takođe, ovim potezom se životi i onih trans osoba koje pristaju na ova dva koraka i dalje stavljaju „na čekanje“ dok ne završe procedure psihijatrijske procene i

---

Bigaeva v. Greece, no. 26713/05, 28 May 2009, stavovi 22–25. Biše u: Vodič kroz članak 8. Konvencije – Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, *op. cit.*

hormonskog tretmana, što znači da u tom periodu neće imati odgovarajuća lična dokumenta (*Geten*), odnosno ona koja odgovaraju njihovom rodnom identitetu i opisu, i neće moći neometeno da ostvare svoj lični status u skladu sa rodnim identitetom, odnosno, da ostvaruju prava iz radnog odnosa u skladu sa svojim rodnim identitetom, da zahtevaju zaštitu od zlostavljanja i seksualnog uzemiravanja – shodno samodefinisanom polu, da ostvare penziju pod uslovima shodno samodefinisanom polu, da se obrazuju, školuju, a tu su i druga prava – da putuju van granica zemlje, da služe kaznu zatvora u skladu sa polom, da se bave sportom shodno samodefinisanom polu itd. Položaj trans/transrodnih osoba je moguće urediti izmenama i dopunama većeg broja zakona (Zakona o matičnim knjigama, Porodičnog zakona, Zakona o penzijsko-invalidskom osiguranju, Zakona o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, Zakona o visokom obrazovanju, Zakona o radu i Pravilnika o radnoj knjižici itd). Međutim, predstavnici aktivističkih grupa smatraju da je to, ne samo duži put, već i skuplji, a uz to manje efikasan, jer ne doprinosi sistemskom rešenju problema, odnosno regulisanju svih značajnih pitanja za položaj transrodnih osoba. Neophodan je „krovni“, jedinstven zakon na nivou *lex specialis* – koji će transrodne osobe učiniti vidljivim i jednakim kroz njihove specifičnosti, dovesti do senzibilisanja društva.<sup>44</sup> „Ono što nam je nepoznato često izaziva strah i odbojnost, i te neke druge, drugačije od nas, teško da možemo da zamislimo kao ljude kao što smo i mi. Umesto da vidimo šta nam je sve zajedničko, fokusiramo se na tu jednu stvar koja nas razlikuje“ (*Geten*, Srbija).

## Literatura/References

Vodič kroz članak 8. Konvencije (2018). Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i prepiske. Savet Evrope: Evropski sud za ljudska prava.

Gajin, S. (2017). Model zakona o priznavanju pravnih posledica promene pola i utvrđivanja transeksualizma, *Prava trans osoba – od nepostojanja do stvaranja zakonskog okvira*. (str. 73–94). Beograd: Centar za unapređivanje pravnih studija. [Electronic version]. Retrieved 4. jul 2019, from <https://on-off.rs/wp-content/uploads/2017/07/model-zakona-o-trans-rodnim-osobama.pdf>

Gajin, S. (2012). *Ljudska prava (pravno-sistemski okvir)*. Drugo izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union.

---

44 Civilni sektor pripremio je dva nacrtu zakona: Model zakona o priznavanju pravnih posledica promene pola i u tvrdjanja transeksualizma 2012. godine i Model zakona o rodnom identitetu 2015. godine.

Gurmešević D. R. (2016). *Instrumenti u borbi protiv diskriminacije u pravnim sistemima zemalja Jugoistočne Evrope* (doktorska disertacija). Beograd: Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu.

Đurić, M. (2012). *Od nevidljivog do vidljivog T*. U: Gajin, S. (ur.), Model zakona o priznavanju pravnih posledica promene pola i utvrđivanja transeksualizma, *Prava trans osoba – od nepostojanja do stvaranja zakonskog okvira* (str. 19–26). Beograd: Centar za unapređivanje pravnih studija. [Electronic version]. Retrieved 26. jun 2019, from <https://on-off.rs/wp-content/uploads/2017/07/model-zakona-o-trans-rodnim-osobama.pdf>

*International Classification of Diseases (ICD) 11th Revision* (2018). [Electronic version]. Retrieved 1. avgusta 2019. from, <https://www.who.int/classifications/icd/en/>

*Izveštaj Evropske komisije o stanju ljudskih prava u Srbiji za 2018. godinu.*

[Electronic version]. Retrieved 5. avgust 2019, from <https://rs.usembassy.gov/sr/human-rights-practices-2018-sr/> <https://rs.usembassy.gov/sr/human-rights-practices-2018-sr/>

Mrščević, Z. (2017). *Transrodno lice pravde*. Beograd: Institut društvenih nauka.

Pavlović, S. (2012). *Analiza pravnog položaja transrodnih i transeksualnih osoba u Srbiji*. U: S. Gajin (ur.), Model zakona o priznavanju pravnih posledica promene pola i utvrđivanja transeksualizma, *Prava trans osoba – od nepostojanja do stvaranja zakonskog okvira* (str. 50–72). Beograd: Centar za unapređivanje pravnih studija. [Electronic version]. Retrieved 26. jun 2019, from <https://on-off.rs/wp-content/uploads/2017/07/model-zakona-o-trans-rodnim-osobama.pdf>

Perić, Kovačević, S. (2013). *Ljudska prava na radu u savremenom razvoju – prava ili privilegije* (str. 101–102). Beograd: *Časopis za teoriju i praksu radnog i socijalnog prava*, broj 1.

Statement of the Office of the UN High Commissioner for Human Rights to the International Conference on LGBT human rights, Montreal 26 July 2006. [Electronic version]. Retrieved 5. avgust 2019, from [www.unhcr.ch/hurricane/huric](http://www.unhcr.ch/hurricane/huric)

*Džogdžakarta principi*. (2007). *Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity*. (2007) UN Resolution on Sexual Orientation & Gender Identity. [Electronic version]. Retrieved 8. avgusta 2019, from <http://www.wluml.org/node/7296> the Yogyakarta principles [http://www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_en.htm](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm)

Opšta deklaracija o pravima čoveka iz 1948. godine, usvojena i proglašena rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 217 (III) 10. decembra 1948. godine

Rezolucija Evropskog parlamenta, usvojena 12. septembra 1989. godine. *Official Journal of the European Communities* No C 256/33-37 of 9.10.1989.

European Parliament resolution of 4 February 2014. on the EU Roadmap against homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity (2013/2183(INI)), *OJ C 93, 24.3.2017, p. 21–26.*

Resolution 2048/2015, „Discrimination against transgender people in Europe“ (*Doc. 13742*).

Rezolucija Evropskog parlamenta od 14. februara 2019. o pravima interseks osoba (2018/2878(RSP))

Case of *A.P., Garçon and Nicot v. France* - 79885/12, 52471/13 and 52596/13 Judgment 6.4.2017. [Section V]

Case of *B. v. France* (1987). (Application no. 13343/87) Judgment Strasbourg 25 March 1992.

Case of *Grant v. the United Kingdom*, (*Application no. 32570/03*), *Judgment, Strasbourg, 23 May 2006, Final 23/08/2008.*

Case of *Kristin Gudvin (Christine Goodwine) v Ujedinjenog kraljevstva* br. 38957/95, Presuda Strazbur 11. jul 2002.

Case of *L. v. Lithuania* (2003). (*Application no. 27527/03*), *Judgment, Strasbourg, 11 September 2007, Final 31/03/2008.*

Krivični zakonik. *Službeni glasnik RS*. Br. 85 (2005), 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35 (2019)

Zakon o matičnim knjigama. *Službeni glasnik RS*. Br. 20 (2009), br. 145 (2014) i br. 47 (2018)

Zakon o radu. *Službeni glasnik RS*. Br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

Zakon o zabrani diskriminacije. *Službeni glasnik RS*. Br. 22 (2009)

Odluka Ustavnog suda Broj: UŽ - 3238/2011. od 8. marta 2012. godine, *Službeni glasnik RS*. Br. 25 (2012)

Pravilnik o načinu izdavanja i obrascu potvrde nadležne zdravstvene ustanove o promeni pola. *Službeni glasnik RS*. Br. 103 (2018)

*Pol i rod nisu isto. Zašto?* [Electronic version]. Retrieved 8. jun 2019, <http://psihologika.rs/rod-i-pol-nisu-isto-zasto/>

*Položaj osoba drugačijeg rodnog identiteta u pravosudnom sistemu Republike Srbije* (2014). [Electronic version]. Retrieved 4. jul 2019, from <http://ipf.rs/polozaj-osoba-drugacijeg-rodnog-identiteta-u-pravosudnom-sistemu-republike-srbije/>

*Status i položaj trans\* osoba u Srbiji.* [Electronic version]. Retrieved 5. jul 2019, from

[https://transserbia.org/images/2015/dokumenti/Trans osobe u Srbiji – analiza položaja i predlog pravnog rešenja.pdf](https://transserbia.org/images/2015/dokumenti/Trans%20osobe%20u%20Srbiji%20-%20analiza%20polo%C5%BEaja%20i%20predlog%20pravnog%20re%C5%A1enja.pdf)

*What Is Gender Dysphoria?* – American Psychiatric Association. [Electronic version]. Retrieved 3. avgust 2019, from <https://psychiatry.org/patients-families/gender-dysphoria/what-is-gender-dysphoria>

**Slobodanka Kovačević – Perić, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Priština,

(with a temporary seat in Kosovska Mitrovica)

## **THE CONSEQUENCES OF TRANSGENDER IDENTITY IN LABOUR LAW**

### **Summary**

*In this paper, the author examines the position of transgender people, i.e. individuals of different gender identity, through the prism of exercising and protecting the fundamental human rights in the field of labour rights and the rights arising from employment. The author's starting point is that most modern societies are organized on the basis of a generally accepted binary concept of gender, which implies that the gender of all individuals is rigidly (strictly) determined according to the male/female dichotomy, due to fear of stigmatization and in order to avoid departing from commonly accepted social and moral norms. A certain number of people experience difficulties in identifying with the sex assigned at birth, thus encountering a problem of the internal sense of gender that differs from their own sex. Such individuals are described as transgender people.*

*The issues pertaining to transgender people should be approached in terms of protecting the fundamental human rights, which is also the standpoint of the European Court of Human Rights. The Court requires from states to ensure the continuity of their transition by providing legal recognition of the newly acquired gender and allowing a legal change of name. The guiding principles should be the legal continuity of the identity, rights and obligations of a transgender person both prior to and following a hormonal-surgery procedure of gender reassignment, as well as the relevance of a newly acquired gender of transgender individuals. The first step in this process is allowing transgender individuals to obtain personal identity documents consistent with their gender identity since these documents play a key role in exercising the basic human rights, such as: the right to education, the right to health and health care, the right to work, the right to pension (in accordance with gender identity), the right to housing, and a number of other rights consequently causing problems especially in relation to social services staff, police, border authorities, registry offices (e.g. issuing personal documents, employment records), military authorities, etc. According to almost all reports on human rights in Serbia, both from the country and abroad, transgender people fall into one of the most vulnerable groups in society. An estimated number of transgender people in Serbia is between twenty thousand and twenty-five thousand.*

**Keywords:** *gender identity, transgender, change of name, the right to work, the right to pension.*

**Dr. Savina Ivanova Mihaylova-Goleminova,\***  
Senior Assistant Professor,  
Faculty of Law, Sofia University "St.Kliment Ohridski",  
Sofia, Republic of Bulgaria

originalni naučni rad  
10.5937/zrpfno-23387

UDK: 336.225.61:341.24  
336.227.8(4-672EU:497.2)  
Rad primljen: 30.09.2019.  
Rad prihvaćen: 17.11.2019.

## **INTERNATIONAL INITIATIVES IN THE FIELD OF TAXATION AND EUROPEAN LAW**

**Abstract:** Several different initiatives have been developed and implemented in the course of the last few years which modify the elements of familiar taxation systems and principles. They are provoked by business globalization, the common European market and trends in the business environment. The present article aims to provide an overview of the G20/OECD's Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project, the second major post-financial crisis effort at global cooperation relating to taxation. Another prominent initiative is the global automatic information exchange system, created mainly for the needs of the USA (Foreign Account Tax Compliance Act, i.e. FATCA), as well as the Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters. The article also discusses current measures of the OECD and the European Union and their transposition in the Bulgarian national legislation.

**Keywords:** BEPS, MLI, taxation.

### **1. Introduction**

The last few years have seen the development and implementation of various initiatives which are changing the elements of well-known taxation systems and principles, driven by business globalization, the common European market and business environment trends, and not least, by digital economy (Petruzzi, Buriak, 2017). These challenges should naturally be addressed by law in its role of social regulator in the respective country, in our case – the Republic of Bulgaria. Bulgaria is not an OECD member but actively cooperates with the organisation, especially after the changes of 1989 (the result of political and economic shifts in the country) and participates in the sessions of the organi-

---

\* mihajlova@uni-sofia.bg

sation's special bodies. A significant portion of the treaties for the avoidance of **double taxation** concluded by Bulgaria follow the OECD Model Tax Convention. On 30 July 1963, the Council of the OECD adopted a recommendation concerning the avoidance of double taxation and called on the governments of the member countries, when concluding or revising bilateral conventions, to conform to a 'model convention for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and capital' that had been drawn up by the OECD Fiscal Committee and was annexed to that recommendation ('the OECD Model Tax Convention'). That model tax convention is re-examined and amended regularly. It is the subject of commentaries approved by the OECD Council.

The EU membership of Bulgaria must be highlighted as one of the most significant achievements in the country's development following the changes and transformations after 1989. Given that the EU is a G20 member, the initiatives of the latter reach national legislation via EU *acquis*. The country's EU membership has a significant economic impact and social dimensions; when analysing its effect on national tax legislation, we need to underline the process of tax harmonization within the EU, whereby in building their taxation systems, the different states are required to comply with the principles of *acquis*. Bulgaria takes part in the OECD initiatives in the field of taxation and administrative cooperation. The country has also signed and ratified the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters (ratification act adopted by the National Assembly and promulgated in State Gazette No 14/2016) and the Multilateral Competent Authority Agreement for the Automatic Exchange of Financial Account Information (ratification act adopted by the National Assembly and promulgated in State Gazette No 14/2016), in force as of 01.07.2016. In 2015, Bulgaria joined the OECD's Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes. This will allow the country to receive information – both automatically and on request – from a large number of jurisdictions across the world. In 2016, Bulgaria joined the Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), by means of Resolution No 23 of 8.06.2016 of the Council of Ministers. This step provides an opportunity for the country to participate in activities related to the implementation of standards in the field of tax conventions and transfer pricing, as well as in monitoring the implementation of the four minimum standards and other elements of the BEPS package. By joining the Inclusive Framework, Bulgaria has undertaken to introduce the minimum standards countering base erosion and profit shifting, i.e. to introduce EU legislation into national tax legislation. In this respect, the Ministry of Finance has prepared a draft amending and supplementing the Tax and Social Security Procedure Code (TSSPC) which introduces the legal framework for country-by-country reporting. The draft also lays the legal grounds for the creation of a framework



of by-laws to regulate spontaneous exchange of tax rulings in accordance with OECD rules. The draft was adopted by the Council of Ministers by means of Resolution No 876 of 18.10.2016 and was submitted to the National Assembly for review. The proposed amendments introduce two directives amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation (Directive (EU) 2015/2376 of the Council of 8.12.2015, and Directive (EU) 2016/881 of the Council of 25.05.2016), as well as rules linking the provisions of international conventions to which the Republic of Bulgaria is a party (including the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters) with proceedings under the TSSPC.

## 2. Current trends

An important initiative, as mentioned above, is the G20/OECD project against base erosion and profit shifting (BEPS)<sup>1</sup>. The Inclusive Framework on BEPS was created by the OECD at the request of G20 leaders with view of fast and efficient project implementation<sup>2</sup>. Bulgaria participated in the first meeting of Inclusive Framework member countries held between 30 June and 1 July 2016 in Kyoto, Japan<sup>3</sup>. The project proposes measures at global and European level in the field of direct taxation<sup>4</sup>. The project is the second attempt at global cooperation in the field of taxation after the financial crisis. The first project, which was predominantly intergovernmental, concerned transparency<sup>5</sup>. The new project covers 15 measures.

The Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes is the continuation of a forum created in 2000, in the context of the OECD's work to address the risks to tax compliance posed by non-cooperative jurisdictions. The Global Forum was restructured in September 2009 in response to the G20 call to strengthen implementation of these standards and is the premier international body for ensuring the implementation of the internationally agreed standards of transparency and exchange of information in the tax area. As of May 2017, members of the Forum are 140 jurisdictions. The Republic of Bulgaria joined the Forum in October 2015. The Forum assesses jurisdictions for imple-

---

1 See: <http://www.oecd.org/tax/beps/>.

2 See KPMG surveys on how the measures are implemented in key countries: <http://bit.ly/OECD-BEPS>, retrieved 10.03.2019; respectively at global level – current BEPS developments at global level: <http://bit.ly/TaxNewsFlash-BEPS>. Retrieved 10.03.2019.

3 See: <http://bit.ly/G20-Chengdu>. Retrieved 11.06.2018.

4 For more information on the BEPS project visit: <http://www.ifa-conference.com/>. Retrieved 11.06.2018.

5 See the OECD report at: <http://bit.ly/tax-transperancy-2017>.

mentation of the standard of exchange of information on request, contained in Article 26 (Exchange of Information) of the OECD Model Convention.

As for the Convention on Mutual Assistance in Tax Matters, it was developed jointly by the OECD and the Council of Europe in 1988, and amended through Protocol in 2010. The Convention is the most comprehensive multilateral instrument available for all forms of tax co-operation to tackle tax evasion and avoidance. It was signed by the Republic of Bulgaria on 26.10.2015 and ratified by means of an act of law<sup>6</sup>. On this basis, the National Revenue Agency will be able to obtain tax information from almost all jurisdictions applying preferential tax regimes, as well as from many other countries with which Bulgaria has not concluded double taxation agreements or another form of information exchange agreement. The main features of the Convention are as follows: multilateral; wide scope allowing extensive cooperation on all taxes; uniform application; flexible, with reservation possible on certain issues.

Another such initiative is the global system for automatic information exchange, mainly for the purposes of the USA (Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA), respectively the multilateral convention on administrative assistance. This includes the standard for automatic exchange of tax and bank information (Common Reporting Standard – CRS). The CRS is the new global standard on automatic exchange of financial information. It was developed at the G20 request and approved by the OECD Council on 15.07.2014, and it is based on Model 1 FATCA. Its role is to allow jurisdictions to collect detailed account information from their financial institutions and share this information with other jurisdictions automatically on an annual basis.

How are BEPS measures and other initiatives translated into EU *acquis*? With regards to the conceptual framework, from a theoretical point of view and with view of developing international tax coordination in the context of the BEPS project, we need to clarify the terms tax evasion, tax avoidance and aggressive tax planning. From a theoretical perspective, the developments regarding international tax coordination within the framework of the BEPS project have proved that states are now determined to going beyond simply countering tax evasion and tax avoidance to actually responding to aggressive tax planning. Professor Pistone differentiates between these two fundamental notions: “The difference between tax evasion and avoidance is generally clear. While tax evasion is an open violation of tax law (which can evolve into its more serious form, generally called tax fraud, in the presence of manoeuvres aimed at hiding

---

6 Prom. SG issue 14 / 19.02.2016 Convention on Mutual Administrative Assistance on Tax Matters, amended by Protocol effective 1.06.2011 (ratified by an act of law adopted by the 43<sup>rd</sup> National Assembly on 5.02.2016 – SG 14 / 2016, effective 1.07.2016). <http://bit.ly/KVASD>.

The violation), tax avoidance arises in connection with the exploitation of the friction between form and substance for the purpose of circumventing the scope of a tax provision. Aggressive tax planning consists of the exploitation of cross-border tax disparities to the advantage of taxpayers, which shift profits out of the country of value creation, often towards low-tax jurisdictions by making use of loopholes and technicalities in the international tax rules and mismatches between the different tax systems. Anti-avoidance rules are often scarcely effective to counter this phenomenon, especially since aggressive tax planning achieves an undue tax advantage across two different tax jurisdictions. Until the BEPS project, a prohibition of aggressive tax planning could not be found in the national tax systems or under European Union law. The dramatic change connected with the BEPS project has strengthened international tax coordination with a view to also countering aggressive tax planning. In the presence of structural similarities to the other phenomena (i.e. fraudulent and abusive practices) that are not eligible for the protection of EU law, coordination in the exercise of tax sovereignty in order to counter aggressive tax planning leads us to conclude that this phenomenon should be treated similarly.“ (Lang, Pistone, Schuch, Staringer, 2018: 53–54).

Which are the applicable directives in the field? These are:

- Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market (Anti-Tax Avoidance Directive – ATAD 1<sup>7</sup>, and Council Directive (EU) 2017/952 of 29 May 2017 amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries – ATAD 2<sup>8</sup>;
- Council Directive (EU) 2018/822 of 25 May 2018 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements<sup>9</sup> (Administrative cooperation);

---

7 OJ L 193, 19.7.2016, p. 1–14. The Directive was adopted in the context of BEPS measures implementation. The Directive contains five measures aimed against tax avoidance, which member states are required to transpose and include in their national legislation: the interest limitation rule; the exit tax rule; the general anti-avoidance rule (GA AR), the CFC rules and the anti-hybrid rule. Member states are required to apply these measures into national legislation as of 1.01.2019

8 OJ L 144, 7.6.2017, p. 1–11

9 OJ L 139, 5.6.2018, p. 1–13

- the European Arbitration Convention)<sup>10</sup> and Council Directive (EU) 2017/1852 of 10 October 2017 on tax dispute resolution mechanisms in the European Union – Arbitration Directive<sup>11,12</sup>.

As for the rules on controlled foreign corporations or CFC, these have been known for some time and are used by many countries as a means to limit the artificial deferral of tax on taxable income by using offshore companies with low or no imposition of tax. Often such deferral is unlimited in time, due to which the practice is regarded an unacceptable form of aggressive tax planning. This is one of the reasons for CFC rules to be included in Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016, laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, also known as the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD). Although this concept is new and unfamiliar for Bulgaria, many countries, such as the USA (since 1962), the United Kingdom, Germany, Japan, Australia, New Zealand, Russia, Sweden, etc., have adopted and effectively apply CFC rules.

On 01.11.2018 the National Assembly, on second reading, adopted an Act amending and supplementing the Corporate Income Tax Act, in which Directive (EU) 2016/1164 is partially transposed.

The BEPS project will set in motion significant reforms in the field of double taxation agreements. Project implementation will have worldwide consequences, affecting more than 2,000 tax treaties. The multilateral instrument (MLI) - the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting – is an extension of BEPS Measure 15. Many of the measures envisaged in the project are impossible to apply without changes to existing treaties, but their renegotiation would be a long and arduous process.

---

10 Bulgaria and Romania have also joined the Convention (2008/492/EO: Council Decision of 23 June 2008 concerning the accession of Bulgaria and Romania to the Convention of 23 July 1990 on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises, OJ L 174, 3.7.2008, p. 1–5 ). The Convention's scope is limited to transfer pricing disputes. It continues to have effect regardless of adoption of the Directive. Further information on the Convention can be found on the Council of the EU website: <https://www.consilium.europa.eu/bg/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=1990093>. Retrieved 2.02.2019.

11 The Ministry of Finance has promulgated a new draft amending the TSSPC. The draft introduces the requirements of Council Directive (EU) 2017/1852 of 10 October 2017 on tax dispute resolution mechanisms in the European Union. The main purpose of the Directive, respectively the draft, is to improve existing resolution mechanisms for disputes arising from EU member states with regards to the interpretation and application of DTA's and Convention

90/436/ EEC on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises (the EC Arbitration Convention).

12 OJ L 265, 14.10.2017, p. 1–14.

The MLI was developed by a special group with 99 participating countries and jurisdictions, including observers. Negotiations took place between November 2015 and November 2016, when the final version of the text was approved. The Republic of Bulgaria was among the 69 jurisdictions which signed the Multilateral Convention on 7 June 2017. The Convention contains provisions on which Member States cannot make reservations, the so-called minimum standard, and is open for signature by all countries.

It must be noted that, over the last few years, transfer pricing has been the focus of international and Bulgarian tax community. Transfer pricing is part of the issue of information exchange at different levels and dimensions, and remains a source of significant controversy in the field of international taxation of multinational undertakings. Due to its profound impact, tax experts and tax jurisdictions need to find their way around in the topic which is covered by a labyrinth of literature. Several international organisations are active in the field: the OECD, the UN, the EU, the World Customs Organisation, the World Bank, the International Monetary Fund, and others.

Topics of significance for the tax environment will be increasingly discussed in Bulgaria, such as: transfer pricing methods; traditional transaction methods; transactional profit methods; administrative approaches to avoiding and resolving transfer pricing disputes; transfer pricing documentation: master file, local file and country-by-country reports. A recent resolution of the Supreme Administrative Court<sup>13</sup> has attracted attention. The resolution analyses and compares the Guidelines issued by the OECD and the NR A's Transfer Pricing Manual to Define Market Prices between Related Parties with view of proper implementation of Article 16, para. 1 CITA and the establishment of 'market prices'. Bulgaria is a member of the European Transfer Pricing Forum. In October 2018, the Joint Transfer Pricing Forum agreed to report on a coordinated approach to transfer pricing controls within the EU. The report establishes best practices by issuing various recommendations for both taxpayers and tax administrations, and encourages closer cooperation in the field of transfer pricing controls<sup>14</sup>. The report's motto is 'Think international – Act international – Audit international'.

---

13 Resolution No 13993 / 14.11.2018 under administrative case No 5744/2018, 1<sup>st</sup> Division, Supreme Administrative Court.

14 Information on the report is available on the website of the Joint Transfer Pricing Forum, which supports and advises the European Commission on tax issues related to transfer pricing: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/company-tax/transfer-pricing-eu-context/joint-transfer-pricing-forum\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/transfer-pricing-eu-context/joint-transfer-pricing-forum_en), retrieved 6.03.2019.

The report notes that multinational enterprises<sup>15</sup> primarily engage in cross-border activities and invest internationally while the competences of national tax jurisdictions remain limited to the national territory as a matter of principle.<sup>16</sup> To face up to the challenges of globalisation and address the business models that have been developed to match the new economic realities, tax administrations need to strengthen their cooperation and be open to experiment with new forms of collaboration that deepen the exchange of information. In this context, a coordinated approach to transfer pricing controls would contribute to a better functioning of the internal market on two fronts: it would offer tax administrations a transparent and efficient tool to facilitate the allocation of taxing rights and also prevent the occurrence of double taxation.

As already mentioned, the EU legal order contains a framework that provides Members States' tax administrations with the tools for cross-border/administrative cooperation. It is important to use all available tools for administrative cooperation in the best possible way, including bi- and multilateral transfer pricing controls and to consider their improvement where necessary. In the Report on Transfer Pricing Risk Management of the Joint Transfer Pricing Forum, it is recommended to take simultaneous controls or joint audits into consideration in appropriate cases while it is recognized that, especially at the beginning of this practice, the capacity and experience of one or both tax administrations involved may be limited. The near future will see an increase in such audits and controls.

With regards to transfer pricing and the BEPS project, the measures covering aspects of this issue are Measures 1, 2, 4, 6 and 13. We must note that legal regulation of transfer pricing in Bulgarian legislation is based on the arm's length principle.

On 31 July 2019, the National Assembly, on a second reading, adopted a draft act amending and supplementing the Tax and Social Security Procedure Code.<sup>17</sup>

15 § 1, item 35 of the Additional Provisions of TSSCP: "Multinational Enterprise Group" (MNE Group) within the meaning of Part Two, Chapter Sixteen, Section VI is a group which: a) includes two or more undertakings resident for tax purposes of different Member States or other jurisdictions, or b) includes an undertaking which is a resident for tax purposes of a Member State or another jurisdiction but is subject to taxation in respect of economic activities carried out through a permanent establishment in another Member State or jurisdiction.

16 National tax legislation generally provides a legal definition of the geographic territory on which the Republic of Bulgaria exercises its state sovereignty. For example, §1 of the Additional Provisions of CITA: „Bulgaria” or “the country” shall mean the Republic of Bulgaria, and, when used in the geographic sense, shall include the territory in which the Republic of Bulgaria exercises its State sovereignty, as well as the continental shelf and the exclusive economic area within which the Republic of Bulgaria exercises sovereign rights in accordance with international law“.

17 Amended and supplemented, SG No 64 of 13 August 2019.

The draft introduces the EU Directive on enhancing the mutual agreement procedure as a mechanism for international tax disputes resolution. The introduction of mandatory transfer pricing documentation in Bulgaria is also approved, with view of the requirement for improving tax legislation in this field<sup>18</sup>. The rules on preparation of transfer pricing documentation will apply to transactions effected after 1 January 2020. The motives of the draft indicate as follows (item 2, pp. 2–5 „Introduction of transfer pricing documentation“): “The Draft proposes rules on the preparation of transfer pricing documentation, given the need to improve tax legislation in this respect. The proposals aim to limit opportunities for tax evasion and tax avoidance, and, on the other hand, to bring national rules in conformity with international trends and new developments in international tax standards. The new rules will create a more favourable business environment, encouraging investments and fostering development by increasing legal certainty for economic operators and reducing administrative and court disputes between businesses and the revenue administration. In the last few years transfer pricing has become a main priority for countries across the world in an increasingly global market economy. Currently around 60% of global trade in goods and services is carried out within multinational groups. As a result of this concentration of activity in multinational groups, a small deviation in transaction prices may pose a serious threat to the national tax base. From this point of view the fair tax base allocation between the different jurisdictions in which the subdivisions of those groups functions is becoming a key issue. Transfer pricing is one of the main issues of the BEPS Project, with the report under Measure 13 “Transfer Pricing Documentation and Country- by-Country Reporting” being dedicated to the documentation which taxpayers must prepare for the purpose of tax control and risk assessment. In June 2016 the Republic of Bulgaria joined the OECD Inclusive Framework with more than 100 participating countries and jurisdictions. This step marks the country’s commitment to pursue BEPS objectives and to implement project measures. The proposed amendments aim to create rules on the basis of which taxpayers will evidence the market nature of their commercial and financial relations with related parties. The arm’s length principle has been elevated to an international standard for corporate taxation which has also been adopted by Bulgarian tax legislation...”

Given these changes in legislation, the topic of transfer pricing will attract increasing interest and will require further analysis. The topic has acquired even greater significance with view of the issues of information exchange between national revenue administrations. From a more practical point of view, the topic

---

18 Public debates were completed on 5.12.2018, accessible at <http://www.strategy.bg/PublicConsultations/View.aspx?lang=bg-BG&Id=3855>, retrieved 2.02.2019.

of information exchange must also be highlighted in connection with International Agreements and Frameworks. Within the BEPS context, we need to consider BEPS Action 5 – Exchange of Information on Tax Rulings and BEPS Actions 8-13 – Country-by-Country Reporting (CBCR). The rest of the Framework covers the FATCA, the Common Reporting Standard (CRS), the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters (CMA ATM), the EU based initiatives, Bilateral and Multilateral Tax Information Exchange Agreements (TIEAs).

Currently, the topics related to Joint and Simultaneous Tax Audits, Reporting of Beneficial Ownership Information/Beneficial Ownership Registries, and Financial Reporting Obligations assumed under the context of Tax Crime Investigation are hot and trendy.

### **3. In lieu of conclusion**

Recently, the issue of interaction between and hierarchy of rules of national law, international law and EU law has become somewhat of a challenge, increasingly significant in the field of taxation and in the context of international initiatives in the field of taxation, European law and the constitutional identity of member states. A main feature of EU tax provisions is that the Council reaches unanimous decisions on the basis of proposals by the Commission, following consultation of Parliament. The provisions adopted in the field of taxation include directives for approximation of national regulations and Council decisions. This is due to the fact that taxation is essential to the functioning of our society and a key instrument of public policy at all levels of governance, being the primary source of revenue for governments, and is central to securing an efficient and stable economy in a fair and inclusive society, as the European Commission notes. This is why measures aimed at coordination, approximation or harmonisation of national legislations in the field of taxation are an important tool for policy at the EU level, within the bounds set by the Treaties and in line with the principle of subsidiarity. It appears, however, that taxation is the last EU policy area where decision-making exclusively relies on unanimity. Will this last bastion be seized? This will soon become evident. Convinced that preserving unanimity for all decisions in the field of taxation would hinder the achievement of the level of tax coordination required by Europe, the European Commission presented proposals for moving from unanimity to qualified majority voting on certain tax matters. This proposal was not greeted with enthusiasm by member states, for a variety of reasons.<sup>19</sup> How will the issue unfold? We have yet to find out!

<sup>19</sup> Regarding EC initiatives see Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Commission Work Programme 2019 “Delivering what we promised and preparing for the future”, accessible at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/>



## References

- Douma, S. (2017) BEPS and European Union Law. Cahiers de droit fiscal international, Vol. 102a, (pp. 65–95) Sdu: The Hague,
- Hongler P., Pistone, P. (2015) Blueprints for a new PE Nexus to tax business income in the era of the digital economy, IBFD Working paper.
- Jochum, H., Essers, P. Lang, M. Winkeljohan, N. Wiman. B. (2016) Practical Problems in European and International Tax Law. International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD)
- Lang (ed.) (2013) Introduction to the Law of Double Taxation Conventions. Vienna: Linde.
- Lang, M., Cottani, G., Petruzzi, R., Storck, A. (2019) Fundamentals of Transfer Pricing: A Practical Guide. Kluwer Law International.
- Lang, M., Pistone, P., Rust, A., Schuch, J., Staringer, S. (2016) Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). Vienna: Linde.
- Malherbe, J. (2018). A New Tax Treaty for a New World: The Multilateral Convention to implement tax treaty-related measures to prevent base erosion and profit shifting. In: Mihaylova-Goleminova, S. Challenges Facing Member States and Candidate Countries of the European Union in the Field of Taxation (pp. 221–263). Sofia: Ciela
- OECD, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD Publishing, Paris
- Petruzzi, R., Buriak, S. (2017) Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy: A possible Answer from a proper Application of the Transfer Pricing Rules? Conference paper presented at the third meeting on Digital Tax Transformation in the multistakeholder series, 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> December 2017, Vienna University of Economics and Business.
- Pistone, P. (2017) The Meaning of Tax avoidance and Aggressive Tax Planning in European Union Tax Law: Some thoughts in connection with the reaction to such practices by the European Union. In: Dourado, A. P. (ed.), Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context (p. 73). Amsterdam: IBFD

---

TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0800, retrieved 02.02.2019; „Taxation – More Efficient EU Law-Making Procedures, accessible at: [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-6590013\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-6590013_en), retrieved 15.02.2019; Communication to the EC “Towards a more efficient and democratic decision making in EU tax policy”, accessible at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0008&from=EN>, retrieved 15.02.2019.

Stork, A., R. Petruzzi, (2016) Permanent Establishments: Proposals Related to Agency Permanent Establishments – Article 5(5) and (6) of the OECD Model Convention. In: Lang, M., P. Pistone, A. Rust, J. Schuch, S. Staringer. Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). Vienna: Linde (pp. 83–106).

Antonov, I. (2018). Кратък преглед на новите правила за контролирани чуждестранни дружества и защо те няма да prorabotят в България., Данъци TITA, София, България, available at: [tita.bg/free/tazes/602](http://tita.bg/free/tazes/602)

**Dr Savina Ivanova Mihajlova-Goleminova,**  
Viši docent Pravnog fakulteta,  
Univerzitet "Sv. Kliment Ohridski", Sofija, Republika Bugarska

## **MEĐUNARODNE INICIJATIVE U OBLASTI OPOREZIVANJA I EVROPSKOG PRAVA**

### **Rezime**

*Tokom proteklih nekoliko godina razvijeno je i implementirano nekoliko različitih inicijativa koje su dovele do modifikacije elemenata poznatih poreskih sistema i principa, kao rezultat globalizacije poslovanja, zajedničkog evropskog tržišta i trendova u poslovnom okruženju. Ovaj članak ima za cilj da prikaže G20/OECD Projekat o eroziciji poreske osnovice i prebacivanju profita (BEPS) koji, nakon finansijske krize, predstavlja drugi veliki pokušaj uspostavljanja globalne saradnje u oblasti oporezivanja. Još jedna inicijativa takve vrste je globalni automatski sistem za razmenu informacija, koji je prvenstveno namenjen potrebama SAD-a (Zakon o oporezivanju sredstava na računima američkih državljana u inostranstvu, FATCA), kao i Multilateralna konvencija o uzajamnoj administrativnoj saradnji u poreskim stvarima (MIL). U tom smislu će se predstaviti aktuelne mere Organizacije za evropsku saradnju i razvoj (OECD) i Evropske unije, i njihovo transponovanje u bugarsko nacionalno zakonodavstvo.*

**Ključne reči:** BEPS, MLI, oporezivanje.

**Prof. Robert Grzeszczak\*, LL.D.**  
Full Professor, Department of European Law,  
Faculty of Law and Administration,  
University of Warsaw, Poland

**Tomasz Klemt\*, MA**  
PhD student, Department of European Law,  
Faculty of Law and Administration,  
University of Warsaw, Poland

pregledni naučni rad  
10.5937/zrpfno-22995

UDK: 340.134(4-672EU)  
368(4)

Rad primljen: 04.09.2019.  
Rad prihvaćen: 09.01.2020.

## ***GOOD REGULATION AND THE PRINCIPLE OF ECONOMIC FREEDOM IN THE CASE OF EUROPEAN INSURANCE LAW***

**Abstract:** *The authors put forward the thesis that the European regulator's activity can be assessed in the context of the criteria of good regulation (in each of their dimensions). This is due in particular to the form and content of the legislative process in the European Union. They analyze the Directive (EU) 2016/97 (hereinafter: 'the Insurance Distribution Directive' or 'IDD') in the context of its quality per se, the legislative process and the intended objective of preventing misselling, while assessing its impact on economic freedom. The first objective of the paper is to discuss the hypothesis that 21st century is the time of transition from government to governance, which is connected with the postulate of the necessity of good governance in the European Union (hereinafter: 'EU') and in the Member States. The second objective of this paper is to discuss the analytical issues related with the very concept of good regulation in the EU and its impact on economic freedom. The next objective of this paper is to evaluate the selected legal act (IDD) in terms of criteria of Better Regulation for Better Results to show the practice dimension of European Insurance Law regulation.*

**Keywords:** *European Insurance Law, good regulation, legislation, economic freedom.*

\* r.grzeszczak@wpia.uw.edu.pl

\* t.klemt@wpia.uw.edu.pl

## 1. Introduction

The European Union is, and probably will remain for many years, in the process of determining its own legal and political standards. It is still an open question whether the standards will be copied from the familiar solutions of its member states, from the international institutions, or whether new and specific standards of defining structures of the EU will be created. Even though the EU has already introduced some novel solutions borrowed from its member states (e.g. the Ombudsman institution, or the 'freedom of information') or some copied from international law (e.g. the list of human rights from the European Convention of Human Rights), in the course of its further development, the EU will have to define a number of institutions characteristic for its unique institutional structure. This process is called 'standard-setting' and an example of this process is the concept of good governance and better regulation as well, which has been shaped by the EU institutions (Grzeszczak, 2015: 385).

As the EU produced measurable economic benefits, the initial political motivation behind integration was replaced by a mainly economic one. Still, the development of the Single Market led to the initiation of a formal political integration (based on treaties) and the establishment of the European Union. In consequence, the EU has developed its own *modus operandi* that is still pursued. It concerns, for instance, the manner in which political decisions regarding European integration are negotiated and implemented in the member states. This 'EU style' of decision-making has not been laid down in any official documents and does not follow directly from the treaties establishing the EU. The *modus operandi* of European integration is also based on the overlapping and conflicting powers of the EU and the member states, and the limited decision-making autonomy at both the EU and state level (Scharpf, 1994: 122). The member states or, specifically, their governments have adopted a new supranational EU legal order and surrendered the exercise of some of their powers, as the national governments themselves actively participate in the European governance within this new legal order (Grzeszczak, 2015: 386).

Therefore, there is a call for a considerable (far-reaching) change as to how the European Union (as well as its Member States) is governed, which has been reflected in the good governance concept. The elements of good governance can be identified in the actions taken by the European as well as national authorities, for instance in the initiatives aimed at European Insurance Law, bringing Europe closer to its citizens (and strengthening customer protection), improving the legislative environment ('Better Regulation scheme'), improving the functioning of justice systems in order to promote the internal and external security of the EU, establishing the principles of a modern approach towards the financing of

public authorities, reducing the risk of the disintegration of the internal market, as well as promoting the principles of democratic governance based on the good governance concept, also in third countries, especially the ones located on the borders of the internal market of the EU (Grzeszczak, 2016: 12).

## **2. Good regulation through Better Regulation for Better Results**

In this paper, we present an overview of good governance through Better Regulation, which is strictly connected with improving the legislative environment. There is a direct link between: good governance, better regulation and the proportionality principle. The good governance principles, which are conceptualized by the European Commission's (hereinafter: 'EC' or 'Commission') Better Regulation agenda, should be broadly recognized not only by the EC's internal staff but also by other institutions and Member States. On the EU-level, the well-performed decision-making process is crucial to provide good governance through the examination of legislative competences by EU institutions. The form most plausible to deliver it is an impact assessment described in detail by the Better Regulation instruments.

Good regulation is understood and assessed in very different ways. This is certainly a multidimensional category in which various criteria, accents and approaches can be interwoven, depending on the type of regulation and expectations of stakeholders (the regulator, regulated entities and other participants of the regulatory process). Due to the fact that 'societies evolve and laws may become obsolete [...] they simply may not have been updated to take into account social, business or technological changes', involvement of various stakeholders in the regulatory processes seems as a reasonable solution (World Bank, 1991:

43)<sup>1</sup>. Certainly the development of social and economic relations, and rapid technological progress require specialized knowledge which is not necessarily possessed by the law-makers themselves. Previously, legal criteria prevailed, later economic criteria joined, and nowadays social criteria also decide about the value of regulation. All of these remarks greatly affect our examples – European Insurance Law.

The paradigm which envisions an inclusive and participatory approach to the regulatory processes in the EU is the concept of good governance. Since the 1990s, it has gained high recognition among policy makers and politicians, lawyers and scholars, as it can be perceived as an approach which is more flexible and adjusted to the ongoing processes of globalization and the digital revolution.

---

1 The World Bank, "Managing Development – The Governance Dimension. A Discussion Paper" (1991), 43, available at <http://documents.worldbank.org/curated/en/884111468134710535/pdf/34899.pdf>

Flexibility of regulation is necessary in the era of ever-growing interaction between regulation, development of economies and technology, specialization in regulation. As such, good governance holds special importance for the areas of law touched by the revolutionary changes. It took another decade to coin the EU's approach towards good governance. The understanding of the good governance concept within the EU policy-making process was finally formed by a white paper on European Governance, adopted in 2001<sup>2</sup>. Good governance was characterized there as the tool to 'boost the effectiveness and enforcement powers of international institutions'. Implementation of the concept should be based on five principles: openness, participation, accountability, effectiveness and coherence. It should be noted that currently, the concept of good governance is envisaged in Article 15(1) of Treaty on the Functioning of the European Union, which says: 'In order to promote good governance and ensure the participation of civil society, the Union's institutions, bodies, offices and agencies shall conduct their work as openly as possible'<sup>3</sup>.

In the literature, there is an unfinished, but not revitalized, debate on what should be understood by good regulation (Rosenau, Czempiel, 1992: 311). Three dominant definitions defining good regulation can be distinguished. The first definition refers to the product of the legislative process. Good regulation is a legal act (an instrument of interference) that meets the quality requirements (e.g. it is clear, precise, consistent, changing the attitudes of regulated entities). The second approach to good regulation evaluates the quality of the regulatory process. The third approach recognizes that good regulation achieves goals formulated or desired by the regulator (Kasiewicz, 2016: 242).

Tools which are provided by the Better Regulation agenda address all elements of the EU policy cycle and all the dimensions mentioned above. Juncker's Commission's agenda from 2015 is therefore deeply rooted in the initiatives taken by the preceding Commissions, included Better Regulation for Better Results (hereinafter: 'Better Regulation')<sup>4</sup>. The EU policy cycle requires the ongoing connection of the following components: 1) *ex-post* evaluation of the existing legislative framework; 2) public consultation; 3) *ex-ante* impact assessment (IA); 4) draft of the proposal; 5) legislative procedure; 6) transposition and

---

2 European Commission (2001). *European Governance - A White Paper*, OJ 2001 C 287/1, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:52001DC0428>

3 Art. 15(1), Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ 2012 C 326/47.

4 European Commission, COM(2015) 215 final, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Better regulation for better results - An EU agenda*, Strasbourg, 19.5.2015, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52015DC0614/>

implementation; 7) enforcement (Schout, Schwieter, 2018: 2). The realization of the aims of Better Regulation provided by these instruments is indeed coherent with the good governance principles.

However, it should be emphasized that the effective implementation of this program requires a balance not only with the principle of institutional and procedural autonomy of the Member States but also with the principles of legal certainty and the stability of executive acts (Klemt, 2016: 371). Better Regulation is not a complicated bureaucratic procedure. It is about making the law when it is necessary to achieve common goals that can only be effectively achieved through joint actions at the EU level. It is not a deregulation program. Better lawmaking means considering alternative ways of achieving results, because legislation should never be a goal itself. Better Regulation is to ensure that: 1) the decision-making process is open and transparent; 2) citizens and stakeholders have the opportunity to participate in the process of shaping policy and law; 3) activities at the EU level are based on documented knowledge and understanding of impacts; 4) regulatory burdens for enterprises, citizens and public administrations are kept to a minimum.

Without going into the details of the idea of improving the legal environment in the EU (good law program), it should be critically emphasized that even though the EC declares will to 'be open to their feedback, at every stage of the process'<sup>5</sup>, the adopted solutions seem to be focused on consultations conducted at the beginning of the legislative process, not on the actual involvement of various stakeholders in the legislative stages that follow. A good example confirming this observation is the process of agreeing and adopting the Insurance Distribution Directive.

### **3. Efficiency of Better Regulation**

As mentioned above, the first steps to improve the quality and transparency of European Union law were taken as early as at the beginning of the 1990s. The problems of overregulation and poor quality of the law had already been known, and their severity increased as the processes were further developed and common EU domains, such as economy, legal and human rights were being shaped. With the development of its integration processes, the EU has become a 'regulatory state' which, with its relatively small budget and without its own

---

5 European Commission, COM(2015) 215 final, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Better regulation for better results - An EU agenda*, Strasbourg, 19.5.2015, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52015DC0614/>

executive apparatus, engages itself primarily in regulatory activity, which then translates into national law (Majone, 1999: 1).

The EU legal system is affected by similar laws to those of national legal systems, even though it is a non-state legal system. The most troublesome shortcomings are the excess of legal regulations (legislative inflation) related to, among others, the extension of administrative structures and excessive instability of the law (though less acute than in the case of many states), bureaucracy, unclear division of competences, mixing of governmental and EU (community) methods, persistently non-transparent comitology procedures, over-regulation or archaization, and unjustified (too high) costs of the law made due to the lack of prior assessment of the costs of the given regulation. As a result, there is also an inconsistency of norms and their archaization, which in turn overburdens the addressees and results in over-complication of the law. The number of new legal acts of EU origin gives rise to the conviction that EU legislation is too bureaucratic. Incidentally, however, bureaucracy is mentioned with reference to the areas that do not fall within the competence of the EU but of the Member States, such as: taxation, labour law, social security (with the major example of national pension systems), spatial planning, construction law, and many others. Similar problems also apply to European Insurance Law.

In late 2018 and early 2019, the Commission took stock of the 2015 Better Regulation agenda. The aim was to identify what is working well or less well and bring the agenda forward. The EC has reviewed the literature and sought the views of the public, the staff from other EU institutions as well as the Commission staff. The external and internal consultations have been the centerpiece of this stocktaking. The 596 people and organizations took part in the public consultation. On 15 April 2019, the College of Commissioners adopted a Commission communication describing the Better Regulation agenda, discussing its strengths and shortcomings, and identifying possible avenues for progress. This communication is accompanied by a staff working document summarizing the results of the stocktaking, in particular the extensive consultations, in facts and figures (European Commission, 2019: 32). The Better Regulation agenda brought the following changes:

1. the new online portal *Have Your Say* enables citizens to participate in the legislative process at all stages;
2. the Regulatory Scrutiny Board, with 3 members from outside the Commission, has replaced the purely internal Impact Assessment Board. The Re-



gulatory Scrutiny Board ensures that impact assessments and evaluations meet high quality standards;<sup>6</sup>

3. the explanatory memoranda setting out the reasoning behind the proposal now accompany each of the Commission's legislative proposals;
4. the REFIT Platform facilitates gathering feedback from civil society on how to improve existing EU laws.<sup>7</sup>

The last but not least initiative from 2018 when the Committee of the Regions (which is also involved in the law improvement process as the body that gives opinions on EU legislative proposals) launched an interesting and increasingly important pilot project (RegHub 2019-2020)<sup>8</sup> on a network of regional centres to collect local and regional data on EU policy implementation by using special questionnaires.

However, there are a number of problems. The key problem concerns the impact assessment. Impact assessments are mainly used as a source of information useful to the Commission when making political decisions. They justify the need for action by the EU, determine the value provided by such action, and provide information about who will be affected and how by providing a holistic view of economic, social and environmental impacts. By the end of 2018, the Commission had developed 259 evaluations. Currently, the evaluation is accompanied by around three-quarters of impact assessments on legislative changes. Unfortunately, the subsidiarity assessments presented in the impact assessments are often rather general, excessively legalistic and formalistic. There is also no link between this assessment of subsidiarity and the assessment of proportionality of individual policy options.

In addition, the European Parliament, the Council and the Commission have not adopted yet a coherent approach to the evaluation of legislation, despite the commitments they have made in the inter-institutional agreement on better law-

---

6 See: European Commission: Regulatory Scrutiny Board, available at [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board/members-regulatory-scrutiny-board-0\\_en\\_](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board/members-regulatory-scrutiny-board-0_en_)

7 The REFIT Platform allows national authorities, citizens and other stakeholders to get involved in improving EU legislation. They can make suggestions on how to reduce the regulatory and administrative burdens of EU laws, which are then analyzed by the REFIT Platform and the Commission; see: [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly_en)

8 European Commission: *Better Regulations- why and how*, available at [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_en), <https://cor.europa.eu/en/our-work/Pages/net-work-of-regional-hubs.aspx>, accessed 17 June 2019.

making<sup>9</sup>. In many cases, the Commission does not have sufficient information on the functioning of EU legislation in the Member States because the proposed measures adopted by the co-legislators have been removed from the legislation allowing the collection of data necessary for proper evaluation. Obtaining data on the results and effects of the practical application of Union law in all Member States remains a challenge. In other cases, the co-legislators introduce additional requirements for a number of other reviews or set deadlines for the evaluation of legislation that are too early for sufficient experience to be put into practice.

Evaluation is one of the key pillars of better lawmaking. Traditionally, the quality of law is associated with observance of the rules of law-making. Therefore, the legislative process, its content and its effects on the addressees must all be subject to evaluation. Good legal regulation is effective; good law delivers the intended result and achieves the intended positive objective(s). Law is, in principle, subject to a cumulative assessment usually made from the different perspectives of effectiveness, applicability, efficiency and usefulness. It enables to check whether European legislation and funding programs are delivering the expected results and are up-to-date and suitable to achieve your goals. In the impact assessments prepared by the Commission, evaluations could be better used to identify the problem. Unfortunately, the European Parliament and the Council generally do not include evaluation in their work<sup>10</sup>.

In the area of burden reduction (one of the objectives of Better Regulation), the EC is still not convinced that the use of pro-active approaches, which the Council and in particular some Member States have asked for, would be particularly helpful. In 2017, the Commission justified its position in detail and the justification did not change in any way. Target-oriented approaches usually do not take into account the fact that imposing certain costs in pursuing important social goals is justified and necessary. The Commission prefers to focus on costs that are not necessary to achieve the objectives of the legislation, based on substantive foundations and involving stakeholders. This approach is more transparent, less arbitrary and is unlikely to trigger deregulation impacts, hampering the achievement of desired policy objectives<sup>11</sup>.

---

9 *Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on Better Law-Making*, OJ L 123, 12.5.2016, p. 1–14.

10 European Court of Auditors, *Special report No 16/2018: Ex-post review of EU legislation: a well-established system, but incomplete*, Retrieved 12 July 2019, available at <https://www.eca.europa.eu/en/Pages/DocItem.aspx?did=46063>

11 European Commission COM (2017) 0651 final, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: *Completing the Better Regulation Agenda: Better solutions for better results*; accessed 17 June 2019, available at

#### **4. Insurance Distribution Directive analyze in a context of Better Regulation**

The EU policy cycle requires the ongoing connection of the following components: 1) *ex-post* evaluation of the existing legislative framework; 2) public consultation; 3) *ex-ante* impact assessment (IA); 4) draft of the proposal; 5) legislative procedure; 6) transposition and implementation; 7) enforcement (Luchetta, 2010: 561).

Economic freedom is one of the fundamental principles of EU law and of domestic law, in particular insurance law, based on civil law. Entrepreneurs are entitled to undertake and to execute economic activity within the limits of the applicable provisions of the law. On the grounds of EU law, economic freedom is a basic right, proclaimed in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU) (i.a. in the case of *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, section 42; in the case of *Schaible* C-101/12, EU:C:2013:661, section 25; in the case of *Pillbox* 38 C- 477/14, EU:C:2016:324, section 155) and in Article 16 of the Charter of the Fundamental Rights of the EU. Both on the grounds of EU law and of domestic law, which is directly connected with EU law, economic freedom may be restricted only due to an important public interest (i.a. the CJEU judgments in the case of *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, section 45; in the joined cases of *Spain and Finland vs the Parliament and the Council* C-184/02 and C-223/02, EU:C:2004:497, section 51 and 52; in the case of *DeutschesWeintor* C-544/10, EU:C:2012:526 section 54, and related jurisprudence).

The main criterion for establishing the restrictions of the basic rights defined in the EU Charter of Fundamental Rights, as well as the restrictions of constitutional freedoms, is whether such restrictions are defined in the acts having legislative force. They should also come from a rational premises and they should serve the protection of an important public interest, without infringing the essence of a given right or freedom. Subject to the principle of proportionality, they have to be necessary and they have to truly meet the objectives of the general interest, or they should result from the need to protect the rights and freedoms of other persons (the CJEU judgment in the case *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, section 48).

In this context, the introduction of a new legal act, the Insurance Distribution Directive<sup>12</sup>, should be assessed. Meanwhile, in Germany, the greatest burden (bureaucracy costs to businesses) in the 2017/2018 reporting period was caused by the Regulation on Implementing Directive (EU)2016/97 on Insurance Distribution

---

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0651>

12 Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution (recast)Text with EEA relevance, OJ L 26, 2.2.2016, p. 19–59

(EUR 5.6 million) (NKRK, 2018: 17)<sup>13</sup>. The question remains whether such costs could be reduced (while maintaining the intended goals)?

Better Regulation practices also involve costs. They require investments in the form of monetary and human resources and increase the time needed to prepare an initiative for adoption, taking into account the formal requirements of the policy-making process. The investment returns in the form of benefits, including contributions to faster and more conscious decision-making by the co-legislators on the Commission's proposals. The costs (both for the administration and business) must remain proportional.

On 2 February 2016, the Insurance Distribution Directive (hereinafter: IDD) was published in the Official Journal of the EU. The Directive entered into force on 22 February 2016, and Member States were required to implement the new requirements by 23 February 2018. However, following requests from the European Parliament and Member States for a postponement, on 20 December 2017, the European Commission announced a proposal to push back the application date of the Insurance Distribution Directive by seven months to 1 October 2018. National transposition measures communicated by the Member States concerning the IDD range from 1 (Greece, Luxembourg, Latvia, Italy, Romania) to 26 (Finland).<sup>14</sup> This clearly shows how complicated and multidimensional the matter is.

The IDD's goal is to improve the regulation in the field of retail insurance sales and distribution practices across the single European market. It aims to bring greater transparency and improved, more comprehensible information to consumers, to help them ensure that they buy products that suit their needs. The form of this legal act is the Directive. This means adopting a minimum harmonization standard. Member States may increase the standard of customer protection (gold-plating).

In November 2010 (i.e. before the introduction of Better Regulation for Better Results), the Commission launched a consultation on the review of the Insurance

---

13 Nationaler Normenkontrollrat (NKRK)/National Regulatory Control Council (2018). *Annual Report 2018 of the Nationaler Normenkontrollrat (National Regulatory Control Council) pursuant to Section 6 (2) of the Act to Institute a National Regulatory Control Council (NKRK)*, October 2018; accessed 24 July 2019, <https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/656764/1548226/a53ca395512296087f96a45d0b839d44/2018-11-09-jahresbericht-englisch-data.pdf?download=1>

14 National transposition measures communicated by the Member States concerning *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (wersja przekształcona)* Tekst mający znaczenie dla EOG, *OJ L 26, 2.2.2016, p. 19–59* ; accessed 10 July 2019, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/NIM/?uri=CELEX:32016L0097>

Mediation Directive (hereinafter: IMD) focusing on modernization of the rules in this Directive, increasing consumer protection, and eliminating obstacles to the functioning of the single market through greater harmonization. As the IMD was a minimum harmonization Directive, it has resulted in differences in how it has been implemented by Member States. One of them was insufficient quality of information provided to consumers; the existing national insurance markets were fragmented and unsuitable advice was being given, thus increasing the potential for regulatory arbitrage. Moreover, there was legal uncertainty due to the unclear definition of scope in the IMD diverging interpretations concerning exemptions from its scope (no guarantee of a level-playing field between all participants involved in the selling of insurance products; insurance undertakings and their employees are exempt from scope). Other problems included: conflicts of interest, transparency of remuneration, legal uncertainty due to the unclear definition of the IMD scope, the need to achieve a higher level of competence and professionalism of insurance intermediaries (European Commission, 2019: 2).<sup>15</sup>

It resulted in key changes to the IMD regime, which was included in the IDD project. It extends the scope of the IMD to all sales of insurance products, covering all participants in the sale of insurance products. The IDD applies not only to (re)insurance intermediaries but also to distributors of insurance products that sell directly to customers without the use of an intermediary, i.e. insurers and reinsurers. Insurance undertakings which sell insurance products directly are brought within the scope of this Directive. In order to guarantee that the same level of protection applies regardless of the channel through which customers buy an insurance product, the IDD also covers other market participants who sell insurance products on an ancillary basis, such as travel agents and car rental companies, unless they meet the conditions for exemption.

The IDD introduced new requirements to individual managers and employees who need to possess an appropriate level of knowledge and competence appropriate to product complexity and nature of activities conducted (including minimum 15 hours of Continuing Professional Development/CPD requirement). The IDD introduced provisions that recognize the importance of guaranteeing a high level of professionalism and competence among firms involved in insurance distribution and their employees. The IDD provided greater detail and clarity on the procedure for cross-border entry by intermediaries into insurance markets across the EU. The European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) is to establish a single electronic public register containing records of all

<sup>15</sup> European Commission (2019), *Consultation document on the Review of the Insurance Mediation Directive (IMD) Commission Staff Working Paper*, Retrieved 16 August 2019, available at: [https://ec.europa.eu/finance/consultations/2010/insurance-mediation/docs/consultation-document\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/finance/consultations/2010/insurance-mediation/docs/consultation-document_en.pdf)

intermediaries that have notified their intent to carry on cross-border business. In addition to compliance with the business standards defined for all insurance products, insurance-based investment products are subject to specific standards aimed at addressing the investment element embedded in those products. Such specific standards must include provision of appropriate information, requirements for advice to be suitable, and restrictions on remuneration<sup>16</sup>.

The Insurance Distribution Directive began to be applied from 1 October 2018 (including the national transposition measures for incorporating the IDD into domestic law). Six months after that date, we conducted a survey of two categories of entities: representatives of the Polish insurance market regulator (Polish Financial Supervision Authority-‘UKNF’) and entities applying the regulation (agents, insurance brokers, insurance companies). Our goal was to examine the practical dimension of the effects of the Directive, while assessing its impact on economic freedom.

Both groups indicated a lack of information about the practical dimension of the new regulation and overregulation in the approach to consumer law. The respondents pointed out that thus far there was no emphasis on consumer protection, but rather on the development of the insurance market. They think that there are too many regulations that protect the consumer. Overregulation means that the consumer is less protected than he would be if the regulations were less extensive, but simpler. This has resulted in financial institutions, especially insurance companies, providing customers with a lot of information and documents, e.g. General Terms and Conditions (GTC), Insurance Product Information Document (IPID), etc. Customers sign these documents without understanding the provisions; later only, when problems arise, do they become aware of the consequences. It is necessary to regulate certain issues, but it may be done differently. The respondents pointed to soft-law solutions (recommendations, guidelines) and education. The use of such measures can be ensured by means of pressure (reputational risk).

Yet, the prevailing problem is that regulations are being adopted and entered into force whereas entities have no idea about it, or they do not understand how it all works and how to prepare for them in accordance with the law. It is interesting that both the regulator and the private sector do not know how to apply the rules. They learn it only in practice. Both categories of entities are recipients of the enacted regulations, not its creators. Hence, the regulator has a problem in terms of giving practical tips and guidelines. For example, to this

---

16 Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution (recast)Text with EEA relevance, OJ L 26, 2.2.2016, p. 19–59

day, no one knows how to properly examine the needs and requirements of an insurance client.

This leads to the conclusion that the IDD was certainly needed as a new piece of regulation. However, despite the postponement of the IDD application, an overly complex system of customer protection was created, incomprehensible both to national administrative authorities and to the entire market. In spite of conducting the requisite consultations, the solutions expected by the market (which would concurrently be flexible enough not to raise the cost of insurance protection) were not introduced. It seems that in this case an educational campaign for market entities and a proactive approach of the European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) would be necessary. The EIOPA could provide explanations, just like the European Data Protection Board does for the General Data Protection Regulation (GDPR)<sup>17</sup>. This ultimately means that it is necessary to implement the amended Better Regulation agenda and to constantly monitor and improve the law-making process in the European Union. In particular, it is necessary to involve legal entities in this process (both the regulator and business entities).

## 5. Conclusion

The main reason for taking up this research topic was the authors' observation of the increasing tendencies to regulate the particular market sectors in greater and greater detail. The obvious reason for this phenomenon is that the consequences of the financial crisis of the last decade are still felt and that the crisis itself has revealed many threats, which emerge when the state decides to leave too much space for an unrestricted market game. The lesson which should be learned from that event is that the state must not totally abdicate from the role of a supervisor. At the same time, it is necessary to draw a distinct line between the regulated economic freedom and the centrally controlled system.

European law is created as a result of the interaction between private and public entities, EU institutions and member states, as well as specialist (expert) groups, leading to what is known as European governance. A distinguishing feature of EU legislation is the propensity to the continuous increase in the law-making activity of the administration, which creates peculiar legal subsystems while arranging the fulfilment of collective needs on a mass scale. These subsystems often modify the most fundamental legal standards and influence the legal and

---

17 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *OJ L 119, 4.5.2016*;

factual situation of the citizens, which entails a weaker legitimization of the law. Our research has shown numerous imperfections in European Insurance Law. In particular, the current direction of changes raises numerous doubts about practical application of EU regulation on this matter. Moreover, increased customer protection may worsen the availability of insurance (by increasing its cost). This means that it is necessary to implement the amended Better Regulation agenda and to constantly monitor and improve the lawmaking process in the European Union.

## References

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ 2012 C 326/47.

Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution (recast), OJ L 26, 2.2.2016. p. 19–59;

European Commission, *Better regulations – why and how*, accessed 17 June 2019, [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_en)

European Commission, *Better regulation: taking stock and sustaining our commitment*, retrieved 24 June 2019 from [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-taking-stock\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-taking-stock_en_0.pdf)

European Commission, COM(2015) 215 final, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *Better regulation for better results - An EU agenda*, Strasbourg, 19.5.2015; available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52015DC0614>, accessed 17 June 2019

European Commission, COM (2017) 0651 final, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: *Completing the Better Regulation Agenda: Better solutions for better results*, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0651>, accessed 17 June 2019.

European Commission (2019). *Consultation document on the Review of the Insurance Mediation Directive (IMD)-Commission Staff Working Paper*, Retrieved 16 August 2019 from [https://c.europa.eu/finance/consultations/2010/insurance-mediation/docs/consultation-document\\_en.pdf](https://c.europa.eu/finance/consultations/2010/insurance-mediation/docs/consultation-document_en.pdf)

European Commission (2001). *European Governance - A White Paper*, OJ 2001 C 287/1, 12.10.2001, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:52001DC0428>



European Commission: REFIT – Making WEU law simpler and less costly, available at: [https:// ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly_en), accessed 10 July 2019

European Commission: Regulatory Scrutiny Board, available at [https:// ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_en)

European Committee of the Regions, Network of Regional Hubs for EU Policy Implementation Review, available at [https:// cor.europa.eu/en/our-work/Pages/ network-of-regional-hubs.aspx](https://cor.europa.eu/en/our-work/Pages/network-of-regional-hubs.aspx), accessed 17 June 2019.

European Court of Auditors, *Special report No 16/2018: Ex-post review of EU legislation: a well-established system, but incomplete*, available at [available at https://www.eca.europa.eu/en/Pages/DocItem.aspx?did=46063](https://www.eca.europa.eu/en/Pages/DocItem.aspx?did=46063), accessed 12 July 2019.

*EUR-Lex*: National transposition measures communicated by the Member States concerning *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (wersja przekształcona)* Tekst mający znaczenie dla EOG, *OJ L 26, 2.2.2016, p. 19–59* ; accessed 10 July 2019, available at [https:// eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/NIM/?uri=CELEX:32016L0097](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/NIM/?uri=CELEX:32016L0097)

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *OJ L 119, 4.5.2016*; available at: <https://eur-ex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>

Grzeszczak, R. (2016). The Challenge of Good Governance: An introduction. In: Grzeszczak R. (ed.), *Challenges of good governance in the European Union* (pp. 9-24). Baden-Baden: Nomos.

Grzeszczak, R. (2015). The concept and practice of good governance in the European Union. In: *International Journal of Social, Education, Economics and Management Engineering*, 9(2) 2015, World Academy of Science, Engineering and Technology; [waset.org/Publication/1000040](http://waset.org/Publication/1000040)

Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on Better Law-Making, *OJ L 123, 12.5.2016, p.1-14*, available at [https:// eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016Q0512\(01\)&from=PL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016Q0512(01)&from=PL)

Kasiewicz, S. (2016). Spór wokół kategorii ‘Dobra regulacja’. *Studia Prawno-Ekonomiczne*, XCVIII, Lodz: Łódzkie Towarzystwo Naukowe (Lodz Society of Science).

Klemt, T. (2016). Skutki wadliwego stosowania prawa europejskiego przez krajowe organy administracyjne. In Grzeszczak R., Szczerba-Zawada A. (ed.), *Prawo administracyjne Unii Europejskiej* (p. 370 – 383), EuroPrawo Press, Warszawa.

Luchetta, G. (2012). Impact Assessment and the Policy Cycle in the EU. In: *European Journal of Risk Regulation* V3, 14. p. 561, Cambridge: Cambridge University Press

Majone, G. (1999). The regulatory state and its legitimacy problems, *West European Politics*, no. 22, West European Politics, Volume 22, 1999 Issue 1

Nationaler Normenkontrollrat (NKRK)/National Regulatory Control Council (2018). *Annual Report 2018 of the Nationaler Normenkontrollrat (National Regulatory Control Council) pursuant to Section 6 (2) of the Act to Institute a National Regulatory Control Council (NKRK)*, October 2018; accessed 24 July 2019; <https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/656764/1548226/a53ca395512296087f96a45d0b839d44/2018-11-09-jahresbericht-englisch-data.pdf?download=1>

Rosenau, J. N., Czempiel, E. (ed.). (1992). *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.

Scharpf, F. W. (1994), *Optionen des Föderalismus in Föderalismus in Deutschland und Europa*, Campus Verlag, Frankfurt–New York.

Schout, A., Schwieter, Ch. (2018). *Two decades of Better Regulation Policy Brief in the EU Commission –Towards evidence-based policymaking?*, Policy Brief No. 12, The Hague: Clingendael Policy Brief.

The World Bank (1991). *Managing Development – The Governance Dimension. A Discussion Paper* (1991), 43; Retrieved 10 July 2019 from <http://documents.worldbank.org/curated/en/884111468134710535/pdf/34899.pdf>

**Dr Robert Grzeszczak,**

*Redovni profesor Fakulteta prava i administracije,  
Univerzitet u Varšavi, Republika Poljska*

**Tomasz Klemt, MA**

*Doktorand Fakulteta prava i administracije,  
Univerzitet u Varšavi, Republika Poljska*

## **DOBRA REGULATIVA I PRINCIP EKONOMSKE SLOBODE U SLUČAJU EVROPSKOG PRAVA OSIGURANJA**

### **Rezime**

*Uvođenje principa dobrog upravljanja kroz bolju regulativu proisteklo je iz želje za boljim evropskim upravljanjem i učvršćivanjem ciljeva održivog razvoja u procesu kreiranja politika Evropske unije kroz istovremeno sagledavanje ekonomskih, socijalnih i ekoloških uticaja. Bolja regulativa podrazumeva profesionalizaciju svih aspekata kreiranja politika Unije kao i nastojanje da kreirane politike odgovaraju potrebama savremenog sveta. Osnovni razlog za izbor ove teme istraživanja je zapažanje autora da postoji sve veća tendencija da se određeni tržišni sektori što detaljnije regulišu. To je prirodan proces koji uglavnom proističe iz profesionalizacije različitih aspekata društvenog života, globalnog razvoja tehnologije i ekonomskih odnosa. S druge strane, tendencija detaljne regulacije neminovno pokreće sledeća pitanja: gde su granice stvaranja novih propisa i kako se ti regulatorni trendovi odražavaju na princip ekonomske slobode, koja počiva na slobodi preduzetništva? Na osnovu istraživanja autori dolaze do zaključka da, uprkos značajnim poboljšanjima, kvalitet propisa još uvek nije zadovoljavajući. U tom kontekstu, neophodno je sprovođenje izmenjene evropske agende o boljoj regulative, kao i stalno praćenje i unapređenje procesa donošenja zakona u Evropskoj uniji. Autori naročito ističu važnost uključivanja svih pravnih lica, kako regulatornih organa tako i poslovnih subjekata, u proces donošenja zakona.*

**Ključne reči:** *Evropsko pravo osiguranja, dobra regulativa (propisi), zakonodavstvo, ekonomske slobode.*



**Prof. Helga Špadina, \*LL.D.**

*Assistant Professor, Department of Labor and Social Law,  
Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University, Osijek, Croatia*

**Marina Kalafatić, \*Mag. iur.**

*Osijek, Croatia*

pregledni naučni rad  
10.5937/zrpfm0-23540

UDK: 340.13(4-672EU)  
349.2(497.5)

Rad primljen: 10.10.2019.

Rad prihvaćen: 18.12.2019.

## **LEGAL POSITION AND PROTECTION OF WHISTLEBLOWERS IN CROATIAN LAW\*\***

**Abstract:** *In the context of labour relations, legal protection of the so-called “whistleblowers”, persons who disclose or expose information on activity deemed illegal, unethical, or incorrect within an organization, is a highly delicate topic which does not cease to attract attention of contemporary labour law. When an employee is ready to report corruptive offences, it is necessary to activate the mechanism of legal protection aimed at protecting the whistleblower from unlawful dismissal and, concurrently, to initiate the procedure for determining the corruptive offence and ensuring clear safe- guards to prevent possible abuses by either the employee or the employer. The paper looks into the regulation concerning the protection of rights of whistleblowers in comparative labour law context and the case law of European Court of Human Rights. The authors also analyse the latest efforts by the European Union in the area of legal protection of whistleblowers, as well as the most important European legal instruments. By enacting legal provisions on the protection to whistleblowers, countries actually contribute to the protection of public interest, the advancement of good governance, the strengthening of the rule of law, and the reinforcement of the fundamental democratic right to freedom of expression. In Croatia, almost all publicly known whistleblowers were immediately dismissed and, up to date, only one of them was returned to work on the basis of a court decision. Recently*

---

\* hspadina@pravos.hr

\* marina0288@hotmail.com

\*\* The paper was presented at the International Conference “*Law and Multidisciplinarity*”, held at the Law Faculty, University of Niš, on 12-13 April 2019. The research was conducted within the project INSPIRED – Innovative Solutions to Refugee and Migration Oriented Education, funded by the EC Erasmus+ (project number: 2017-1-HR01-K A203-035359).

*adopted legislative act on the protection of whistleblowers might contribute to changes and might provide long-sought legal protection to all those who report on corruptive practices in their workplaces.*

**Keywords:** *protection of whistleblowers, labour law, freedom of expression.*

## 1. Legal position of Whistleblowers

*Whistleblowers* are most commonly defined as “people speaking up when they encounter, in the context of their work, wrongdoing that can harm the public interest, for instance by damaging the environment, public health and consumer safety and public finances” (European Commission, 2019: 55, 66). Transparency International defines *whistleblowing* as “making a disclosure in the public interest by an employee, director or external person, in an attempt to reveal neglect or abuses within the activities of an organization, government body or company (or one of its business partners) that threaten public interest, its integrity and reputation” (Transparency International, 2019: 4).

According to the Report by the European Commission released in 2017, links between economic benefits and whistleblowers’ legal protection should not be overlooked. The Report substantiates its argument that the potential to recover misused public funds exceeds the costs of setting up and maintaining systems of legal protection of whistleblowers (European Commission, 2017:60-61). Whistleblowers’ reports can lead to effective detection, investigation and prosecution of violations of law that would otherwise remain hidden, causing serious harm to the well-being of society and, generally, to the public interest (European Commission, 2017:13).

There is a valid question why we would need to protect whistleblowers, and the answer to that question is rather simple. The European Commission conducted a survey in 2017 and published the results in the Special Eurobarometer on Corruption; 81% of respondents said that they did not report the corruption that they had experienced or witnessed. Similarly, 85% of respondents to the Commission’s 2017 public consultation expressed the view that employees very rarely report concerns about threat or harm to the public interest. Fear of legal and financial consequences was the most widely cited reason for not reporting the wrongdoing. Whistleblowers face high risks of retaliation, ranging from being demoted to being brought to court, losing their jobs and economic stability (European Commission, 2017:16, 25, 28).

## **2. European Union efforts in the Area of Legal protection of Whistleblowers**

In April 2019, the EU adopted new standards on the protection of persons reporting breaches of the EU law in a wide range of areas, including public procurement, financial services, money laundering, product and transport safety, nuclear safety, public health, consumer and data protection. The Directive (EU) 2019/1937 on the protection of persons who report breaches of Union law<sup>1</sup> entered into force in December 2019 and is about to be incorporated into the national legislation of all EU Member States.

Those rules envisage safe reporting channels allowing whistleblowers to disclose information either internally to the legal entity concerned or directly to competent national authorities, or externally to relevant EU institutions, bodies, offices and agencies. In addition to helping the whistleblowers, these rules should have significant impact on the confidentiality of information. The EU has also established safeguards against retaliation explicitly prohibiting reprisals and introducing safeguards to prevent the whistleblower from being suspended, demoted and intimidated, or facing other forms of retaliation. EU rules also protected persons who were assisting whistleblowers, such as facilitators, colleagues or relatives. Access to comprehensive and independent information and advice on available procedures and remedies, legal aid during proceedings, and financial and psychological support should be free-of-charge (European Commission, 2017:48).

Whistleblower protection currently provided in the European Union is fragmented across Member States and uneven across policy areas. Currently, only ten EU countries (France, Hungary, Ireland, Italy, Lithuania, Malta, Netherlands, Slovakia, Sweden and United Kingdom) have a comprehensive law protecting whistleblowers. In the remaining EU countries, the protection granted is partial: it covers only public servants or only specific sectors (e.g. financial services) or only specific types of wrongdoings (e.g. corruption). (European Commission, 2017:60).

---

1 Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law; the Directive officially entered into force on 16.12.2019 as Directive 2019/1937; available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:PE\\_78\\_2019\\_REV\\_1&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:PE_78_2019_REV_1&from=EN).

### **3. Comparative overview of Protection of Whistleblowers in the UK, Sweden and France**

#### ***3.1. United Kingdom***

The UK is one of the few countries where the protection of whistleblowers is fully regulated by law. The Public Interest Disclosure Act was enacted in 1998 to protect whistleblowers and is linked to the Employment Rights Act of 1996, which generally regulates employee rights. The law applies to the private and public sectors, with the exception of military and intelligence personal. An employee has the right to protection if he or she publicly discloses information related to the commission of a criminal offense, failure to fulfill a legal obligation, alleging misapplication of rights, endangering the health and safety of an individual, destroying the environment and intentionally concealing information that reveals one of these situations. All these situations can be reported to the employer, legal representative, minister, external body and the media. The law itself protects “whistleblowers” from discrimination and retaliation in the form of unlawful dismissal, inability to make further business progress, or exclusion from further training opportunities. The difference between internal and media release of information is important. Media disclosure is desirable only if it has been unsuccessful internally, or if there is reasonable suspicion that it will be disadvantageous to the employee. Employment Tribunals were established as special courts dealing with the issue of violations, such as discriminatory conduct and termination of employment contracts. In determining whether a particular disclosure was reasonable, the court must consider all the circumstances, including the identity of the person to whom the information was disclosed, the seriousness of the matter reported, whether the risk or danger still existed, and whether the disclosure violated the confidentiality obligation of the employer to a third party. Regarding compensation, the Public Interest Disclosure Act stipulates that there is no limit on the amount of compensation paid to persons who have been unjustifiably dismissed for “whistleblowing”. If the whistleblower is dismissed, he/she may report it to the court dealing with the violation of employees’ rights and ask the court to issue a temporary order to keep his/her job while the proceedings are pending. If it is proven in court that the employee was fired for disclosing information, the court may decide that the employee is entitled to be reinstated or that he/she is entitled to monetary compensation (Centar za razvoj nevladinih organizacija, 2017).

#### ***3.2. Sweden***

Sweden, like most other European countries, does not have a *lex specialis* aimed at protecting whistleblowers. Freedom to provide information to the media is



regulated through two constitutional laws. According to the Media Freedom Act, every person has the right to freedom of expression in the media. Freedom of speech implies the right of every Swedish citizen to publish certain content without being sued for the content of the publication, unless it is content whose publication is prohibited by express provisions of the law. In accordance with the provisions contained in the Act on the Protection of Personal Rights and Public Safety, every Swedish citizen is free to express his/her opinion, publish official documents, and publish information and intelligence on any topic. The right to send information must be distinguished from that of the person providing the information. There are some exceptions to the right to send information. The provision of information for publication in a book or newspaper is not permitted if the person providing the information thus commits a serious crime against Sweden's national security, the intentional disclosure of an official document whose publication is secret and the intentional breach of certain obligations of secrecy are not permitted. Secrecy obligations that replace the right to provide information are enumerated in the Secrecy Act and in the Freedom of the Media Act. The right to provide and share information is protected by the right to anonymity and professional secrecy for journalists and other media representatives (Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, 2009:8). The protection of the person who provided the information also includes a ban on the authorities trying to reveal his/her identity; a person who intentionally or negligently reveals his/her identity without permission or neglects the obligation to ensure anonymity will be punished by a fine or imprisonment for up to one year. In case of proceedings on determining liability for publication, there is only one person who can be held liable for illegal content, while all others who contributed to the publication are, in principle, exempted from liability.

### **3.3. France**

France also does not have a *lex specialis* on the protection of whistleblowers, but their protection is regulated through the Labor Code and the Civil Servants Act. There is a difference in protection between public and private sector employees. For the private sector, special safeguards have been introduced in the Labor Act, under which no employee can be removed from the hiring, internship or training process, nor can he/she be punished, dismissed, or subject to discriminatory measures, direct or indirect, especially in the context of employment income and promotion, as a result of acting in good faith and disclosing corruption facts that he/she has become aware of in the course of the performance of his/her professional duties and responsibilities to his/her employer, administrative or judicial authorities. If a claim arises on these counts, the employer has to prove that his decisions are justified by objective facts, independent of the employee's

allegations or testimonies, and the burden of proof principle is reversed. As for the public sector, the legislator did not consider it necessary to amend the existing legislation because civil servants were deemed to be sufficiently protected by their (public) status. Civil servants are subject to the provisions of Art. 40 (2) of the French Criminal Procedure Code, which states that all established authorities, all public officials and civil servants who, in the course of their professional activity, obtain knowledge of a crime or a misdemeanor are obliged to inform the public prosecutor without delay and pass on to him all information, court hearings and related acts (Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, 2009:3). French theorists believe that it is not necessary to ensure the protection of “whistleblowers” by a separate law. They believe that despite *lex specialis*, employees will find it difficult to protect themselves against discrimination, and that such law leads to malicious competition, a conflict situation, and that officials and officers will spy on one another. They also believe that adoption of a *lex specialis* would be a sign of the inefficiency of the judiciary; it would mean that the bodies conducting the prevention and repression are ineffective (Habazin, 2010:342).

## **4. Legal Protection of Whistleblowers in Croatia**

### ***4.1. Act on Protection of Irregularity Reporters (Whistleblowers)***

After more than ten years of deliberations and discussions about the proposal of the law aimed at providing comprehensive legal protection to whistleblowers in Croatia, the new Act on Protection of Irregularity Reporters (Whistleblowers)<sup>2</sup> was adopted and has been in force since July 2019. The Act regulates the reporting of irregularities, the procedure for reporting irregularities, the rights of persons reporting irregularities, the obligations of public authorities and legal and natural persons in relation to reporting irregularities, as well as other issues important for reporting irregularities and protecting whistleblowers. Article 5 of this Act strictly and explicitly prohibits prevention of reporting of irregularities, and any such prohibition would be null and void. It is explicitly prohibited to put whistleblower into a disadvantaged position by termination of employment contract, termination of civil service, harassment, impossibility of promotion, failure to pay and reduction of salary and other benefits, initiation of disciplinary proceedings, imposition of disciplinary measures or penalties, denial of work tasks, change of employment time, disabling education and training, failure to pay benefits and severance pay, scheduling or transferring to

---

2 Zakon o zaštiti prijavitelja nepravilnosti (Act on the Protection of Irregularity Reporters/ Whistleblowers), *Narodne novine* br. 17/19, <https://www.zakon.hr/z/1927/Zakon-o-zaštiti-prijavitelja-nepravilnosti> (accessed 10 Dec. 2019).

another workplace, failing to take measures to protect the workers' dignity from harassment by others, arbitrary referrals to health or work screening, and other adverse treatment. The whistleblower is entitled to protection of identity, protection of confidentiality, and legal assistance for reporting irregularities, as well as to compensation for damages (Articles 9-12). Reporting irregularities can be internal and external; exceptionally, it may entail public disclosure if there is an imminent danger to life, health, safety, or from large-scale damage or destruction of evidence (Article 23). The Act also regulates obligations of the employer who should ensure the possibility of internal reporting of irregularities, appoint a confidential person for internal reporting of irregularities on the proposal of at least 20% of the employees employed by the employer, and protect the whistleblower from adverse action. The employer should also undertake the necessary measures to stop the harmful actions and remedy their consequences, keep the information received in the application and prevent its unauthorized disclosure, unless contrary to law, and take measures to eliminate identified irregularities as per Article 17 of the Act. Finally, the Act regulates the judicial procedure, involvement of third parties, infringements and applicable fines.

#### **4.2. Labor Act**

Only one article of the Croatian Labor Act<sup>3</sup> contains provisions on the protection of whistleblowers, stating unjustified reasons for dismissal. The provision of Article 116 stipulates that the filing of a complaint or a lawsuit, or participation in proceedings against an employer for violation of a law, a bylaw, a collective agreement or a regulation, or an employee's report of irregularities to the competent bodies of the executive power does not constitute a justified reason for termination of a contract of employment. In addition, an employee's report of irregularities for a justified suspicion of corruption or filing a report (in good faith) on that suspicion with the responsible persons or competent bodies of state government does not constitute a justified reason for termination of the employment contract. In order to provide legal protection against dismissal to an employee who has alerted about criminal offense, both assumptions must be fulfilled cumulatively; thus, there must be a justified suspicion of corruption and a report must be submitted to the responsible persons or competent bodies of state government (Rajko, 2007:114).

There is a risk that a dismissal motivated by some of the aforesaid reasons may be covered up with another dismissal basis. The aforementioned provisions also apply to employees who are covered by special regulations governing

---

3 Zakon o radu (Labour Act), *Narodne novine* br. 93/14, 127/17, 98/19, available at: <https://www.zakon.hr/z/307/Zakon-o-radu> (accessed 10 December 2019).

employment, as they regularly refer to the indirect application of general labor law rules. From the above, we conclude that employees are obliged to report corruption to the competent authorities, but they must be prepared to bear the negative consequences that affect them.

### **4.3. Civil Servants Act**

In the Civil Servants Act<sup>4</sup>, the protection of “whistleblowers” by employees within state institutions is contained in the chapter on fundamental rights of civil servants. The provision of Article 14a stipulates that a civil servant’s report of irregularities for a justified suspicion of corruption or filing a report on suspicion of corruption to responsible persons or competent state bodies does not constitute a justified reason for termination of service. If the competent authority considers that this is a serious form of corruption, the civil servant shall be guaranteed protection of anonymity, protection against denial or restriction of the rights established by this Act and protection against any form of abuse. The head of the body is obliged to initiate proceedings against a leading civil servant for grave breach of duty if he/she in any way discriminates against a civil servant who has reported a corruptive offence. The Act stipulates that a civil servant is obliged to report a justified suspicion of corruption; otherwise, it constitutes a serious breach of official duty. Article 27 of the Civil Servants Act contains a provision excluding the liability of a civil servant who warns or notifies the competent person about an illegal order. It also prescribes the duty of a civil servant to refuse to execute an illegal order, or an order whose execution would be contrary to the rules of the profession and the code of ethics, or an order whose execution could cause major damage, or an order whose execution would constitute a criminal offense. A civil servant who has been ordered to execute an unlawful order is obliged to warn the provider of such an order of illegality; in the case of a repeated order, a civil servant has to require from the order provider to give a written confirmation of the repeated order, including precise contents of the order and the signature of the person who issued the order. If the order is confirmed, the civil servant will notify the person immediately superior to the person who issued the order and execute the order if it does not entail the commission of a crime. If he executes an order which entails a commission of a crime, he/she will be liable together with the head of the body or the superior who issued the order. Article 99 (point 10) of the Civil Servants Act states that limiting or denying the rights established by

---

4 Zakon o državnim službenicima (Civil Servants Act), *Narodne novine* br. No 92/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08, 34/11, 49/11, 150/11, 34/12, 49/12, 37/13, 38/13, 01/15, 138/15, 61/17, 70/19, 98/19, available at: <https://www.zakon.hr/z/108/Zakon-o-drzavnim-službenicima> (accessed 10 December 2019).

this Act to a civil servant who reports a case of suspected corruption or the civil servant's abuse to a responsible person or competent authority constitutes a serious breach of official duty.

#### 4.4. Act on Civil Servants and Employees in Local and Regional Self-Government

The Act on Civil Servants and Employees in Local and Regional Self-Government<sup>5</sup> contains Article 32 on the right of civil servants and employees to report suspected corruption, which explicitly states that failure to report a justified suspicion of corruption constitutes a serious breach of official duty. Article 32 regulates that justified suspicion of corruption or the submission of a report on that suspicion to responsible persons or competent state bodies does not constitute a justified reason for termination of service. This Act also guarantees employees protection of anonymity, protection against denial or restriction of rights, and protection against any form of abuse. If the whistleblower is in any way denied the protection of guaranteed rights, the head of the administrative body is obliged to institute proceedings for grave breach of official duty against the managing officer. If an official or an employee abuses their obligation to report a justified suspicion of corruption, it is considered a grave breach of official duty.

#### 4.5. Trade Act

Article 57 of the Trade Act<sup>6</sup> regulates the employees' rights to file a complaint, a lawsuit or initiate proceedings against the employer for violation of the law and report corruption to the competent institutions. It is stipulated that such a complaint cannot be a justified reason for dismissal, and anonymity is guaranteed to the whistleblower. An employee's report of irregularities to a government authority, filing a complaint or a lawsuit, filing a good faith allegation of corruption against responsible persons and participating in proceedings against an employer for violation of the law, regulations, collective agreement or rulebook may not be grounds for termination of an employment contract. An employee who files a complaint on reasonable suspicion of corruption shall be guaranteed anonymity, protection against the denial or restriction of the rights laid down in labor regulations and protection against any form of abuse.

---

5 Zakon o službenicima i namještenicima u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi (Act on Civil Servants and Employees in Local and Regional Self-Government), *Narodne novine* br. 86/08, 61/11, 04/18112/19, available at: <https://www.zakon.hr/z/259/Zakon-o-službenicima-i-namještenicima-u-lokalnoj-i-područnoj-samoupravi> (accessed 10 June 2019).

6 Zakon o trgovini (Trade Act), *Narodne novine* br. 87/08, 96/08, 116/08, 76/09, 114/11, 68/13, 30/14, 32/19, 98/19, available at: <https://www.zakon.hr/z/175/Zakon-o-trgovini> (accessed 10 December 2019).

#### 4.6. Other relevant domestic laws

Croatian legislation contains provisions on the protection of whistleblowers in several other legislative acts. Article 24 of the Act on Protection of Confidentiality of Data<sup>7</sup> regulates the exemption from breach of business secret if a person who has knowledge about confidential information reports a criminal offence, a business or other misdemeanor to a competent body, and if he/she reports it in order to exercise one of his/her labor rights. Further, Article 43 (6) of the Act on the Internal Financial Control System in the Public Sector<sup>8</sup> regulates matters related to whistleblowing, particularly reporting irregularities, appointment of employee in charge of receiving complaints, yearly submission of reports on reported irregularities, and legal protection to whistleblowers. The Criminal Procedure Act<sup>9</sup> also regulates the obligation to report crimes, and whistleblowing could be considered under Article 204 of the Criminal Procedure Act.

### 5. Case Law of the European Court of Human Rights

#### 5.1. *Guja v. Moldova* (Application no. 14277/04), Judgment of 12 February 2008

Mr. Jacob Guja worked as the Head of Public Relations at the Attorney General's Office of Moldova. In 2003, he publicly presented evidence of political interference in a criminal case against four police officers who were accused of mistreatment of suspects, or of exceeding their powers. Deputy Speaker of the Parliament wrote a letter to prosecutors requesting criminal charges, but the case was subsequently closed. Mr. Guja sent a letter to the newspaper and was subsequently fired. The European Court of Human Rights has ruled in Guja's favor. The Court states that there is no doubt that these are very important issues in a democratic society and that the public has a legitimate interest in being informed. As a rule, decisions relevant to "whistle-blowing" refer to the interpretation of Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), which regulates the right to freedom of expression. The Court states that the right to freedom of expression also includes the right to disseminate information received by third parties.

---

7 Zakon o zaštiti tajnosti podataka (Act on Protection of Confidentiality of Data), *Narodne novine* 108/96, available at: <https://www.zakon.hr/z/748/Zakon-o-zaštiti-tajnosti-podataka> (accessed 10 June 2019).

8 Zakon o sustavu unutarnjih kontrola u javnom sektoru (Act on the Internal Financial Control System in the Public Sector), *Narodne novine* br. 78/15, 102/19, available at: <https://www.zakon.hr/z/806/Zakon-o-sustavu-unutarnjih-kontrola-u-javnom-sektoru> (accessed 10 June 2019).

9 Zakon o kaznenom postupku (Criminal Procedure Act), *Narodne novine* br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19, available at: <https://www.zakon.hr/z/174/Zakon-o-kaznenom-postupku> (accessed 10 June 2019).

Article 10 ECHR extends to the workplace in general and public officials in particular. According to the Court, employees have a duty of loyalty, restraint and discretion towards their employers, which includes a duty of moderation when disseminating information, regardless of the accuracy of the information. The Court considers that the signaling, by a civil servant or an employee in the public sector of illegal conduct or wrongdoing in the workplace should, in certain circumstances, enjoy protection against interference. The Court further clarified that information should first be transmitted to the superior or other competent authority, and only where this is clearly inapplicable, as a last resort, the information may be made public. It is necessary to determine whether the public interest in disclosing particular information outweighs the duty to protect the confidentiality of information, taking into account the truth of the information and the motive of the whistleblower (Rajko, 2011a: 69).

**5.2. *Heinisch v. Germany*** (*Application no. 28274/08*), *Judgment of 21 July 2011*

Ms. Brigitte Heinisch worked at a Berlin nursing home. In 2005, she was dismissed for notifying the public of poor treatment of home users. The users lived in poor hygienic conditions and were often bed-bound even though the staff did not have a court order or the necessary medical records for such a procedure. Ms. Heinisch reported that the institution lacked staff and that the problem was concealed by false reports. She distributed brochures detailing all the problems she encountered working in that nursing home owned by the city of Berlin. Several German courts ruled against Ms. Heinisch's reinstatement to her previous job. One judge found that she should not be protected from dismissal or returned to work because the criminal complaint she filed against the institution she worked for did not result in the indictment being brought against the institution and employees. The European Court of Human Rights ruled in favor of Ms. Heinisch.

**5.3. *Bucur and Toma v. Romania*** (*Application no. 40238/02*), *Judgment of 8 January 2013*

Mr. Constantin Bucur was an employee of the Romanian Intelligence Surveillance and Recording Division. In 1996, he held a press conference announcing that the Romanian intelligence service was eavesdropping on journalists, politicians, and the business world. He was dismissed and convicted in 1998 of unlawful disclosure of classified information. Fifteen years later, the European Court of Human Rights ruled that the Romanian Government had violated Mr. Bucur's right to freedom of expression.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> *Bucur and Toma v. Romania* (Application no. 40238/02), Judgment of 8 January 2013, available at: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-115844%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-115844%22]}),

**5.4. Marunic v. Croatia** (*Application no. 51706/11*), *Judgment of 28 March 2017*

Ms. Mirela Marunić was a director in the public utilities company Kostrena from Croatia. During 2007, the Chairman of the the General Assembly of the company criticized the work of the director in the media, which resulted in poor performance and insufficient business results. Ms. Marunic responded in the same way, through the media, warning that the utilities company illegally charged parking on certain parking lots, and called in the state audit, State Office for Prevention of Corruption and Organized Crime, and the police to monitor the work of the company. On the basis of her media appearance and alleged violation of the reputation of the utilities company, her employment contract was terminated. The Croatian courts passed several judgments in which they found that the termination of the employment contract was lawful. The European Court of Human Rights considered that plaintiff had the right to respond to public criticisms in the same way as they were addressed, and that she did not violate her obligation of loyalty to her employer in her statements. The Court awarded the plaintiff just satisfaction in the amount of EUR 1,500 in respect of the sustained non-pecuniary damage. The Court argued that the plaintiff's right to freedom of expression had been violated by termination of her employment contract.

**5.5. Martin and Others v. France** (*Application no. 30002/08*), *Judgment of 12 April 2012*

In 2005, journalists of the French newspaper *Midi Libre* published an article stating that the Regional Court of Auditors in one French region had criticized the leadership of that region. Parts of the draft report were cited in the article, although the contents of the report were still regarded as confidential information. A criminal complaint was filed against the journalist for breach of professional secrecy and use of classified documents. The court stated in its reasoning that the applicants (journalists) had published portions of the draft report of the Regional Court of Auditors, citing mainly information on how local politicians and officials managed public funds. The Court found that the topic of the article was undoubtedly in the general interest of the local community and that journalists had every right to inform the public. The articles at issue were published in the context of a public debate on a matter of interest of the local population, which has the right to be informed. The role of investigative journalism is precisely to inform and alert the public of undesirable social phenomena as soon as journalists obtain some relevant information. Considering that the journalists noted on the front page that it was an unofficial (preliminary) report on an ongoing



investigation, the Court considered that they had demonstrated good faith and concern for observing the rules of professional ethics.

## 6. Croatian Case-Law on Whistleblowing

*Case 1:* Ms. Ankica Lepej is the first “whistleblower” well-known in the media. After the publication of a newspaper article about the savings of Ms. Ankica Tudjman, the wife of then President of the Republic of Croatia, Ms. Lepej made a statement that she, as a bank employee, was the source of the information. The savings were not reported on the official property card of the President of the Republic of Croatia. In November 1998, the Zagreb Municipal State Attorney’s Office instituted criminal proceedings against Ms. Lepej for the criminal offense of treason and the misappropriation of a business secret. Before the main trial, the State Attorney’s Office dropped the prosecution and the court adjourned the proceedings (Pavlović, 2007:201). In parallel with the prosecution, she received an extraordinary termination of her employment contract. In the dismissal decision, the bank management alleged that she had committed particularly grave breaches of her employment obligations, such as: the abuse of office, exceeding the given authorization, and disclosure of business secrets. The basic law in the Croatian banking system is the Banks Act.<sup>11</sup> It elaborates on the legal nature of confidential information, the obligation to keep bank secrecy, and the use and protection of confidential information. The question was whether she was allowed to disclose the information to third parties, and in doing so, whether she acted against the interests of the bank and clients. The State Attorney’s Office was mistaken in qualifying the offense as a criminal offense against payment security and business disclosure, and unauthorized disclosure of business secrecy (Pavlović, 2007:203). We can conclude that it can only be a criminal offense against the freedom and fundamental rights through unauthorized disclosure of a business secret. The proceedings could also be subject to the legal ground of exclusion of unlawfulness, since the disclosure of a secret is in the general interest or in the interest of another person which outweighs the interest of keeping the secret. Ms. Lepej never initiated a labor dispute, nor was she reinstated to her previous employment.

*Case 2:* Mr. Zoran Prpić was a pilot at the national airliner Croatia Airlines. His employment contract was terminated due to several statements published in a daily newspaper, where he informed the public about the state of security in the airline and the hiring policy for directors (Peček, 2017:6). He filed a lawsuit

---

11 Zakon o bankama (Banks Act), *Narodne novine* br. 84/02, 141/06, available at: [https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1998\\_12\\_161\\_1983.html](https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1998_12_161_1983.html) (accessed 10 December 2019).

against the former employer. After examining the extensive evidence, the trial court rendered a judgment finding the nullity of the decision to terminate the employment contract and ordered the defendant to return the applicant to his workplace and his post of a pilot. The court of second instance upheld the position of the court of first instance. Acting on defendant's appeal, the Supreme Court upheld the defendant's view, reversed the judgments of the court of first and second instance, and rejected the applicant's claim seeking a declaration of nullity of the employment contract, reinstatement and payment of unpaid wages. The Court reasoned that the trial court based its judgment on the fact that, prior to the decision to terminate the employment contract, the defendant (Croatia Airlines) had not alerted the plaintiff/claimant (Prpić) in writing about his employment obligations and about the possibility of dismissal in the event of continued breach of obligations, which the defendant was obliged to do under the Company's Rules of Procedure. However, the Supreme Court held that the defendant's omission in the particular case was not of such character that would make the termination of the employment contract and the disputed dismissal inadmissible and unlawful. Subsequently, Zoran Prpić filed a constitutional complaint, which was unanimously rejected by a decision of the Constitutional Court. When filing a lawsuit, he invoked the constitutionally guaranteed freedom of thought and expression, which also includes the freedom to receive and impart information. In the present case, the Constitutional Court considered relevant the legal positions set out in the ECtHR case *Balenovic v. Croatia* (2009). The court found that his appearance in the press was motivated by personal dissatisfaction and inability to get promoted, not by concern for the safety of passengers.

*Case 3:* Ms. Vesna Balenovic was an employee of petrol company INA and she warned of irregularities in the Petroleum Products Transport Sector. Working as an Economic Affairs Specialist for the Director of the Logistics and Transportation Department, she had an immediate insight into oil transportation and the movement of tanks. She soon realized that the transportation of oil actually involved a number of manipulations, due to which INA sustained considerable financial losses. The company management was responsible for irregularities, such as: organized theft of derivatives, the conclusion of risky contracts, mismanagement, bargaining, and the violation of public procurement laws in extremely high amounts. Instead of checking her allegations, her superiors simply terminated her employment contract. In addition to the extraordinary dismissal, five separate legal proceedings were instituted against her for alleged mental anguish and defamation, and seven-year prosecution proceedings resulted in 41 hearings, and imprisonment and fines. She was never returned to her workplace. She brought before the European Court of Human Rights. The applicant complained under Article 9 (freedom of thought) and Article 10 (freedom of expression)

of the Convention because of the termination of her employment contract and because the domestic courts in the civil proceedings subsequently refused to return her to work. She also claimed the violation of Article 14 of the Convention (prohibition of discrimination) as she was discriminated against for expressing her opinion, as well as the violation of Article 6 of the Convention (right to a fair trial) because of the outcome of the civil proceedings and because the Constitutional Court of the Republic of Croatia was not impartial. Lastly, under Article 13 ECHR (right to effective remedy), the applicant complained that she did not have an effective remedy to protect her freedom of expression. Regarding the alleged violation of Article 10 ECHR, the Court considered that interference with the freedom of expression in this case was lawful and pursued the legitimate objectives; the only question to be determined by the court was whether interference was “necessary in a democratic society”. The Court reiterated that Article 10 ECHR does not guarantee a completely unrestricted freedom of expression and that the exercise of that freedom carries with it certain duties and responsibilities. Therefore, although the applicant’s dismissal was a harsh punishment for her conduct, the Court concluded that the interference was not disproportionate to the legitimate aim pursued and could therefore be considered “necessary in a democratic society”. The Court rejected the complaint as manifestly inadmissible. Taking into account the alleged violation of Article 14 ECHR, the Court could find no reason to conclude that the dismissal was based on any discriminatory elements. Regarding the alleged violation of Article 6 ECHR, the Court considered that the relationship between Constitutional Judge A.R. and Supervisory Board Chairman S.L. was so distant and remote that this relationship could not justify her concern that the Constitutional Court was not impartial. The applicant did not provide any evidence suggesting that Judge A.R. was personally biased. The Court also dismissed claim on non-availability of an effective legal remedy for the protection of the applicant’s freedom of expression (Rajko, 2011b: 67). Vesna Balenovic founded the Whistleblower Association in 2008. This non-governmental, non-profit, non-partisan organization is committed to the full protection of the human and labor rights of individuals who, warn of crime, corruption and contempt of law in their communities. Shortly after the President of the Republic of Croatia appointed her the Commissioner for Whistleblowers, Vesna Balenovic was relieved of her duties. She believes that she has been appointed to this post for formal reasons, without a sincere desire for co-operation and intent to really help the “whistleblowers” and fight against crime and corruption (Gavran, 2016: 34).

*Case 4:* Ms. Jasmina Jovev was the head of the Office of the former Sisak-Moslavina County. Marina Lovrić Merzel was Mayor who publicly uncovered corruption and was fired. Her job was to fake reports for county advisory bodies, and forge

documentation related to representation expenses bills. The County Advisory Bodies were fictitious bodies that received millions annually from the budget for activities they did not perform. These are illegal fees paid without any work, just to secure a majority in the County Assembly. After she disclosed the information to the public, Mayor Marina Lovrić Merzel was arrested under the charges of corruption. The trial is still ongoing. In October 2013, Jovev was declared technologically redundant and placed in the non-allocated status. Subsequently, her case got under the jurisdiction of the Civil Service Tribunal, before which the Sisak-Moslavina County sought dismissal for breach of duty. Jasmina Jovev objected to the County's dismissal, the Labor Inspectorate investigated the case further and, finding irregularities, cancelled the dismissal decision. Jasmina Jovev is one of the few whistleblowers in Croatia who returned to her workplace.

*Case 5:* Mr. Srećko Sladoljev is a biologist and an immunologist who was suspended from his post at the Immunological Institute for publicly criticizing the administration for its non-transparent and harmful deal concerning the sale of vaccines. In 2009, he declared swine flu vaccination as a conspiracy of the media and pharmaceutical companies. Through numerous media appearances, he tried to make citizens aware of the fraud of the pharmaceutical industry. He was returned to his post and is still fighting for the survival of the Immunological Institute. He was invited to Brussels to participate in the drafting of the European Whistleblower Directive.

## 7. Conclusion

The adoption of new law on the protection of whistleblowers in Croatia is very timely since it occurred three months after the adoption of EU Directive on protection of whistleblowers which will become legally binding to all Member States (including Croatia) after the approval by EU ministers. Thus, we can say that national legal protection of whistleblowers in Croatia was conditioned by the initiative from the EU level and imminent obligation to align national laws with the EU *acquis*. Therefore, it is no surprise that Croatian law follows provisions of the proposed EU Directive and has adopted its main features.

Having in mind the national case-law analyzed, primarily the cases of Lepej, Prpic and Balenovic in which all whistleblowers got dismissed and national courts justified those dismissals, failing to provide them basic legal protection, the adoption of a *lex specialis* in this area was a necessity and *conditio sine qua non* for the employers, Croatian courts and overall public. Although it may seem that whistleblowers are only those who are publicly known, the practice is often different; a majority of whistleblowers at workplace in Croatia, but also in other countries, remains anonymous. We have to emphasize a stark difference

between Lepej and Prpić cases and Balenovic case because, in the latter, both national courts and the ECtHR found no legal grounds to justify whistleblowing.

In terms of employers, a significant step forward in the new law are provisions specifying the employees' obligations regarding the establishment of procedures for internal reporting, the legal protection of the whistleblower, and duty to undertake measures to remedy all irregularities, which might lead to improved legal protection of whistleblowers. Unfortunately, new law does not explicitly address procedure in which whistleblower would need to report on wrongdoings of direct supervisor who is at the same time the employer; but, we assume this case would be eligible for external reporting to the Ombudsperson. Explicit prohibition of discriminatory treatment of whistleblower in all areas of employment and work is also important for the comprehensive legal protection of whistleblowers, particularly considering that termination of employment contract is not the only retaliation measure whistleblowers can experience. Inability to get promoted, denial of access to professional trainings, harassment and other forms of retaliation are very common in the workplace as a direct consequence of reporting irregularities.

In terms of courts, the adoption of the new national law on whistleblowers' protection, along with EU Directive, will send a clear message to courts that whistleblowing plays "a key role in exposing and preventing breaches of the law that are harmful to the public interest and in safeguarding the welfare of society" (EU Directive, 2019).

In terms of public, it is still necessary to raise national awareness on the public benefits of disclosure of corruptive practices and other criminal activities, as well as to remove social stigma often labeling whistleblowers as "traitors." As long as whistleblowers are perceived in a negative light in the public eye, we will have under-reporting of criminal activities in the workplace and reluctance to report irregularities. Detecting fraud, corruption, illegal activities, unlawful performance, theft, possible endangering of human lives and other criminal activities should be viewed by public as a humane, beneficial and heroic act (rather than the opposite). If national laws do not provide comprehensive legal protection of whistleblowers, we cannot speak of state's commitment to successfully prevent crime. Ensuring legal support to whistleblowers could lead to public welfare and rule of law.

## References

Gavran, D. (2016). Kako djeluju odnosi s javnostima tvrtke koja je na meti zviždača (analiza slučaja *INA d.d.-V.Balenović*), Diplomski rad, Sveučilište Sjever, Sveučilišni centar Varaždin; available at <https://repositorij.unin.hr/islandora/object/unin:711>

Habazin, M. (2010). Zaštita „zviždača“, *Hrvatska javna uprava*, No.2, (331-348). Zagreb.

Pavlović Š. (2007). Fragmenti o položaju i zaštiti „zviždača“ u hrvatskom pravnom sustavu, *Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva*, str. 195-254, Zagreb.

Peček R. (2016). Sloboda izražavanja u nekim specifičnim pravnim situacijama, *Informator* br. 6450-6451 (str.6-7), Zagreb.

Rajko A. (2007). Radnopravni položaj „zviždača“, *Financije i porezi* br.8. (str.112-114), Zagreb.

Rajko, A. (2011a). „Zviždanje“ iz perspektive slučaja *Balenović protiv Hrvatske*, *Radno pravo*, br.2 (str.27-36), Zagreb.

Rajko, A. (2011b). Praksa europskog suda za ljudska prava vezana za „zviždače“, *Pravo i porezi*, br.5 (str.64-70), Zagreb.

### Web sources:

Centar za razvoj nevladinih organizacija (2017). Zaštita zviždača-terorija i praksa [https://epale.ec.europa.eu/sites/default/files/brosura\\_zastita\\_zvizdaca\\_web.pdf](https://epale.ec.europa.eu/sites/default/files/brosura_zastita_zvizdaca_web.pdf); retrieved 10 April 2018.

European Commission (2017). Estimating the Economic Benefits of Whistleblower Protection in Public Procurement (Final Report, by Millieu Ltd), Brussels, 2017, available at: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8d5955bd-9378-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-en>

Ministarstvo pravosuđa RH (2009). Analiza zaštite zviždača u državama članicama Europske Unije-pregled legislative, izvješća i mišljenja (Croatian Ministry of Justice, Analysis of Whistleblowers' Protection in EU Member States), Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, [https://pravosudje.gov.hr/userdocsimages/arhiva/Root%20Folder/Zvizdaci%20EU\\_analiza.pdf](https://pravosudje.gov.hr/userdocsimages/arhiva/Root%20Folder/Zvizdaci%20EU_analiza.pdf) (retrieved 10 April 2018)

Transparency International (2019), International Principles for Whistleblowers Legislation, available at: [https://www.transparency.org/whatwedo/publication/international\\_principles\\_for\\_whistleblower\\_legislation](https://www.transparency.org/whatwedo/publication/international_principles_for_whistleblower_legislation) (accessed 15 June 2019).

## Legislation

Zakon o zaštiti prijavitelja nepravilnosti (Act on the Protection of Irregularity Reporters/Whistleblowers), *Narodne novine* br. 17/19, available at: <https://www.zakon.hr/z/1927/Zakon-o-zaštiti-prijavitelja-nepravilnosti> (accessed 10 December 2019).

Zakon o bankama (Banks Act), *Narodne novine* br. 84/02, 141/06, accessed 10 December 2019 [https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1998\\_12\\_161\\_1983.html](https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1998_12_161_1983.html)).

Zakon o državnim službenicima (Civil Servants Act), *Narodne novine* br. No 92/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08, 34/11, 49/11, 150/11, 34/12, 49/12, 37/13, 38/13, 01/15, 138/15, 61/17, 70/19, 98/19, available at: <https://www.zakon.hr/z/108/Zakon-o-drzavnim-sluzbenicima> (accessed 10 Dec. 2019).

Zakon o radu (Labour Act), *Narodne novine* br. 93/14, 127/17, 98/19, available at: <https://www.zakon.hr/z/307/Zakon-o-radu> (accessed 10 December 2019).

Zakon o kaznenom postupku (Criminal Procedure Act), *Narodne novine* br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19, available at: <https://www.zakon.hr/z/174/Zakon-o-kaznenom-postupku> (accessed 10 June 2019).

Zakon o službenicima i namještenicima u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi (Act on Civil Servants and State Employees in Local and Regional Self-Government), *Narodne novine* br. 86/08, 61/11, 04/18112/19, available at: <https://www.zakon.hr/z/259/Zakon-o-sluzbenicima-i-namjestenicima-u-lokalnoj-i-podrucnoj-samoupravi> (accessed 10 June 2019).

Zakon o trgovini (Trade Act), *Narodne novine* br. 87/08, 96/08, 116/08, 76/09, 114/11, 68/13, 30/14, 32/19, 98/19, available at: <https://www.zakon.hr/z/175/Zakon-o-trgovini> (accessed 10 Dec. 2019).

Zakon o sustavu unutarnjih kontrola u javnom sektoru (Act on the Internal Financial Control System in the Public Sector), *Narodne novine* br. 78/15, 102/19, available at: <https://www.zakon.hr/z/806/Zakon-o-sustavu-unutarnjih-kontrola-u-javnom-sektoru> (accessed on 10 June 2019).

Zakon o zaštiti tajnosti podataka (Act on Protection of Data Confidentiality), *Narodne novine* 108/96, available at: <https://www.zakon.hr/z/748/Zakon-o-zaštiti-tajnosti-podataka> (accessed 10 June 2019).

UK Employment Rights Act (1996); available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents> (accessed 10 April 2018)

UK Public Interest Disclosure Act (1998); available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/23> (accessed 10 June 2017).

ECtHR and Croatian Case law

*Guja v. Moldova* (Application no 14277/04), Judgment of 12 February 2008; accessed 15 June 2019; <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2214277/04%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GR ANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-85016%22%5D%7D>,

*Heinisch v. Germany* (Application no. 28274/08), Judgment of 21 July 2011, accessed 15 June 2019; <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2228274/08%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GR ANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-05777%22%5D%7D>,

*Bucur and Toma v. Romania* (Application no. 40238/02), Judgment of 8 January 2013, available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-115844%22%5D%7D>, accessed 15 June 2019.

*Marunic v. Croatia* (Application no. 51706/11), Judgment of 28 March 2017, accessed 15 June 2019 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2251706/11%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GR ANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-172322%22%5D%7D>,

*Martin and Others v. France* (Application no. 30002/08), Judgment of 12 April 2012, available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-110306%22%5D%7D>, accessed 15 June 2019.

*Balenović v. Croatia*, Application No. 28369/07, Judgment of 30 Sept. 2010, available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2228369%22%2C%22appid%22:%5B%2228369/07%22%5D%7D>, accessed 1 June 2018.

Presuda Općinskog suda u Zagrebu (Judgment of the Municipal Civil Court in Zagreb) (Z. Prpic) br. Pr-2721/01 of 14 April 2008.

Presuda Županijskog suda u Zagrebu (Judgment of the County Court in Zagreb) (Z. Prpic) br. Gžr-1440/11-4 of 28 December 2011.

Presuda Vrhovnog suda u Zagrebu (Judgment of the Supreme Court in Zagreb) (Z. Prpic) br. Revr-651/12 of 25 April 2012.

Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske (Decision of the Constitutional Court of Republic of Croatia) (Z.Prpic), Number: U-III-1142/2013 of 1 December 2014.



**Doc. dr.sc. Helga Špadina,**

*Docentica, Katedra radnopravnih i socijalnih znanosti,*

*Pravni fakultet Osijek, Sveučilište Josipa Juraja Strossmayera u Osijeku, Hrvatska*

**Marina Kalafatić,**

*Mag. iur. Osijek, Hrvatska*

## **PRAVNI POLOŽAJ I ZAŠTITA TZV. "ZVIŽDAČA" U RADNOM PRAVU**

### **Sažetak**

*Pravna zaštita tzv. zviždača (osoba koje otkriju ili podijele informacije o aktivnostima koje su nezakonite, neetične ili nepravilne unutar organizacije) u kontekstu radnih odnosa iznimno je delikatna tema koja ne prestaje privlačiti pažnju svih koji se bave izučavanjem suvremenog radnog prava. Kada je radnik spreman prijaviti koruptivno djelo, neophodno je aktivirati mehanizam pravne zaštite zviždača od nezakonitog otkaza i istovremeno, aktivirati postupak određivanja koruptivnog djela sa jasnim mehanizmom i mjerama radno pravne zaštite kako bi se izbjegle moguće zloupotrebe bilo od strane radnika, bilo od strane poslodavca. Ovaj rad istražuje pravnu regulativu zaštite prava zviždača u kontekstu komparativnog radnog prava i u kontekstu presuda Europskog suda za ljudska prava. Također analiziramo i najnovije napore Europske Unije u području pravne zaštite zviždača, kao i najvažnije europske pravne instrumente. Kroz pravnu zaštitu zviždača, države zapravo doprinose zaštiti javnog interesa, napretku dobre uprave i jačanju vladavine prava, kao i provedbi temeljnog demokratskog prava na slobodu izražavanja.*

*U Republici Hrvatskoj skoro svi javno poznati zviždači otpušteni su sa radnog mjesta zbog prijave nepravilnosti i do danas, samo je jedan od njih sudskom odlukom vraćen na posao. Nedavno usvojeni zakon o pravnoj zaštiti zviždača bi mogao doprinijeti promjenama u tom području i mogao bi osigurati dugo iščekivanu pravnu zaštitu svih koji prijave koruptivna kaznena djela na svom radnom mjestu.*

**Ključne riječi:** zaštita zviždača, radno pravo, sloboda izražavanja.



**Doc. Anka Mihajlov Prokopović,\* PhD,**

*Assistant Professor, Communicology and Journalism Department,  
Faculty of Philosophy, University of Niš*

**Doc. Marija Vujović,\* PhD,**

*Assistant Professor, Communicology and Journalism Department,  
Faculty of Philosophy, University of Niš*

pregledni naučni rad  
10.5937/zrpf0-23433

UDK: 316.774:004.738.5]:34(4-672EU:497.11)  
004.738.5

Rad primljen: 01.10.2019.

Rad prihvaćen: 06.12.2019.

## ***MEDIA IN THE DIGITAL AGE: REGULATORY ASPECTS\*\****

**Abstract:** *The huge impact of digital technology has led to reconsidering the concept of the media. In theory, there is a common agreement about the new concept of the media, offered by Karol Jakubowicz (2009), which includes new content forms, new creators of content, and new media activities. Starting from this conception of the media, the European regulatory framework redefines many earlier solutions in its documents. A significant change is the “broadening” of the media concept that now includes Internet publications. On the other hand, editorial responsibility is a necessary condition for the website to be considered as a medium, and this requirement is defined in European media policy documents. The phenomena created as a result of the new digital environment pose significant challenges for media regulation. The Internet has enabled the direct participation of citizens who set up online content using new distribution channels; among other things, it leads to weakening the boundaries between the public and the private sphere. New intermediaries are entering the media sphere, such as Internet browsers and Internet content aggregators, which perform some media functions and functions similar to the media. The paper analyzes the solutions offered by European media regulations and Serbian legislation in this field.*

**Keywords:** *media regulation, digital media, Internet.*

---

\* anka.mihajlov.prokopovic@filfak.ni.ac.rs

\* marija.vujovic@filfak.ni.ac.rs

\*\* This paper was presented at the International Scientific Conference “Law and Multi-disciplinarity”, which was held at the Faculty of Law, University of Niš, on 12-13 April 2019.

## 1. Introduction

Rapid and extensive development of digital technology has led to the rethinking of the media concept. Even before digital technology, the impact of technology on the media was substantial. All media were once new, and the academic and professional public discussed about the possible impact the new technologies would have on media sphere. Changes caused by new technology have also brought about changes in society: electronic media have increased mass audiences and led to an increase in media power. "Media play a crucial role in all modern societies" (Lorimer, 1998: 64). This was noticed very early in the past; in the 18<sup>th</sup> century, the media were considered the fourth class (the first three classes were: church, landowners and bourgeoisie). The media often inform the public by providing analysis, while various groups and individuals "compete to interpret the real meaning of events" (Curran, 1990, in Lorimer, 1998: 64).

However, the new media that are emerging thanks to digital technology are making a dramatic change: all content can be represented in the same digital code, on the same device. Traditional media are changing with the emergence of new media formats and they can present their content on digital platforms). There is an active audience that posts blogs, tweets, records videos, and reports on disasters. *Participatory journalism* is born, where ordinary citizens act as journalists from the standpoint of witnesses of certain events, while professional journalists and professional media count on them in these situations. A new genre called live blog has been created, in which journalists and amateurs cover an ongoing event. Social media, Twitter above all, are becoming significant journalistic sources. Alfred Hermida, a Canadian author, professor and a former journalist and editor who launched the online edition of the BBC (1997), has coined the term *ambient journalism* which refers to listening to what the Twitter community has to say (Hermida, 2014: 360-361). Worldwide, traditional media (newspapers, radio, television) have had online editions for over a quarter of a century. Live streaming and podcast have changed the nature of traditional radio and enabled the renaissance of this medium. On-demand television has changed the way we choose television content. Online-only media are emerging, providing a possibility for new media pluralism.

## 2. Theoretical approach

This paper embraces the new media concept offered by Karol Jakubowicz (2009), which entails new content forms, new content creators, and new activities. Jakubowicz proposes that, thanks to the same digital code, all traditional media can become new, that citizen journalism is emerging in the digital environment, and that content aggregators and search engines are entering the digital media

sphere (Jakubowicz, 2009: 19-26). We will see later that elements of this definition have become part of the European media policy documents.

Snježana Milivojević also writes about conceptual change and new understanding of the media (2017: 159-167). Changes were made on several levels. Citizens have become participants in communication whose activities are not subject to any institutional approval. Moreover, due to the technological capabilities provided by the Internet, citizens can interact with public office holders. This is how power relations change and a new form of democracy emerges, which theorist John Keane calls monitory democracy (Keane, 2011, in Milivojević, 2017: 162). Digital intermediaries have been created; these are search engines and social media platforms, which provide access to a wide variety of digital content. Milivojević believes that some of the most important features of new media are: convergence, simultaneity, mobility and interaction. Convergence is a vital process where, thanks to digital coding, all content can be displayed in all Internet-based media. The simultaneity of new media is a feature that describes the process in which information is transmitted at the moment it occurs, that is, a situation in which “media time (broadcasting) has accelerated to that point that it is almost the same as real-time” (Milivojević, 2017: 164). The mobility of new media has created an environment where the user decides where and when to start the communication flow. In the world of new media, interaction is a feature that implies media participation, that is, voluntary participation in public communication and without restrictions usually imposed by traditional media (Milivojević, 2017: 165-166).

### **3. Regulation and the New Media: Challenges**

In his book called *Mass Communications*, the influential media theorist Rowland Lorimer noted that the biggest challenge for legislators and media policy makers is how to ensure that as many people as possible benefit from technological advances (Lorimer, 1998: 206). According to the sociologist Manuel Castells, who introduced the concept of mass self-communication, mass communications could now be renamed *Mass Self-communications*. These are the new online communication practices, such as individual production and choice/selection of content, distribution and reception of content practiced by a large number of Internet users, where the content, although individually produced or chosen, potentially reaches many users (Castells, 2014: 92-101).

Public policies face major challenges imposed by the new digital media. When writing about this topic, media theorist Snježana Milivojević emphasizes the need for the Internet to remain a creative, innovative and deregulated place without state intervention, to remain what Ithiel de Sola Pool, previously speaking about

mass media, called “technologies of freedom”. However, with the rise of hate-filled websites and the promotion of violence, the protection of human rights is becoming a necessity in the digital sphere as well. Therefore, like many others, Milivojević wonders: “how can we protect human rights but not endanger the freedom of speech?” (Milivojević, 2017: 170). Recently, this issue has become even more relevant when Facebook was used to live-stream a terrorist attack carried out by Brenton Tarrant in New Zealand who broadcast the attack on his Facebook profile<sup>1</sup>.

Other areas are also subject to regulation, or at least the need for regulation is indicated. Such is the case with the right to personal data protection and internet privacy. Given the power of the internet companies such as Google, Microsoft and Facebook, citizens expect the state to protect their personal data from sale or misuse. There is a recent example of such abuse: Cambridge Analytica Ltd. illegally used the personal data of 50 million Facebook users to create voter profiles for Trump’s 2016 presidential campaign<sup>2</sup>.

*The General Data Protection Regulation (GDPR) 2016/679*, which was adopted by the European Union in 2016 and entered into force in May 2018, replaced the former *Data Protection Directive 95/46/EC* which had provided guidance to EU member states for 23 years. In Serbia, the GDPR should be respected and observed by companies when processing personal data if they offer their goods or services to natural persons from the European Union. In Serbia, there is the *Personal Data Protection Act* adopted in November 2018. Rodoljub Šabić, then Commissioner for Information of Public Importance and Personal Data Protection, and the non-governmental organization *Share Foundation* suggested that this legislative act is merely a ‘copy’ of the *General Data Protection Regulation (GDPR)* adopted by the European Union. They claimed that “this law is a literal translation of the *GDPR*; thus, formal compliance with EU regulations is at the highest level; however, the law implementation in Serbia is questionable”<sup>3</sup>.

Given that most Internet users do not have enough knowledge about the applications they use, Vladan Joler of *Share Lab* defines this as soft colonization. He says that “Facebook has ceased to be merely an interactive digital scrapbook

---

1 *Politika* (2019). Ko je terorista sa Novog Zelanda? (Who is the New Zealand terrorist?). *Politika*, 15.3.2019; <http://www.w.politika.rs/sr/clanak/425059/Ko-je-terorista-sa-Novog-Zelanda>; Accessed 16.9.2019.

2 Stanojević, Z. (2018). Šta ti sve Fejsbuk može? (What can Facebook do to you?) *Vreme*, 29.3.2018. <https://www.vreme.com/cms/view.php?id=1587149> Accessed 16. 9. 2019.

3 *SeeuritySee* (2018). Usvojen Zakon o zaštiti podataka o ličnosti bez predloženih korekcija (The Personal Data Protection Act adopted without proposed corrections), 10.11.2018. Accessed 16. 9. 2019. <https://www.w.securit ysee.com/2018/11/usvojen-zakon-o-zastiti-podataka-o-licnosti-bez-predlozenih-korekcija/>

a long time ago. User tracking, data collection and analysis is Facebook's main business model, as well as Google's"<sup>4</sup>.

Milivojević points out that the new media regulation is increasingly content-related while it is less rigorous with regard to institutions regulation (which was a typical feature of traditional media) (Milivojević, 2017: 170). This is necessary in order for the internet content to be subject to such regulations.

Privacy protection as one of the journalism standards has become highly questionable. In the digital world, people voluntarily relinquish their privacy (Milivojević, 2017: 172). Furthermore, they also relinquish their children's privacy (by posting pictures and videos of their underage children on social media). A recent example is the case of the daughter of the well-known American actress Gwyneth Paltrow, who criticized her mother for posting a photo without the girl's permission<sup>5</sup>.

#### **4. European digital media policy**

Since the 1980s, binary opposition has been present in European media policy: on the one hand, there is the market and, on the other hand, there is culture and pluralism (Milutinović, 2018: 109). This binary opposition was caused by the dominance of the American cultural industry in the European market, to which the European Community responded by adopting a joint strategy in order to increase competitiveness.

Europe has fought for the principle of "cultural exception", which allows it to set mandatory quotas and maintain a system of subsidies for the public service media. During the debates that took place at the World Trade Organization, the European Union sought to ensure that all digital media fall within the category of audio-visual services. The objective of the European Union is to maintain "its limited liberalization commitments in these fields, and to keep implementing its programs in the audiovisual industry through bilateral trade or culture agreements" (Donders, Loisen & Pauwels, 2014: 4-5). This view is explained in the Digital Agenda for Europe and the Audiovisual Media Services (AVMS) Directive" (Milutinović, 2018: 111).

The ideas of the European media policy on the limited movement of media products are difficult to apply in a digital environment where media content

---

4 Stanojević, Z. (2018). Šta ti sve Fejsbuk može? *Vreme*. 29.3.2018. <https://www.vreme.com/cms/view.php?id=1587149> Accessed 16. 9. 2019.

5 *B92.net* (2019). Mama, nije trebalo to da radiš bez mog pristanka (Mum, you should not have done it without my consent), 31.3.2019. [https://www.b92.net/zivot/vesti.php?yy=2019&mm=03&dd=31&nav\\_id=1523863](https://www.b92.net/zivot/vesti.php?yy=2019&mm=03&dd=31&nav_id=1523863) Accessed 16. 9. 2019.

constantly flows and is globally available. This policy is disrupted by the interests of “the first-tier global media firms” (Herman & Mekčesni, 2004: 79). Social media companies based in the US have more and more power in the media world and they are only partially regulated. Their goal is profit, not the public interest (COMMIT, 2018, in Milutinović, 2018: 117). Media pluralism becomes less important.

With regard to this issue, in the opinion of the European Federation of Journalists, the European Union has failed to protect the most important values of European democracy: pluralism and the public interest (Milutinović, 2018: 118). One of the solutions that deviates from European standards to the largest extent is the issue of electronic communication confidentiality. *The Mass Surveillance Act*, which was enacted in the UK in November 2016, is particularly striking when it comes to the above issue. Communication privacy of the Internet users is at risk, since this legislative act allows security services to monitor private communications even without obtaining a court order. Furthermore, criminal liability can be imposed on anyone who discloses facts based on “information leaks, which practically means that journalists, reporters and their sources can be accused of espionage and betrayal even though the published information is in the public interest and does no harm to the democratic order” (Milutinović, 2018: 119).

Restrictions on media freedom and threats to journalists’ rights in the name of higher goals (most frequently - the fight against terrorism) exist not only in the UK but also in other European countries (Milutinović, 2018:120). In her paper, Milutinović concludes that European media policy suffers from a lack of consistency, which is manifested in the following facts: “There is no competent authority responsible for media policy at the European Union level; there is no constitution or an umbrella law which all European systems would be required to comply with; there is no uniquely articulated public interest recognized by the actors in this policy” (Milutinović, 2018: 124). The global economy has also influenced European values in the media sphere. “Paradigm shift has taken place: the principles and values that have evolved from the original matrix of the European democratic tradition over the centuries, and which became engrained in the policies governing communication processes in European communities in terms of standards have been sacrificed for the benefit of the non-public, that is, the economic, political, geostrategic and security interests” (Milutinović, 2018: 125).

*The Audiovisual Media Services Directive (AVMD)*<sup>6</sup> is a very important document within the European digital media policy. It was adopted in 2007, as an amend-

---

6 Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative



ment to the previously adopted *Television without Frontiers Directive* (1989), which at the time of its adoption met the needs of the joint European media space. These needs were expressed through specific requests for free broadcasting of European television programs within the internal market, as well as through the desire to ensure the protection of European television programs by means of broadcasting quotas. The 1989 Directive required TV channels to reserve half of their program for European contents. Broadcasters also had to reserve ten percent of their program for contents created by independent European producers. Almost two decades later, this Directive was amended to accommodate the major changes introduced by the Internet to the television broadcasting industry, and then it got its new name (Mihajlov Prokopović, 2016: 55-56). Former broadcasters have become audio-visual service providers. "Digital technology has enabled television on-demand, and this document defines two types of services: linear audio-visual media service (television broadcasting) and non-linear audio-visual media service (on-demand services) which programme users can watch at their own convenience. This *Directive* is based on the principles of technological neutrality and graduated regulation. The principle of technological neutrality means that all audio-visual services are treated in the same way regardless of the technology platform they use - television, internet or mobile phones. Graduated regulation involves the application of different levels of regulation, depending on the impact of different types of audio-visual services. The rules are more lenient when it comes to non-linear services because their impact is smaller due to the way they are used. This applies to the advertising policies and to the protection of minors" (Mihajlov Prokopović, 2016: 56).

In the new era of digital media, editorial control and the purpose of media have become the main criteria for distinguishing between media and new forms of communication practice. This is regulated by the *Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media*, adopted in 2011.

## **5. Media sphere and regulations in the field of online media in Serbia**

From the media perspective but also from a broader social perspective, the situation in the field of digital technology in Serbia is characterized by the growth of the Internet, the fact that almost all young people have their profiles on social networks, and the emergence and development of the digital media sphere. The latest data show that 80.1 % of households in Serbia have the Internet (Statistical

---

action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (*Audiovisual Media Services Directive*). Available in English at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32010L0013> (Accessed: 14.9.2019).

Office of the Republic of Serbia, 2019: 12). Social networking profiles, Facebook and Twitter, account for 70.1 % of the internet population (Statistical Office of the Republic of Serbia, 2019: 23-24). Only a small percentage of young people between the age of 16 and 24 do not have social media profiles; 96.4% of young people have social media pages (Statistical Office of the Republic of Serbia, 2018: 26). In Serbia, YouTube has the largest number of users (3.5 million users), followed by Facebook (3.3 million users) and Instagram (2.2 million users) (Direct Media United Solutions, 2019)<sup>7</sup>.

The number of online media in Serbia is increasing year by year; in 2018, there were 736 of them (IREX, 2019: 104). "Serbia has an established digital media sphere that is a growing media sector, which is very important when it comes to providing information to the public" (Mihajlov Prokopović & Jevtović, 2017: 145).<sup>8</sup>

*B92* was the first to launch its online edition in Serbia in 1995, thanks to the desire for the freedom of speech, and after the closure of *Radio B92*<sup>9</sup>. Other media soon followed suit: *Politika* (1997), *Danas* (1998), *RTS* (1999), *Vreme* (2000), and *Blic* (2003) (Mihajlov Prokopović, 2016: 199-200). Today, even those traditional media that were not digitally superior in the beginning, such as the weekly *Vreme* and the daily *Danas*, are introducing new media formats. For example, *Danas* has a Facebook interview, while *Vreme* has recently launched *Vugl*, an online media aimed at young users. *Blic* is the most visited web site, and its strategy is "digital first".

In digital environment, media brands are weakening as many new online-only based media have emerged. In spite of that trend, online editions of traditional media are still the most widely read both worldwide and in Serbia. In Serbia, these are: *Blic* (2.5 million visitors), *Kurir* (2.1 million visitors), and *B92* (2 million visitors) (IREX, 2018: 116). The problem with the newly established online media is that the content they present may be false. So, for example, high school students from the Macedonian city of Veles launched around 140 English-language websites that published fake news ahead of the 2016 US presidential election that they believed would be read by Trump voters. Since they had a huge number of visits, they made a lot of money. Eventually, though, they were discovered. Their motive was purely financial in nature - they wanted to make money. They

---

7 Direct Media United Solutions (2019). *Media trends 2019*. Available at [https://directmedia.biz/wp-content/uploads/pdf/Media\\_Trends\\_2019.pdf](https://directmedia.biz/wp-content/uploads/pdf/Media_Trends_2019.pdf) Accessed 29.9.2019.

8 The paper elaborates on the indicators that confirm the emergence and growth of the digital media sphere.

9 Radio and television *B92* no longer exists. Radio *B92* first changed its work concept and its name to Play (radio) in 2015, and then *B92* Television changed its concept and name to O2TV in 2017. At the time of writing this article, there is only *B92* web portal (*B92.net*).

were helped by the law of supply and demand; namely, the news about Trump was much less present in the mainstream media than that of Hillary Clinton (Warwick & Lewis, 2017: 31, in *Oxford Research Encyclopedia of Communication*, 2018: 10). A 17-year-old who runs a site with four other people said: “I started the site for an easy way to make money. In Macedonia, the economy is very weak and teenagers are not allowed to work, so we need to find creative ways to make some money. I’m a musician but I can’t afford music gear. Here in Macedonia, the revenue from a small website is enough to afford many things” (Silverman & Alexander, 2016)<sup>10</sup>. Fake news is also a major challenge for regulation in the digital sphere.

The changes made to the traditional media due to the spread of the Internet in Serbia became the subject matter of regulation only after the adoption of the *Public Information Act* (2003), which stipulates in only one article that the term “public media” also includes “the Internet and other electronic issues of the media in question” (Article 11 PIA). Therefore, this law took into consideration the new media practice which had already included the online editions of traditional media for some time back then. Online media became the subject of consideration of the *Strategy for the Development of the Public Information System in the Republic of Serbia until 2016*, which equated them with traditional media when it came to the possibility of applying for a system of subsidies for the public service media (Mihajlov Prokopović, 2016: 194). “*The Public Information and Media Act* (PIMA), adopted in 2014, deals with the production of content on the Internet in Articles 29 through 31 PIMA. This Act recognized for the first time that the media also includes ‘independent electronic publications (editorially driven websites or web portals)’ if they are registered in the Media Register (Article 29 PIMA). Article 30, paragraph 2 of this Act states that media do not include ‘internet platforms, such as internet forums, social media and other platforms that allow the free exchange of information, ideas and opinions among its members, or any other independent electronic publications, such as blogs, web presentations and similar electronic presentations, unless they are registered in the Media Register in accordance with this Act. This, in fact, guarantees freedom of speech on the Internet” (Mihajlov Prokopović, 2016: 195). If they want to gain media status together with all the rights and obligations that come with it, the website founders must register it in the Media Register.

*The Electronic Media Act of the Republic of Serbia* (EMA), adopted in 2014, regulates the field of audio-visual services, in many respects following the European

---

10 *BuzzfeedNews* (2016). How Teens in the Balkans Are Duping Trump Supporters With Fake News. *BuzzfeedNews*, November, 3, 2016; available at: <https://www.buzzfeednews.com/article/craigsilverman/how-macedonia-became-a-global-hub-for-pro-trump-misinfo> Accessed 29.9.2019.

Directive on audiovisual services by applying the principles of technological neutrality and graduated regulation. The Act regulates all audio-visual services in the same way, regardless of the distribution method and the device through which the content is mediated (television, computer or mobile phone), which reflects the principle of technological neutrality. This Act also prescribes stricter rules for regulating linear broadcasting than it does for television on-demand, which is the example of the principle of graduated regulation. The Act regulates entirely new services, such as web television and internet radio, by prescribing their mandatory registration in the Media Register (Mihajlov Prokopović, 2016: 195-196).

## 6. Journalistic self-regulation

The radical changes that the Internet has made to journalistic practice have inevitably led to the rethinking of journalism ethics and standards, and the possibility of their consistent application in the new digital environment. In media theory, two sets of opinions have emerged. The first one claims that professional ethics and codes of conduct that applied in the off line world remain the same in the online world (Belsey and Chadwick, 1992, in Diaz-Campo & Segado-Boj, 2015: 736). Another approach to this challenge is provided by those authors who talk about the big changes that the media world and journalism have experienced and continue to experience, and which are reflected in many formerly accepted solutions to ethical and professional dilemmas. "Interactivity, hypertextuality, the use of multimedia, and immediacy are some of the main features of digital journalism, and each of these, of course, raises its own new ethical issues" (Diaz-Campo & Segado-Boj, 2015: 736). For example, citizen participation in the professional news making process is a complete novelty. Citizen journalists comment on news on media websites, become a source of information and collaborate in research, including writing online articles. How can we ensure that these amateur journalists first get to know and accept journalism ethics and standards? Some media provide education opportunities for amateur journalists before allowing them to work for them. Such is the case with the Belgian newspaper *Het Belang van Limburg*, which conducted training for the 80 citizens who were hired, after that training, to report on local topics for that newspaper (Hermida, 2011: 22).

There are other areas in which there is a growing need for new solutions or for reviewing the old ones. This is especially true when one considers the fact that the boundaries between the private sphere and the public sphere are continually dissolving, or when we talk about hate speech that could easily get transferred from social networks into journalistic discourse. In her article "Taking Responsi-

bility: Legal and ethical issues in participatory journalism”, Jane Singer lists and analyses the challenges of participatory journalism: defamation, hate speech, and intellectual property (Singer, 2011: 131-133). Ana Martinoli and contributors mention the most important ethical issues of online journalism: “evaluating sources for reliability, republishing existing content (from the standpoint of privacy and copyright), transparency and accountability (mistake correction, conflicts of interest), as well as finding a balance between commercial and public interests (covert advertising, sensitive content: violence, pornography, hate speech)” (Martinoli, Krivokapić, Perkov, Stojković, 2019: 54). All of this has led many authors to advocate for the establishment of new professional and ethical rules, or at least for the old ones to be reviewed. Regardless of these new regulation areas and issues, it is indisputable that “regulation must have the same importance and influence in the online and off line world” (Milivojević, 2017: 169).

In this area, self-regulation is a significant instrument, as was the case before the Internet. It allows journalists to write professional and ethical rules themselves. According to Mijatović, this is a great advantage for online journalism: “self-regulation appears to be a solution to increase online accountability while offering more flexibility than state regulation” (Mijatović, 2013:5, according to Diaz-Campo & Segado-Boj, 2015: 737). An analysis of journalistic codes of ethics in 88 countries (including Serbia), which was conducted in 2015, reveals that only nine countries had sections dedicated to online journalism and journalists. Canada, the United Kingdom and Norway were the only countries which included these new journalism areas into their journalist codes of ethics (Diaz-Campo & Segado-Boj, 2015: 735).

In Serbia, the Press Council was established as a self-regulatory body in 2009. Today, its jurisdiction is accepted by online media as well. In addition to the daily newspapers, magazines, local media and news agencies, the Press Council website also includes web portals (35 online media). These are online media that accept the jurisdiction of the Press Council. However, the Press Council can also make decisions in cases where the subjects do not recognize its jurisdiction because this body “has established a limited jurisdiction towards the media which did not accept its full jurisdiction. This makes it possible to file a complaint against any print media, news agency or news portal if it is believed that the *Journalists’ Code of Ethics* has been violated” (Share fondacija, 2017: 50). Since the *Journalists’ Code of Ethics* was adopted in 2006, at a time when the online sphere had just started being developed, it was later on necessary to adapt and supplement many provisions of the *Journalists’ Code of Ethics* with the new solutions which would provide for addressing the problems arising

in the digital media sphere. In 2016, the Press Council adopted,<sup>11</sup> which follow the structure of the *Journalists' Code of Ethics*. Eight out of ten chapters in the *Journalists' Code of Ethics* have been adapted to include the online environment. More space was given to the areas referring to the citizen journalism content, the use of information from social media and respect for the copyrights of others (Share fondacija, 2017: 51).

The Press Council analysed the practice of 70 online media in the area of users' comments and republishing others' media content. The conclusion was as follows: "The online media are under constant pressure from competition and finance and many of them do not have the resources to fully control users' comments and republishing content by other media. These processes need to be aligned with their capabilities, and one of the crucial things is to have clear and unambiguous rules that are immediately visible and accessible" (The Press Council, 2018: 14). In line with its role, the Press Council has offered general models of these rules in the publication on its website (The Press Council, 2018: 15-26).

In addition, the Online Media Association has been considerably active in this area. Back in 2015 when it was founded, its (now former) president, Predrag Blagojević, stated that the ethical rules of online journalism were an important issue that this Association wished to address (Mihajlov Prokopović, 2016: 192). Four years after it was founded, the Association is still on this path. This Association issued two documents on this matter: *The Online Media Association Code* (2017) and *The Online Media Copyright Guide* (2016).

## 7. Conclusion

Our analysis of the solutions offered by European and Serbian regulations in the field of online media showed that:

- 1) European documents have adopted a new notion of media that is now gaining broader meaning than before. The criteria of this new notion are elaborated in European policy documents. Editorial control and the purpose of the media have become the main criteria of demarcation between media and digital communication entities that are not media. This is governed by *Recommendation CM / REC (2011) 7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of the media*.
- 2) The *Audiovisual Media Services Directive (AVMSD)* is an important document in European media policy in the field of audiovisual media and digital media,

---

11 *The Press Council* (2016). Guidelines for the implementation of Serbian Journalists' Code of Ethics in the Online Environment, *The Press Council*, Belgrade, 2016.

which introduced the principles of technological neutrality and gradual regulation.

- 3) In Serbia, online media and the new opportunities that digital technology provides to traditional media became the subject matter of broader legal regulation in 2014 (by enacting *the Public Information and Media Act*, and *the Eelectronic Media Act*). However, it has been estimated that these laws did not meet new challenges but dealt with topics from the past (Milivojević, 2017: 164).
- 4) In the field of ethical and professional rules of journalism, self-regulatory mechanisms provide first results. *Guidelines for the implementation of Journalists' Code of Ethics of Serbia in the online environment*, adopted in 2016, regulate some of the current issues of online journalism. The Online Media Association issued two documents in this area: the *Online Media Association's Code* (2017) and the *Online Media Copyright Guide* (2016).
- 5) The challenges that the online media sphere brings to both online media and citizens have been identified. The major challenges are in the field of privacy and the fabrication of fake news for which digital technology offers highly advanced digital tools.

## References

- Díaz-Campo, J., & Segado-Boj, F. (2015). Journalism ethics in a digital environment: How journalistic codes of ethics have been adapted to the Internet and ICTs in countries around the world. *Telematics and Informatics*. 32 (4). 735-744.
- Direct Media United Solutions. (2019). *Media trends 2019*. Accessed 29.9.2019. [https://directmedia.biz/wp-content/uploads/pdf/Media\\_Trends\\_2019.pdf](https://directmedia.biz/wp-content/uploads/pdf/Media_Trends_2019.pdf)
- Herman, E. S. & Mekčesni, R. V. (2004): *Globalni mediji* (The Global Media). Beograd: Clio.
- Hermida, A. (2011). Mechanism of Participations: How audience options shape the conversation. U: Singer, J. B. et al. (Prir.). *Participatory Journalism: Guarding Open Gates at Online Newspapers*. Boston: Wiley-Blackwell. 13-33.
- Hermida, A. (2014). Twitter as an Ambient News Network. U: Weller, K., Bruns, A., Burgess, J., Mahrt, M. & Puschmann, C. (Prir.). *Twitter and Society*. New York: Peter Lang Publishing. pp.359-373.
- IREX (2018). *Media Sustainability Index 2018: Europe & Eurasia*, Accessed: 14.9.2019; <https://www.irex.org/sites/default/files/pdf/media-sustainability-index-europe-eurasia-2018-full.pdf>

IREX (2019). *Media Sustainability Index 2019: Europe & Eurasia*, Accessed: 14.9.2019; <https://www.irex.org/sites/default/files/pdf/media-sustainability-index-europe-eurasia-2019-full.pdf>

Jakubowicz, K. (2009). *A new notion of media?* The First COE Conference of Ministers responsible for Media and New Communication Services, 28-29 May 2009, Reykjavik: Council of Europe.

Kastels, M. (2014). *Moć komunikacija* (The Power of Communications). Beograd: Clio.

Lorimer, R. (1998). *Masovne komunikacije* (Mass Communications). Beograd: Clio. Martinoli, A. Krivokapić, N. Perkov, B. Stojković, M. (2019). *Regulatorni okvir i poslovni modeli onlajn medija: priručnik* (The Regulatory Framework and Business Models of Online Media: A Handbook). Beograd: Fondacija za otvoreno društvo.

Mihajlov Prokopović, A. (2016). *Transformacija tradicionalnih medija u novom tehnološkom okruženju* (Transformation of Traditional media in a New Technological Environment), Doktorska disertacija, Univerzitet u Beogradu: Fakultet političkih nauka.

Mihajlov Prokopović, A. and Jevtović, Z. (2017). Transformaton of traditional media in Serbia to the networked society. U: Pralica, D. i Šinković, N. (Prir.). *Digitalne medijske tehnologije i društveno-obrazovne promene 7* (136-148). Novi Sad: Filozofski fakultet.

Milić, D. (2016). *Vodič kroz autorsko pravo za onlajn medije* (Online Media Copyright Guide). Niš: Asocijacija onlajn medija.

Milivojević, S. (2017). Šta je novo u novim medijima? (What's New in the New Media)? *Reč*. 87/33. pp.159-172.

Milutinović, I. (2018). Protivrečnosti evropske medijske politike (The Contradictions of European Media Policy) *CM: Communication and media*. XIII(42). pp.105-132.

*Oxford Research Encyclopedia of Communication* (2018). *Fake News*. Oxford: Oxford University Press.

Savet za štampu. (2018). *Analiza primene Smernica za primenu Kodeksa novinara Srbije u onlajn okruženju u 70 medija* (Analysis of the application of Guidelines for the implementation of the Serbian Journalist' Code of Ethics in online environment in 70 media). Beograd: Fondacija za otvoreno društvo, Srbija.

Share fondacija. (2017). *Share@Work 2016 – monitoring digitalnih prava i sloboda u Srbiji* (Share @Work 2016 - Monitoring digital rights and freedom in Serbia).



Silverman, C. and Alexander, L. (2016). How Teens In The Balkans Are Duping Trump Supporters With Fake News. *BuzzfeedNews*, 3 November 2016. (Accessed 29.9.2019); <https://www.buzzfeednews.com/article/craigsilverman/how-macedonia-became-a-global-hub-for-pro-trump-misinfo>

Singer, J. (2011). Taking Responsibility: Legal and ethical issues in participatory journalism. U: Singer, J. B. et al. (Prir.). *Participatory Journalism: Guarding Open Gates at Online Newspapers*. Boston: Wiley-Blackwell. pp.121-139.

Smernice za primenu Kodeksa novinara Srbije u onlajn okruženju (Guidelines for the implementation of the Journalist' Code of Ethics of Serbia in the online environment). *Savet za štampu*, Beograd, 2016.

Statistical Office of the Republic of Serbia. (2019). *Usage of information and communication technologies in the Republic of Serbia, 2019*. Belgrade; Available in English at: <https://publikacije.stat.gov.rs/G2019/PdfE/G201916014.pdf>

Statistical Office of the Republic of Serbia. (2018). *Usage of information and communication technologies in the Republic of Serbia, 2018*. Belgrade. Available in English at: <https://publikacije.stat.gov.rs/G2018/PdfE/G201816013.pdf>

Strategija razvoja sistema javnog informisanja u Republici Srbiji do 2016. godine (Strategy for the Development of the Public Information System in the Republic of Serbia until 2016), *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 75/2011. available at: <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/vlada/strategija/2011/75/1/reg>

Stojković, M. (2017). *Kodeks Asocijacije onlajn medija* (Online Media Association's Code). Niš: Asocijacija onlajn medija

#### Legal acts

*Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive)*. Available in English at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32010L0013> (Accessed: 14.9.2019).

*Recommendation CM / REC (2011) 7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of the media*. Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies. Accessed 15.9.2019. <https://www.osce.org/odihr/101403?download=true>

Zakon o elektronskim medijima (Electronic Media Act), *Službeni glasnik R. Srbije* br. 83/2014.

Zakon o javnom informisanju (Public information Act), *Službeni glasnik R. Srbije* br. 43/2003.

Zakon o javnom informisanju i medijima (Public Information and Media Act), *Službeni glasnik RS* br. 83/2014.

**Dr Anka Mihajlov Prokopović,**

*Docentkinja, Departman za komunikologiju i novinarstvo,  
Filozofskog fakulteta Univerziteta u Nišu*

**Dr Marija Vujović,**

*Docentkinja, Departman za komunikologiju i novinarstvo,  
Filozofskog fakulteta Univerziteta u Nišu*

## **MEDIJI U DIGITALNOM DOBU: REGULATORNI ASPEKTI**

### **Rezime**

*Veliki uticaj digitalne tehnologije doveo je do preispitivanja koncepta medija. U radu se ispituju izazovi koji su u oblasti regulacije medija nastali sa razvojem digitalne medijske sfere. U prvom delu rada se ti izazovi identifikuju, a potom se analiziraju rešenja koja su primenjena u oblasti evropske i srpske regulative. Ukazuje se na to da je novi koncept medija „proširen” u digitalnom dobu i da ga sada čine novi medijski subjekti, nove forme i nove medijske aktivnosti. Ipak, koliko god promenjeno to novo poimanje medija i dalje se može razgraničiti u odnosu na subjekte komunikativne prakse u digitalnom okruženju koji to nisu. Differentia specifica koju uvodi evropska regulativa je uređivačka kontrola i svrha medija. Analizirana je regulativa u Srbiji, koja Zakonom o javnom informisanju i medijima propisuje obavezu internet stranica koje žele da budu mediji da se prijave u Registar medija. Onlajn mediji su ovo prihvatili, verovatno i zato što je to uslov za učestvovanje na konkursima za sufinansiranje javnog interesa u medijima. Samoregulatorni mehanizmi u oblasti onlajn medija analizirani su sa posebnim osvrtom na situaciju u Srbiji gde su 2016. godine usvojene Smernice za primenu Kodeksa novinara Srbije u onlajn okruženju.*

**Ključne reči:** *medijska regulativa, onlajn mediji, internet, samoregulacija.*

**Dr Zdravko V. Grujić,\***  
Docent Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem  
u Koc. Mitrovici

pregledni naučni rad  
10.5937/zrpfno-23537

UDK: 343.6:177.82(497.11)  
177.82  
343.971

Rad primljen: 10.10.2019.  
Rad prihvaćen: 11.12.2019.

## **ZLOČINI MRŽNJE KAO SPECIFIČAN OBLIK KRIMINALNOG PONAŠANJA\*\***

**Apstrakt:** Mržnja predstavlja specifičan motiv za vršenje krivičnih dela. Pored zločina koji se vrše iz mržnje izvršioca prema individualiziranoj žrtvi (sa kojom postoji prethodni odnos iz kojeg se razvila negativna emocija – mržnja), istorija nam ukazuje na brojne primere proganjanja, napadanja, ugrožavanja ili uništavanja usmerenih ka žrtvama zbog njihove, stvarne ili pretpostavljene, pripadnosti određenoj rasi, nacionalnom ili etničkom poreklu, religiji ili drugom svojstvu grupe (kolektiviteta). Predrasuda izvršioca o pripadnosti žrtve određenoj grupi i mržnja prema tom kolektivitetu, agresija, brutalnost i nasilje, napadi na život, fizički integritet i imovinu žrtava, stvaranje osećaja nesigurnosti, predstavljaju samo neke od karakteristika ovog posebnog oblika kriminalnog ponašanja – zločina mržnje.

Pojam „zločini mržnje” pojavljuje se polovinom 80-ih godina XX veka u SAD, nakon čega započinju empirijska istraživanja fenomena i pokušaji da se pronađu delotvorni mehanizmi krivičnopravnog reagovanja. Ovaj rad posvećen je kritičkoj analizi problema pojmovnog određenja zločina mržnje, fenomenološkom aspektu, tipologiji izvršilaca, žrtvama i viktimiziranim grupama i drugim specifičnostima ovog oblika kriminalnog ponašanja, kao i predstavljanju krivičnopravnih načina reagovanja na ove zločine u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije.

**Ključne reči:** zločini mržnje, žrtve zločina mržnje, otežavajuća okolnost.

\* zdravko.grujic@pr.ac.rs

\*\* Rad je saopšten na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo i multidisciplinarnost”, koja je održana 12. i 13. aprila 2019. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu.

## 1. Uvod

Mržnja predstavlja specifičan motiv za vršenje krivičnih dela i, posmatrajući retrospektivno, preovlađujuću determinantu u genezi najtežih masovnih zločina izvršenih u istoriji ljudske civilizacije. Progoni pripadnika novo-osnovane hrišćanske religije u Rimskom carstvu, krstaški pohodi, postupanje inkvizicije prema jereticima, zločini prema domorodačkom stanovništvu prilikom procesa kolonizacije, zločini izvršeni tokom svetskih ratova, aparthejd ili genocid, predstavljaju samo neke od istorijskih primera zločina izvršenih iz mržnje prema „drugim” (ili drugačijim) pojedincima ili kolektivitetima.

Mržnja je, kako se ističe u literaturi, „antropološka greška – vrsta afektivne pomenosti, ili poremećaj „afektivne ravnoteže”. Satanizacija drugoga, koji se doživljava kao neprijatelj, kao stranac, predstavlja uvod u zajednički predmet mržnje, u averziju prema kolektivnoj „drugosti”, u kolektivnu mržnju (Milašinović, Simeunović Patić, 2010: 390). Kolektivna mržnja izvršilaca prema pripadnicima grupa koje su viktimizirane i predrasude prema njima, istovremeno, u sociološkom i kulturološkom smislu, predstavljaju izgovor i opravdanje za njihovo postupanje i vršenje zločina.

Nesporno je da je monstruoznost zločina i masovnost žrtava obeležila čitav XX vek, kao što je i činjenica da je u tom vremenskom okviru tok događaja presudno uticao na promenu svesti celokupnog čovečanstva i stvaranje preduslova za razvoj krivičnopravnih mehanizama zaštite od kolektivnih zločina izvršenih iz mržnje i predrasude prema drugačijim kolektivitetima. Savremena krivična zakonodavstva (kao i međunarodni krivičnopravni izvori) danas pružaju zaštitu pripadnicima određenih grupa čija sigurnost može biti ugrožena vršenjem masovnih zločina. Tim inkriminacijama štite se čovečnost i osnovna ljudska dobra zaštićena međunarodnim pravom, kao što su život, telesni integritet, sloboda, čast, ugled, dostojanstvo i imovina pripadnika određenih kolektiviteta.

S druge strane, mržnja je, svakako, motiv izvršenja tradicionalnih krivičnih dela prema pojedinačnoj žrtvi (sa kojom izvršilac ima prethodni odnos). Izvršenje takvih zločina karakteriše nasilje i agresivnost izvršioca, determinisano i konsekvantno stepenu mržnje prema žrtvi. Krivičnopravna relevantnost mržnje kao motiva u izvršenju krivičnog dela je mnogostruka i značajna – utvrđuje se ne samo

u postupku otkrivanja i dokazivanja dela, i utvrđivanja stepena krivice učinioca, već i u postupku izricanja kazne, kao okolnost koju sud posebno ocenjuje prilikom odmeravanja kazne.

Savremena iskustva i empirijska istraživanja potvrđuju da postoje krivična dela koja se vrše iz mržnje i predrasude u činioca prema pripadnicima određenih grupa ili kolektiviteta, kao i da i u razvijenim društvima postoje grupe (kolektiviteti) koje su posebno ugrožene i vulnerabilne.<sup>1</sup> Pripadnost žrtve kolektivitetu može biti stvarna ili pretpostavljena, ali su predrasude i mržnja izvršioca prema tom kolektivitetu ključni motiv izvršenja. U pitanju su dela nasilničkog karaktera usmerena na život, fizički integritet, sigurnost, slobodu ili imovinu pripadnika viktimizirane grupe. Zločini mržnje, najčešće, nisu plod ranijeg poznanstva ili veze između izvršioca i žrtve – naprotiv, oni su primer onoga što se u kriminologiji naziva *stranger danger* (Pavlović, 2008: 857).

Iako bi se krivična dela motivisana mržnjom izvršioca prema određenom kolektivitetu mogla proučavati kao deo nasilničkog kriminaliteta, jer po svom osnovnom sadržaju to i jesu, postoji čitav niz osobenosti ove vrste kriminalnog ponašanja zbog čega smatramo da se ono mora posmatrati kao poseban, specifičan, oblik kriminaliteta.<sup>2</sup>

To su, pre svega: 1. visok stepen društvene opasnosti ovih dela; 2. kolektivna viktimiziranost pripadnika grupe i stvaranje klime opšte nesigurnosti; 3. depersonalizacija žrtve; 4. stvarna ili pretpostavljena pripadnost žrtve određenoj grupi; 5. mržnja kao motiv izvršenja; 6. predrasude izvršioca prema određenom kolektivitetu; 7. nasilnički karakter dela, agresivnost i destruktivnost; 8. diskriminacija pripadnika određene grupe i uspostavljanje odnosa „mi i oni”; 9. lično svojstvo žrtve kao zajednička karakteristika grupe; 10. postojanje stereotipa o pripadnicima određenih grupa i kreiranje modela „kulture mržnje”; i 11. visoka tamna brojka kriminaliteta.

---

1 U pitanju su npr. narodi ili manjinske etničke zajednice na teritoriji naseljenoj većinskim narodom, manjinske verske zajednice u okruženju dominantne religije (npr. hrišćani u muslimanskim državama, pripadnici islamske veroispovesti u „državama zapada”), pripadnici manjinske rase, pripadnici manjinskih seksualnih grupa, kao i drugih „specifičnih” kolektiviteta u društvenoj zajednici, prema kojima se vrše zločini motivisani mržnjom i predrasudama.

2 U literaturi, svakako, postoje i suprotni stavovi o tome da je potrebno posebno izdvajati i istraživati zločine mržnje zbog potencijalnih negativnih konsekvenci takvog pristupa (npr. u rušavanje principa jednakosti građana pred zakonom; pospešivanje sukoba društvenih grupa; uticaj na uspostavljanje zaštite određenim kolektivitetima, diferencijacija društvenih kolektiviteta, i dr.).

Cilj ovog rada je da ukaže na ove i druge specifičnosti fenomena zločina mržnje, kao argumente da se radi o posebnom obliku kriminaliteta i koje nam mogu poslužiti i za distinkciju u odnosu na nasilnički i druge oblike kriminaliteta. U tom kontekstu, neophodno je osvrnuti se na problem pojmovnog određenja zločina mržnje, ukazati na fenomenološki aspekt problema i tipologiju izvršilaca. Na kraju rada biće predstavljeni i modaliteti krivičnog pravnog reagovanja na zločine mržnje, uz ukazivanje na pionirske korake u savremenoj sudskoj praksi u Republici Srbiji.

## 2. Definisane pojma zločina mržnje

U literaturi se pojavljuje mnoštvo definicija zločina mržnje od kojih niti jedna „ne osporava da su u pitanju zločini motivisani predrasudama” (Kovačević, 2009: 93), ali koje se razlikuju u odnosu na početni pristup u definisanju ovog fenomena. Sociološke definicije, npr., polaze od savremenog društvenog konteksta i opisuju širi aspekt fenomena zločina mržnje. Tako *Bowling* ukazuje da zločine mržnje ne treba posmatrati kao događaj već „kao društveni proces koji se nikad ne dešava u društvenom vakuumu” i da je za njihovo razumevanje bitno shvatiti istorijski i društveni kontekst odnosa između suprotstavljenih zajednica, posebno procese fizičkog nasilja, pretnji, zastrašivanja i sistematske viktimizacije (Bowling, 1993: 238, prema: Lalić, 2013: 21), dok *Sheffield* smatra da zločini mržnje „ne predstavljaju izolovane incidente nego posledicu političke kulture koja dodeljuje prava, privilegije i društveni ugled na osnovu bioloških ili društvenih karakteristika”, i posebno ističe „značaj duboko ukorenjene hijerarhije identiteta kao osnove za zločine mržnje” (Sheffield, 1995: 438, prema: Lalić, 21).

U objašnjenju uzroka problema pojmovnog određenja, u literaturi se navodi da je „za razliku od drugih oblika kriminaliteta – poput organizovanog, kriminaliteta belog okovratnika, kriminaliteta nasilja, nasilja u porodici i slično – koji su prvo teorijski definisani u kriminologiji, a nakon toga normativno operacionalizovani u krivičnom pravu, kod zločina mržnje ovaj proces je išao obrnuto. Prvo su zakonodavci u SAD i Velikoj Britaniji, reagujući na teške zločine ove vrste, koji su doveli do ozbiljnih društvenih napetosti, uveli kategoriju zločina mržnje u krivično pravo i pravosudnu praksu, da bi, nakon toga, kriminolozi pristupili naučnom uobličavanju ovog pojma. Takva praksa dovela je do niza dilema i nepreciznosti u definisanju pojma zločina mržnje (Ignjatović, 2005: 4).”

Naime, termin zločini mržnje nastao je u SAD polovinom 80-ih godina prošlog veka kako bi se njime objasnila serija incidenata izvršenih protiv lica jevrejskog i azijskog i afroameričkog porekla, i, ubrzo, kao takav, počeo da se koristi u političkom rečniku i masovnim medijima, zatim i u pravnoj i kriminološkoj doktrini i istraživanjima.<sup>3</sup>

Preciznije, američki kongres je 1985. godine usvojio zakon koji je utvrdio obavezu vođenja statističkih evidencija o zločinima koji su motivisani rasnim, verskim i etničkim predrasudama i mržnjom izvršioca prema žrtvi,<sup>4</sup> dok je pet godina kasnije usvojen zakon o prevenciji ovih zločina.<sup>5</sup> Kongres je 1993. godine usvojio zakon kojim se propisuje strože kažnjavanje učinilaca dela zločina mržnje,<sup>6</sup> i time zaokružio sistem krivičnopravnog reagovanja na ovaj oblik kriminaliteta u SAD na federalnom nivou.

U Engleskoj i Velsu je od 1998. godine moguće strože kažnjavanje učinilaca ukoliko se utvrdi da krivično delo predstavlja zločin mržnje, rasne ili verske,<sup>7</sup> odnosno po osnovu predrasuda prema invalidnosti i seksualnoj orijentaciji žrtve.<sup>8</sup> Zločini mržnje ubrzo postaju predmet legislativnog regulisanja u uporednom zakonodavstvu, a termin (preveden na nacionalne jezike) postaje gotovo opšteprihvaćen.

---

3 Pored termina zločini mržnje, kao sinonim se koristi i termin zločini iz mržnje. Uporedo se za zločine mržnje koriste i termini zločin motivisan predrasudama ili zločin iz predrasuda – *bias motivated crimes, bias crimes*. I ovi termini se mogu smatrati sinonimima, imajući u vidu da zločine mržnje karakterišu mržnja i predrasuda izvršioca prema pojedincu kao, stvarnom ili pretpostavljenom, pripadniku određenog kolektiviteta.

4 H. R. 2455 — 99th Congress: Hate Crime Statistics Act.” [www.GovTrack.us](http://www.GovTrack.us). 1985. <https://www.w.govtrack.us/congress/bills/99/hr2455>, (21. 09. 2019); I pre usvajanja zakona na federalnom nivou bilo je država koje su zakonski uredile pitanja koja se odnose na otkrivanje i sprečavanje zločina mržnje. U Kaliforniji je zakon usvojen 1978. godine, a u državama Vašington i Oregon tri godine kasnije – 1981. godine.

5 Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act. Više o tome: <https://www.justice.gov/crt/matthew-shepard-and-james-byrd-jr-hate-crimes-prevention-act-2009-0>, (21. 09. 2019); Zakonom se predviđa nadležnost u postupanju prema ovim krivičnim delima i u slučajevima predrasuda i mržnje u odnosu na invaliditet i seksualno opredeljenje žrtve (od izmena i dopuna zakona iz 2009. godine i na rod i polni identitet žrtava).

6 H. R. 1152 (103rd): Hate Crimes Sentencing Enhancement Act of 1993.

7 *Crime and Disorder Act* (1998), <https://www.legal-tools.org/doc/e15559/pdf/>, (21. 09. 2019);

8 *Criminal Justice Act* (2003). [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/pdfs/ukpga\\_20030044\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/pdfs/ukpga_20030044_en.pdf), (21. 09. 2019);

Američki FBI (*Federal Bureau of Investigation – FBI*), koji je na federalnom nivou nadležan za istraživanje zločina mržnje, smatra da ovu vrstu čine „tradicionalna krivična dela poput ubistava, podmetanja požara ili vandalizam, uz dodatni element – predrasudu izvršioca” i definiše zločine mržnje kao „krivična dela usmerena protiv osoba ili imovine koja su, u celini ili delimično, motivisana predrasudama izvršioca u odnosu na rasu, religijska uverenja, invaliditet, seksualnu orijentaciju, etničku pripadnost, rod i polni identitet”.<sup>9</sup> Ministarstvo pravde SAD (*U. S. Department of Justice*), daje objašnjenje da termin „mržnja” može biti pogrešno protumačen jer se pod njim, kod definisanja pojma zločini mržnje, „ne podrazumeva bes, ljutnja ili opšte nezadovoljstvo, već se odnosi na predrasude izvršioca prema pojedincu ili zaštićenom kolektivitetu sa specifičnim karakteristikama.”<sup>10</sup>

*Levin* i *McDevitt* definišu zločine mržnje kao „krivična dela koja su, u celosti ili delimično, motivisana činjenicom ili predrasudom da je žrtva različita od izvršioca dela.” Ovi autori naglašavaju da ovakva definicija ima tri značajna elementa i da je iz tog razloga široko prihvaćena: „prvo, da uključuje radnje koje su već predviđene kao krivična dela (većina zakonodavstava ne inkriminiše novo ponašanje kao krivično delo, umesto toga predviđa mogućnost poošttravanja kazni za dela koja su već protivpravna i predviđena u zakonu kao krivična dela); drugo, naglašava motivaciju za izvršenje krivičnog dela (rasnu, versku, etničku ili drugu identitetsku razliku između žrtve i izvršioca); i kao treće, ne identifikuje niti jedan kolektivitet koji ima ekskluzivno pravo zaštite od zločina mržnje” (*Levin, McDevitt, 2002: 2,3*).

U domaćoj literaturi navodi se opisna definicija zločina mržnje prema kojoj su to ona postupanja kojima se ispoljava „pokazivanje predrasuda baziranih na rasi, religiji, nesposobnosti, seksualnoj opredeljenosti ili etničkoj pripadnosti, uključujući, kada je to podesno, ubistva, ubistva iz nehata, silovanja, teške telesne povrede, telesne povrede, zastrašivanje paljevinom, kao i uništenje i oštećenje imovine i vandalizam” (*Titus Reid: 2003, prema: Konstantinović Vilić, Nikolić Ristanović, Kostić, 2010: 148*), ali je u potpunosti prihvatljiva i, istovremeno, dovoljno široka definicija prema kojoj zločini mržnje predstavljaju „dela koja se vrše iz mržnje, odbojnosti ili negativne nastrojenosti izvršioca prema grupi ili kolektivitetu kojima žrtva, po njegovom mišljenju, pripada”

---

<sup>9</sup> Federal Bureau of Investigation, Defining a Hate crime, <https://www.fbi.gov/investigate/civil-rights/hate-crimes>, (21. 09. 2019).

<sup>10</sup> <https://www.justice.gov/hatecrimes/learn-about-hate-crimes>, (21. 09. 2019).



(Ignjatović, 2018: 108), koja se u radu koristi prilikom upotrebe pojma zločini mržnje.

Ovako definisan pojam zločina mržnje ujedno omogućava distinkciju između različitih drugih oblika krivičnih dela učinjenih iz mržnje (kao što su npr. genocid ili zločini protiv čovečnosti), koja podrazumevaju mržnju, neprijateljstvo ili negativan stav izvršilaca prema žrtvama, s jedne strane, i „govora mržnje”, kojim se može „uticati” na izvršenje zločina mržnje (ukoliko „govor mržnje” nije inkriminisan), s druge strane, u odnosu na dela koja prema svom karakteru predstavljaju tzv. tipične zločine mržnje.

### 3. Fenomenologija zločina mržnje

Prema statističkim podacima u sistemima u kojima se ovi podaci prikupljaju, obrađuju i prikazuju, može se utvrditi da zločini mržnje predstavljaju nasilnička krivična dela uperena protiv života, telesnog integriteta, sigurnosti, slobode ili imovine pripadnika specifičnih (zaštićenih) grupa, čije je izvršenje motivisano predrasudama prema veroispovesti, rasi, nacionalnoj ili etničkoj pripadnosti (poreklu) ili seksualnoj orijentaciji žrtve, odnosno ređe prema rodu, polnom identitetu, jeziku ili drugom svojstvu pripadnika kolektiviteta.

Prema podacima koji su predstavljani u *Uniform Crime Reports – Hate Crime Statistic* za 2017. godinu, u SAD je prijavljeno ukupno 7.175 zločina mržnje, od kojih je u 7.106 slučajeva u pitanju predrasuda prema jednom od motiva (koji uključuje 8.126 izvršilaca (6.307 poznatih) i 8.493 žrtve), dok u preostalih 69 postoje višestruke predrasude koje uključuje 311 izvršilaca (63 poznata) i 335 žrtava ovih dela. Od 7.106 prijavljenih zločina (pojedinačna predrasuda – *single bias incidents*) 58,1% motivisano je rasnom, nacionalnom ili etničkom predrasudom, 22% predrasudom po osnovu veroispovesti žrtve, 15,9% na osnovu seksualne orijentacije, 1,7% na osnovu polnog identiteta, 1,6% na osnovu invaliditeta i 0,6% na osnovu predrasude prema polu žrtve.

Od 4.832 zločina mržnje čije je izvršenje motivisano rasnom, nacionalnom ili etničkom pripadnošću ili poreklom, 48,8% motivisano je predrasudama prema Afroamerikancima („crncima”), 17,5% prema pripadnicima bele rase, 10,9% prema Latinoamerikancima i Hispanoamerikancima, 5,8% prema licima indijanskog porekla, 4,4% prema licima čije poreklo čini više od jedne rase, 3,1% prema Azijatima, 2,6% prema Arapima i 6,9% prema ostalim.

Od 1.679 zločina mržnje motivisanih predrasudom na osnovu veroispovesti, 58,% izvršeno je protiv Jevreja, 18,7% protiv pripadnika islamske veroispovesti, 4,5% protiv katolika, 2,4% protiv protestanata, 1,4% protiv pravoslavaca i 15% prema pripadnicima drugih manjinskih religija.

Kada je u pitanju seksualna orijentacija žrtve, od ukupno 1.303 prijavljenih zločina mržnje 58,2% izvršeno je iz predrasuda prema homoseksualcima, 12,6% prema lezbejkama, 2,8% prema heteroseksualcima, 2,1% prema biseksualnim i 24,6% zbog mržnje prema svim manjinskim seksualnim grupama (*LGBT*).

Od 132 zločina izvršena zbog predrasuda prema polnom identitetu, 118 je izvršeno prema transrodnim osobama. Od 128 dela izvršenih iz predrasuda prema invaliditetu, 93 izvršeno je prema licima sa mentalnim, a 35 sa fizičkim nedostacima. Od 54 zločina izvršenih zbog predrasuda vezanih za pol, 28 je izvršeno zbog predrasuda prema ženama, a 25 prema muškarcima.

Prema tipologiji izvršenih dela, od ukupnog broja prijavljenih dela 60,3% je izvršeno prema licima (osobama), 36,9% prema njihovoj imovini i 2,8% prema društvenoj zajednici (kolektivitetu). 27,6% čine nasilnička krivična dela i vandalizam, 27,1% pretnje i zastrašivanje, 20,7% uvrede i vređanje, 11,7% vređanje i nasilničko ponašanje prema žrtvi.<sup>11</sup>

Podaci o zločinima mržnje u Engleskoj i Velsu, prikupljeni u periodu od 2014. do 2016. godine, prikazani u *Crime Survey (CSEW)* pokazuju da je u tom periodu izvršeno 204.000 zločina motivisanih predrasudama. Od tog broja 104.000 dela izvršeno je iz predrasude prema rasi, nacionalnom i etničkom poreklu ili pripadnosti, 31.000 prema veroispovesti, 27.000 prema seksualnoj orijentaciji i 67.000 iz predrasuda prema invaliditetu žrtve. Prema zvaničnim policijskim podacima, u 2015. godini izvršeno je ukupno 62.518 zločina mržnje, i taj broj je za 19% viši nego u 2014. godini (Walters, Wiedlitzka, Owusu-Bempah, Goodall, 2017; 52–55). Broj zvanično prijavljenih dela je znatno manji u odnosu na podatke prikazane u *CSEW*, što samo govori u prilog tezi da je tamna brojka kriminaliteta kod ovog oblika kriminalnog ponašanja jako velika.

Kancelarija za demokratske institucije i ljudska prava Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju (*OSCE – Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR)*) prikuplja i objavljuje podatke o zločinima mržnje

---

11 Uniform Crime Reports – Hate Crime Statistic 2017. (2018). U. S. Department of Justice – Federal Bureau of Investigation <https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2017/topic-pages/incidents-and-offenses.pdf>, (21. 09. 2019).

u više od pedeset država. Kada je u pitanju Republika Srbija, prema ovom izvoru, dostavljeni su podaci i zvaničnih organa i partnerskih organizacija o delima prijavljenim u periodu od 2013. do 2017. godine.

Prema zvaničnim podacima u 2013. godini izvršeno je 64 zločina motivisanih predrasudama, 2014 – 87 zločina, 2015 – 79 zločina, 2016 – 9 zločina i 2017 – samo 5 zločina mržnje. Isti izvor navodi da za 11 krivičnih dela prijavljenih policiji u 2017. godini (!) nema podataka o motivu izvršioca. Od ovog broja, 8 predstavljaju krivična dela vandalizma, dok se kod 3 dela koristi pretnja žrtvi ili dolazi do ugrožavanja sigurnosti žrtve. Prema nezvaničnim izvorima koji se odnose na isti period, evidentirano je 25 zločina mržnje (!), od čega 20 čine krivična dela motivisana predrasudama prema seksualnoj orijentaciji žrtava (10 nasilničkih dela, 9 pretnji nasiljem i 1 delo usmereno protiv imovine žrtve), 3 zločina je motivisano predrasudama prema Romima, jedno delo motivisano je rasizmom i ksenofobijom, dok je jedno delo motivisano antisemitizmom i bilo je usmereno na uništavanje imovine pripadnika jevrejske zajednice.<sup>12</sup>

Predstavljeni podaci moraju biti prihvaćeni sa skepticizmom, imajući u vidu neujednačenost metodoloških postupaka za prikupljanje i predstavljanje podataka o zločinima mržnje u različitim državama. Nesporna je činjenica da je stvaran broj ovih zločina znatno veći i može se pretpostaviti da je proporcionalan stepenu netrpeljivosti dominantnih društvenih grupa prema manjinskim i marginalizovanim kolektivitetima.

Za razumevanje fenomenoloških karakteristika zločina mržnje i pojava oblika ovih dela, bitno je ukazati i na klasifikaciju ovih zločina koju su predstavili *Levin* i *McDevitt*. Prema ovim autorima, postoje četiri osnovna tipa zločina mržnje u odnosu na konkretizovanu motivaciju izvršioca dela.

Zločini izvršeni iz zabave (*thrill hate crimes*) – istraživanja obavljena u Bostonu su pokazala da su tri od pet zločina mržnje izvršena iz zabave, pri čemu su izvršioci najčešće bili tinejdžeri bele rase koji ranije nisu poznavali žrtve koje napadaju. Najveći rizik od viktimizacije zabeležen je kod lica čije je poreklo iz Azije i Latinske Amerike. Uzbuđenje i zabava bili su konkretni porivi izvršenja zločina motivisanih predrasudama, a mesto izvršenja oblasti u kojima su nastanjeni manjinski kolektiviteti.

---

12 <http://hatecrime.osce.org/serbia>, (21. 09. 2019).

Odbrambeni zločini (*defensive hate crimes*) – predstavljaju dela koja nastaju kao posledica određenog događaja nakon kojeg počinje da se ispoljava mržnja i bes izvršioca koji „racionalizuje” da nastupa zaštitnički i „brani” status svoje zajednice od pripadnika manjinskih kolektiviteta („crnaca”, „Azijata”, Latino ili Hispanoamerikanaca). Izvršilac opravdava svoju aktivnost, čak i oseća obavezu da je brani. Zločini se najčešće izvršavaju u neposrednom životnom okruženju izvršioca, gde svaka promena (npr. doseljavanje porodice afroameričkih korena, unapređenje kolege azijskog porekla) predstavlja potencijalnu pretnju.

Zločini osvete ili odmazde (*retaliatory hate crimes*) predstavljaju dela koja se javljaju kao reakcije na „doživljeni” zločin mržnje. Izvršioци najčešće deluju samostalno, a delo se vrši u oblasti u kojoj boravi žrtva. Zločin se vrši iz odmazde za prethodno pretrpljeni zločin mržnje prema ma kom pripadniku targetirane grupe. Broj ovih zločina značajno je porastao (čak za 1.600%) prema pripadnicima muslimanske veroispovesti i arapskih zajednica u SAD nakon terorističkih napada na zgrade Svetskog trgovinskog centra u Njujorku 2001. godine.

Misionarski zločini (*mission hate crimes*) predstavljaju zločine kod kojih su izvršioци ubeđeni da su pripadnici viktimiziranih grupa podljudska rasa (ili demoni) koji su poslani da unište kulturu, ekonomiju ili „čistotu” rasnog nasleđa dominantne grupe, zbog čega njihov cilj nije samo eliminacija nekog od pripadnika drugačijeg kolektiviteta („crnaca”, „latinska”, Azijata ili jevreja) iz svog okruženja, već „viši cilj ili misija za koju ih je odabrao Bog”. Izvršioци se najčešće organizuju u grupe i zločine vrše kolektivno, kao npr. pripadnici *Ku Klux Klana* (Levin, McDevitt, 2002: 10–14).

#### **4. Tipologija izvršilaca zločina mržnje**

Upravo ta činjenica, da postoje organizovane grupe izvršilaca zločina mržnje o kojima se često govori u medijima i koje imaju izgrađenu ideologiju, ritualizam, simboliku aktivizma i uniformnost članova, navela je na opšti zaključak da ove zločine najčešće vrše pripadnici organizovanih ekstremističkih grupa (*hate groups*) ili pojedinci koji su nisu članovi ali su indoktrinirani njihovom ideologijom. U tom kontekstu, izvršenje zločina mržnje prema određenim kolektivitetima – pripadnicima crne ili drugih rasa u Americi, verskih zajednica, Jevreja ili Roma, emigranata ili pripadnika manjinskih seksualnih grupa, može se poistovetiti se aktivnostima grupa kao što su ozloglašeni *Ku Klux Klan*, *White Aryan Resistance*, *Posse Comitatus*, Hrišćanski patrioti,

neonacisti, skinhedsi, radikalni desničari, radikalni islamisti i brojne druge. U SAD je u 2018. godini, npr., prema podacima *Southern Poverty Law Centre*, praćeno 1.020 različitih grupa uključenih u vršenje zločina mržnje,<sup>13</sup> od kojih mnoge nisu imale više od dvadesetak članova.

Ekstremističke grupe predstavljaju, dakle, socijalne grupe koje zagovaraju i sprovode mržnju, neprijateljstvo i nasilje prema pripadnicima drugih rasa, licima drugačije nacionalne ili etničke pripadnosti, veroispovesti, roda, polnog identiteta, seksualne orijentacije ili druge karakteristike. Primarni cilj njihovog postojanja je promovisanje animoziteta, neprijateljstva i mržnje prema pripadnicima kolektiviteta čije se neko svojstvo razlikuje od svojstava pripadnika ekstremističke grupe (*hate group*) i vršenje zločina motivisanih predrasudama i mržnjom prema pripadnicima takvih kolektiviteta.

Međutim, istraživanja koja su sproveli *Levin* i *McDevitt* o izvršenim zločinima mržnje pokazala su suprotne rezultate od očekivanih. Naime, najveći broj zločina mržnje nije izvršen od strane pripadnika neke od ekstremističkih grupa, naprotiv. Njihovo učešće ne prelazi 10–15% ukupnog broja registrovanih slučaja zločina mržnje. Na primer, u Južnoj Karolini je dve trećine zločina izvršeno od strane tinejdžera ili mlađih osoba željnih uzbuđenja i zabave. Iako su neki od njih podržavali simbolizam Kju Kluka Klana, dela su izvršavali kao pojedinci bez bilo kakvog uticaja neke organizovane ekstremističke grupe. Dakle, zločine mržnje najčešće vrše pojedinci koji nisu povezani ni sa jednom organizovanom kriminalnom grupom (*Levin, McDevitt, 2002: 9*).

U skladu sa predstavljenom tipologijom zločina mržnje u odnosu na konkretizovanu motivaciju izvršilaca dela, ovi autori predstavljaju i tipologiju izvršilaca zločina mržnje. To su: 1. izvršioci iz zabave i uzbuđenja (*thrill-seeking offenders*), 2. „branioci“ (*defensive offenders*) 3. izvršioci iz osвете, „osvetnici“ (*retaliatory offenders*), i 4. misionari (*missioners*). Iako ova podela ima određene nedostatke, najveći broj izvršilaca zločina mržnje može biti svrstan u jednu od kategorija prema konkretizovanoj motivaciji u vršenju dela.

## **5. Ostale specifičnosti zločina mržnje kao posebnog oblika kriminalnog ponašanja**

U ranijem delu rada ukazali smo da, iako postoje izvesna osporavanja, najveći broj autora smatra da se zločini mržnje razlikuju od ostalih

---

13 <https://www.splcenter.org/hate-map>, (21. 09. 2019).

oblika kriminalnog ponašanja, pre svega nasilničkog kriminaliteta. I za takav stav ima puno argumenata.

*Visok stepen društvene opasnosti dela.* Kao osnovno, stepen društvene opasnosti krivičnih dela izvršenih iz mržnje i predrasuda prema pripadnicima određenog kolektiviteta nesumnjivo je veći od dela koje je izvršeno prema konkretizovanoj žrtvi bez obzira na njeno lično svojstvo jer, osim žrtve, pogađa i utiče na sve članove kolektiviteta koji dele zajedničke karakteristike (rasu, nacionalnu ili etničku pripadnost ili poreklo, veroispovest, seksualni identitet, invaliditet, rod, polni identitet, jezik ili drugo svojstvo).

*Kolektivna viktimiziranost pripadnika grupe.* Zločini mržnje, kako potvrđuju empirijska istraživanja, izazivaju osećaj kolektivne nesigurnosti i ugroženosti kolektiviteta nad čijim je pripadnikom izvršeno krivično delo, što dovodi do kolektivne viktimizacije pripadnika određene grupe. Kolektivna viktimiziranost pripadnika grupe ukazuje, najčešće, i na njihove urođene viktimogene predispozicije, jer je određena svojstvima na koju žrtva nije mogla da utiče (kao što su rasa, nacionalno poreklo, etnička pripadnost, pol, i dr.).

*Depersonalizacija žrtve.* Žrtve zločina mržnje najčešće predstavljaju lica koja nemaju prethodno uspostavljeni odnos za izvršiocem dela.<sup>14</sup>

Pripadništvo kolektivitetu, prema mišljenju izvršilaca dela, mržnja i predrasude prema svojstvima specifične grupe ključne su u targetiranju i odabiru žrtve. Žrtva zločina mržnje praktično je depersonalizovana, identitetski određena na osnovu svojstava drugih članova kolektiviteta ili spoljašnje simbolike koja upućuje na pripadništvo kolektivitetu. Žrtva može postati bilo koji pripadnik kolektiviteta, odnosno pasivni subjekt se kod zločina mržnje najčešće bira potpuno nasumično.

*Stvarna ili pretpostavljena pripadnost žrtve određenom kolektivitetu.* Pripadništvo kolektivitetu definisano je stavovima izvršioca prema identitetu žrtve. Žrtva je stvarni ili pretpostavljeni pripadnik kolektiviteta, to isključivo zavisi od predrasuda i stavova izvršioca prema statusu pojedinca kao pripadnika grupe.

*Mržnja kao motiv izvršenja.* Osnovni motiv za izvršenje ovih krivičnih dela je mržnja izvršioca prema pripadnicima drugih grupa ili kolektiviteta. Mržnja predstavlja negativnu emociju prema drugim kolektivitetima i ona je konsekvencija unutrašnjeg doživljaja i

---

14 Osim kod predrasuda po osnovu invaliditeta, gde je izvršilac, najčešće, lice iz neposrednog okruženja žrtve.

subjektivnog vrednovanja drugih od strane izvršioca. Kao emocija, mržnja može da ima različiti intenzitet – od odbojnosti, averzije, negativne nastrojenosti, negacije drugih, do otvorenog neprijateljstva prema drugom ili drugačijem. Kod zločina mržnje ona je posledica predrasuda izvršilaca prema specifičnim kolektivitetima.

*Predrasude izvršioca prema određenom kolektivitetu.* Predrasude, prema definiciji, predstavljaju stavove koji nisu istiniti, odnosno koji nisu zasnovani na razumnim dokazima. Predrasude su neutemeljena negativna mišljenja o pojedincima, događajima, procesima ili društvenim grupama, i uključuju i mržnju i spremnost na ugrožavanje ili uništavanje drugih ili drugačijih. Predrasude prema drugačijim kolektivitetima ne predstavljaju, dakle, istinite sadržaje o specifičnostima određenog kolektiviteta, naprotiv. One predstavljaju stavove neistinitog i neispravnog sadržaja, koji čine katalizator mržnje prema drugim i drugačijim pripadnicima grupa i pokretač nasilja, ali, ujedno, i opravdavajući faktor za izvršioce zločina mržnje.

*Nasilnički karakter dela, agresivnost i destruktivnost.* Predrasude i mržnja kao motivacioni mehanizmi zločina mržnje prema drugim i drugačijim određuju i karakter ovih zločina. One su imanentne nasilju i agresiji, pa težina izvršenih krivičnih dela zavisi od intenziteta ispoljene mržnje izvršilaca dela. Fenomenološki posmatrano, zločine mržnje čine nasilnička, agresivna i destruktivna krivična dela uperena protiv pojedinaca kao članova grupe, njihove imovine ili simbola kolektiviteta. Istraživanja pokazuju da je najveći broj zločina mržnje izvršen protiv osoba kao pripadnika kolektiviteta, zatim njihove imovine (oko 35%) i najmanje protiv kolektiviteta (grupe) u celini. Zločine mržnje čine tradicionalna krivična dela nasilničkog (i imovinskog) karaktera, kojima se ugrožava život, telesni integritet, sigurnost, sloboda i imovina pripadnika kolektiviteta, motivisana predrasudama i mržnjom izvršilaca. Čine ih najrazličitija krivična dela od uznemiravanja, uvreda, proganjanja, uništavanja imovine, vandalizma, napada na zajedničke simbole kolektiviteta, sknavljenja, krađa, razbojništva, nanošenja telesnih povreda, zlostavljanja, silovanja do ubistava. Njihovo nabranje ima za cilj da ukaže na raznolikost javnih oblika, a ne da precizno navede određena krivična dela.

Ključna činjenica za utvrđivanje sadržaja zločina mržnje su predrasude i mržnja izvršioca prema nekom kolektivitetu, dok je identifikacija zločina mržnje neophodan preduslov drugačije krivičnopravne reakcije na dela i prema izvršiocima.

*Diskriminacija pripadnika određene grupe; Uspostavljanje odnosa „mi i oni“.* Zločini mržnje imaju tu specifičnost da su „rezultat društvenih podela, strukturalnih nejednakosti, a time i nastalih društvenih antagonizama. Posmatrajući šire, zločini mržnje su posledica onoga što bismo mogli nazvati paradigmom različitosti, odnosno dihotomijom grupnih podela na „mi i oni“, koja je prisutna u svim društvima, u svim istorijskim periodima” (Lalić, 2014: 39). Takvi odnosi u društvu bazirani su na diskriminaciji pripadnika marginalizovanih društvenih kolektiviteta. Stepenn diskriminacije i segregacije različitih manjinskih kolektiviteta može biti različit i zavisi, prvenstveno, od kreiranih kulturnih modela i obrazaca, stepena tolerancije različitosti i razvoja modela opšteg društvenog blagostanja. U sistemima u kojima nema prihvatanja različitosti i inkluzivnog pristupa drugačijim i manjinskim kolektivitetima, diskriminacija marginalnih društvenih grupa je izraženija, a tlo za vršenje zločina mržnje pogodno.

*Lično svojstvo žrtve kao zajednička karakteristika pripadnika grupe.* Nesumnjivo je da danas, i u najrazvijenijim državama i društvenim sistemima, hijerarhija identiteta, zasnovana na biološkim ili društvenim karakteristikama pojedinaca kao delova kolektiviteta, predstavlja osnov različitosti. Lično svojstvo žrtve predstavlja, u stvari, deo zajedničkih karakteristika kolektiviteta, odnosno identitetsko obeležje grupe koje, istovremeno, predstavlja i osnov predrasuda izvršilaca zločina mržnje. Rasa, nacionalno i etničko poreklo ili pripadnost, veroispovest, seksualna orijentacija, rod, polni identitet ili invaliditet predstavljaju karakteristike kojima se pruža zaštita od zločina mržnje u većini savremenih krivičnopravnih sistema. Iako je proširivanje zaštite na neke od kolektiviteta u literaturi osporavano, u odnosu na rod, polni identitet ili invaliditet, tendencija je da i ove karakteristike grupe budu predmet zajedničke zaštite.

*Stereotipi o kolektivitetima i kreiranje modela „kulture mržnje“.* Važna karakteristika zločina mržnje jeste postojanje i širenje stereotipa o drugim i drugačijim grupama i „opasnostima” koje donose „različiti”. Stereotipi imaju odlučujuću ulogu u stvaranju predrasuda prema određenim kolektivitetima. Ukoliko u savremenim društvima ne postoje mehanizmi pomoću kojih se utiče na uklanjanje stereotipa i širenja lažne slike o opasnosti od drugačijih, dolazi do kreiranja modela „kulture mržnje” prema kojoj mržnja i njeno ispoljavanje postaju normalan deo opštih obrazaca ponašanja. Ignjatović, u tom kontekstu,



prenosi stav da „u Americi raste kultura mržnje: od humora, preko muzike, do religije i politike ... činjenica da se ona ili on razlikuju od ljudi u našoj grupi, koristi se sve više kao osnov za negiranje ljudskih svojstava i vređanje takvih pojedinaca” (Ignjatović, 2018: 110).

*Visoka tamna brojka kriminaliteta.* Poslednja karakteristika ovog oblika kriminalnog ponašanja jeste izuzetno visoka tamna brojka kriminaliteta. Zločine mržnje čine krivična dela motivisana predrasudama i mržnjom prema pripadnicima drugačijih kolektiviteta i njihov broj će uvek zavisiti od odnosa većinskih grupa prema marginalizovanim, manjinskim kolektivitetima. Diskriminatorni odnos, nedostatak tolerancije na različitost, širenje stereotipa i stvaranje modela „kulture mržnje” prema određenim rasnim, verskim, nacionalnim, etničkim i drugim kolektivitetima uvek će predstavljati pogodan teren za vršenje zločina motivisanih mržnjom, bez obzira na prikupljene ili prikazane podatke o broju evidentiranih zločina. O njihovom stvarnom broju, u ovoj fazi istraživanja fenomena zločina mržnje možemo samo razmišljati. Ukoliko samo pogledamo zvanične podatke koji su predstavljeni u ovom radu, gde se u SAD beleži samo oko 7.000 zločina mržnje na godišnjem nivou, dok je u Engleskoj i Velsu taj broj skoro 10 puta veći (prema nezavisnim izvorima čak i 30 puta veći), a da se broj zvanično prijavljenih dela u Srbiji u 2017. godini može izbrojati prstima jedne ruke, možemo zaključiti da zločine mržnje karakteriše visoka tamna brojka kriminaliteta i da postoji potreba potpunijeg proučavanja fenomenoloških karakteristika ovog oblika kriminalnog ponašanja.

## **6. Zločini mržnje u Republici Srbiji – nova legislativna rešenja i praksa**

Iako se mržnja kao motiv izvršenja krivičnih dela prema domaćem zakonodavstvu uzima u obzir prilikom odmeravanja kazne na osnovu opštih pravila o odmeravanju kazne, kao otežavajuća okolnost – pobuda iz koje je učinjeno krivično delo, ukoliko ne predstavlja element bića krivičnog dela (kao kod npr. izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti iz člana 317, ili ubistva iz drugih niskih pobuda iz člana 114, stav 5), izmenama i dopunama Krivičnog zakonika<sup>15</sup> iz 2012. godine došlo je do usvajanja novog legislativnog rešenja koje se odnosi na zločine mržnje.

---

15 Krivični zakonik „Službeni glasnik Republike Srbije” broj 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

Novim članom 54a predviđena je „posebna okolnost za odmeravanje kazne za krivično delo učinjeno iz mržnje”, prema kojem „ako je krivično delo učinjeno iz mržnje zbog pripadnosti rasi i veroispovesti, nacionalne ili etničke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta” tu okolnost će sud ceniti kao otežavajuću okolnost, osim ako ona nije propisana kao obeležje krivičnog dela.

Usklađujući domaće zakonodavstvo sa relevantnim međunarodnim izvorima i uporednom praksom, zakonodavac se opredelio za rešenje kojim se za krivično delo učinjeno iz mržnje učinilac strože kažnjava, i da se ta činjenica mora uzeti u obzir kao obavezna otežavajuća okolnost. Na taj način obezbeđena je dodatna krivičnopravna zaštita određenih kolektiviteta (Stojanović, 2016: 263), na osnovu njihove rase, veroispovesti, nacionalne i etničke pripadnosti, pola, rodnog identiteta i seksualne orijentacije, dok je izostala zaštita kolektiviteta na osnovu invaliditeta.

Iako je novo normativno rešenje usvojeno 2012. godine, tek nakon šest godina u Republici Srbiji doneta je prva presuda u kojoj je mržnja učinioca uzeta kao otežavajuća okolnost.<sup>16</sup> Naime, Prvi osnovni sud u Beogradu je 2. novembra 2018. godine doneo presudu za krivično delo nasilje u porodici kojim je uslovno na godinu dana zatvora osudio izvršioca koji je delo izvršio prema svom sinu, utvrđujući da je delo motivisano mržnjom prema njegovoj seksualnoj orijentaciji.

## 7. Zaključak

Mržnja je, posmatrajući retrospektivno, preovlađujuća determinanta u genezi najtežih masovnih zločina izvršenih u istoriji ljudske civilizacije. Istovremeno, mržnja predstavlja motiv izvršenja tradicionalnih krivičnih dela prema žrtvi sa kojom učinilac ima prethodno uspostavljen odnos.

Međutim, savremena iskustva i empirijska istraživanja potvrđuju da postoje krivična dela koja se vrše iz mržnje i predrasude učinioca prema pripadnicima određenih (drugačijih) grupa ili kolektiviteta, odnosno iz mržnje prema grupi ili kolektivitetu kojima žrtva, po mišljenju izvršioca, pripada. Reč je o zločinima mržnje.

---

16 Komitet pravnika za ljudska prava (JUKOM), Saopštenje za javnost – prva presuda za zločin iz mržnje od 7. novembra 2018. godine, [http://www.yucom.org.rs/saopstenje- za-javnost-prva-presuda-za-zlocin-iz-mrznje/](http://www.yucom.org.rs/saopstenje-za-javnost-prva-presuda-za-zlocin-iz-mrznje/), (21. 09. 2019).

Iako njih čine tradicionalna nasilnička (i neka imovinska) krivična dela, u radu smo pokušali da iznesemo specifičnosti zločina mržnje i predstavimo ih kao argumente da se radi o posebnom obliku kriminalnog ponašanja. Visok stepen društvene opasnosti zločina mržnje, kolektivna viktimiziranost pripadnika grupe, depersonalizacija žrtve, stvarna ili pretpostavljena pripadnost žrtve određenoj grupi, mržnja kao motiv izvršenja, predrasude izvršioca prema određenom kolektivitetu, nasilnički karakter dela, agresivnost i destruktivnost, diskriminacija pripadnika određene grupe i uspostavljanje odnosa „mi i oni”, lično svojstvo žrtve kao zajednička karakteristika grupe, postojanje stereotipa o pripadnicima određenih grupa i kreiranje modela „kulture mržnje” i visoka tamna brojka kriminaliteta predstavljaju specifičnosti koje su moraju uzeti u obzir prilikom proučavanja fenomena zločina mržnje i to kao posebnog oblika kriminalnog ponašanja.

Na kraju rada predstavljeno je novo normativno rešenje u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije, prema kojem se mržnja prema zaštićenim kolektivitetima mora uzeti u obzir kao obavezna otežavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne, i naveden je primer prve presude u kojoj je mržnja prema seksualnoj orijentaciji žrtve okarakterisana kao zločin mržnje.

### **Literatura/References**

- Bowling, B. (1993). Racial Harassment and the Process of Victimization. *British Journal of Criminology* 33(2).
- Crime and Disorder Act.(1998); <https://www.legal-tools.org/doc/e15559/pdf/>, (Preuzeto 21. 09. 2019 ).
- Criminal Justice Act (2003). [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/pdfs/ukpga\\_20030044\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/pdfs/ukpga_20030044_en.pdf), (Preuzeto 21. 09. 2019). <https://www.cps.gov.uk/hate-crime>, (Preuzeto 21. 09. 2019).
- Federal Bureau of Investigation, Defining a Hate crime, <https://www.fbi.gov/investigate/civil-rights/hate-crimes>, (Preuzeto 21. 09. 2019).
- H.R. 2455 — 99th Congress: Hate Crime Statistics Act.” [www.GovTrack.us](http://www.GovTrack.us). 1985. <https://www.govtrack.us/congress/bills/99/hr2455>, (Preuzeto 21. 09. 2019).
- H. R. 1152 (103rd): Hate Crimes Sentencing Enhancement Act of 1993. <https://www.justice.gov/hatecrimes/learn-about-hate-crimes>, (Preuzeto 21. 09. 2019).

<http://hatecrime.osce.org/serbia>, (Preuzeto 21. 09. 2019).

<https://www.splcenter.org/hate-map>, (21. 09. 2019).

Ignjatović, Đ. (2005). Zločini mržnje. *Pravni život*. 9(1), 3–12. Ignjatović, Đ.

(2018). *Kriminologija*. Beograd: Pravni fakultet; 109–110; Kovačević, M. (2009).

Zločini mržnje. *Temida*. br. 4, 93–103.

Komitet pravnika za ljudska prava (JUKOM), Saopštenje za javnost – prva presuda za zločin iz mržnje od 7. novembra 2018. godine, <http://www.yucom.org.rs/saopstenje-za-javnost-prva-presuda-za-zlocin-iz-mrznje/>, (Preuzeto 21. 09. 2019).

Konstantinović Vilić S., Nikolić Ristanović V., Kostić, M. (2010). *Kriminologija*. Beograd: Prometej.

Krivični zakonik „Službeni glasnik Republike Srbije” broj 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

Lalić, V. (2014). *Zločini mržnje u Bosni i Hercegovini*. Doktorska disertacija. Univerzitet u Beogradu, Fakultet bezbednosti.

Levin, J; McDevitt, J. (2002). *Hate Crimes*. Northeastern University.

(Prepared for Encyclopedia of Peace, Violent and Conflict (2008). 2<sup>nd</sup> edition. Academic Press) <https://jacklevinsonviolence.com/articles/HateCrimesencyc92206FINAL.pdf>, (Preuzeto 21. 09. 2019).

Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act. [www.justice.gov/crt/matthew-shepard-and-james-byrd-jr-hate-crimes-prevention-act](http://www.justice.gov/crt/matthew-shepard-and-james-byrd-jr-hate-crimes-prevention-act) 2009-0, (Preuzeto 21. 09. 2019).

Milašinović S., Simeunović Patić, B. (2010). Zločini mržnje. *Kultura polisa*. 13–14, (VII), 389–412;

Pavlović, M. (2008). Zločini mržnje u kontekstu restorativne pravde. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* br. 1–2/2008, 857–872.

Stojanović, Z. (2016). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd: Službeni glasnik;

Sheffield, C. (1995). *Study of literature and legislation on hate crime in America*. Washington, DC: National Institute of Justice.

Titus Reid, S. (2003). *Crime and Criminology*. New York: McGraw-Hill.

*Uniform Crime Reports – Hate Crime Statistic 2017*. (2018). U. S. Department of Justice – Federal Bureau of Investigation; <https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2017/topic-pages/incidents-and-offenses.pdf>, (Preuzeto 21. 09. 2019).

Walters A. M; Wiedlitzka S; Owusu-Bempah A; Goodall Kay; (2017). *Hate Crime and the Legal Process*. US University.

**Doc. Zdravko Grujić, LL.D.,**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Priština,*

*Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica*

## **HATE CRIMES AS A SPECIAL FORM OF CRIMINAL BEHAVIOR**

### **Summary**

*Hate is a specific motive for the commission of criminal offenses. In addition to the crimes committed due to the perpetrator's hatred towards the individual victim (based on the prior relationship which triggers the negative emotion of hate), the history of crimes points to numerous examples of oppression, assault, threat or destruction directed towards the victims because of their actual or presumed affiliation with a particular race, national or ethnic origin, religion or other characteristic of a group (collectivity). Some common features of hate crime as a particular form of criminal behavior are the perpetrator's presumption about the victim's belonging to a particular group; hate, aggression, brutality and violence towards this collectivity; attacks on life, physical and mental integrity and property of the victims, and creating a sense of insecurity. The term "hate crimes" appeared in the mid-1980s in the United States, which initiated empirical research on this phenomenon in an attempt to find effective criminal justice mechanisms. This paper provides a critical analysis of the problem of conceptual definition of hate crimes, the phenomenological aspect of this type of crime, the typology of perpetrators, victims, victimized groups, and presents criminal justice mechanisms aimed at counteracting hate crimes in the criminal legislation of the Republic of Serbia.*

**Keywords:** *hate crimes, victims of hate crime, aggravating circumstances.*



# II RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

---





**Andrej Blagojević,\* MA**

Asistent, Departman za komunikologiju i novinarstvo,  
Filozofskog fakulteta Univerziteta u Nišu

**Dr Ivana Stojanović,\***

Docent, Departman za komunikologiju i novinarstvo,  
Filozofskog fakulteta Univerziteta u Nišu

pregledni naučni rad  
10.5937/zrpfm0-23439

UDK: 070:34(497.11)

34

179.1(497.11)

Rad primljen: 01.10.2019.

Rad prihvaćen: 04.11.2019.

**PRAVNI I ETIČKI ASPEKTI NOVINARSTVA U  
SRBIJI: KOMPARATIVNA ANALIZA ZAKONA O  
JAVNOM INFORMISANJU I MEDIJIMA  
I KODEKSA NOVINARA SRBIJE\*\***

**Apstrakt:** Položaj novinara, koji u savremenom društvu sve više iziskuje nepristrasnost i nezavisnost, obezbeđuje se komplementarnošću pravnih i etičkih normi u oblasti medija. Otuda se i ovaj rad bavi problemom etičkih i pravnih normi u medijima kroz upoređivanje Zakona o javnom informisanju i medijima iz 2014. godine, kao krovnog medijskog zakona koji se odnosi na pravni status novinara, sa najznačajnijim aktom iz oblasti novinarske etike u Srbiji – Kodeksom novinara Srbije iz 2006. godine. U radu će, najpre, biti reči o odnosu etike i prava, kao i njihovom značaju na polju medija. Zatim će se ukratko predstaviti pravni okvir medija u Srbiji, kao i etičke norme koje se odnose na novinare. Na kraju, komparativna analiza Zakona o javnom informisanju i medijima i Kodeksa novinara Srbije ukazaće na podudaranja pravnih i etičkih normi u dva najbitnija akta iz ovih oblasti, ali isto tako i na postojanje razlika između njih.

**Ključne reči:** mediji, medijski zakoni, etičke i pravne norme, Zakon o javnom informisanju i medijima, Kodeks novinara Srbije.

---

\* andrej.blagojevic@filfak.ni.ac.rs

\* ivana.stojanovic.prelevic@filfak.ni.ac.rs

\*\* Rad je izložen 12. 4. 2019. na Pravnom fakultetu u Nišu u okviru naučne konferencije „Pravo i multidisciplinarnost“.

## 1. Uvod

Mediji su oduvek imali dominantnu ulogu u oblikovanju javnog mnjenja. Prepoznavajući taj uticaj, svaka vladajuća struktura pokušavala je da taj uticaj na svaki mogući način ograniči. Međutim, podvođenje novinarske profesije pod regulatorne okvire oduvek je bilo osetljivo pitanje. U okviru toga države su kroz istoriju donosile pravne propise koji bi garantovali slobodu izražavanja, a time posredno ili neposredno – i slobodu štampe. U našoj zemlji prvi propisi vezani za slobodu štampe javljaju se u 19. veku. Uredba o cenzuri iz 1841. godine smatra se prvim propisom o štampi, iako je njena namena bila ograničavanje te slobode u korist vlasti (Todorović, 2012). Prvi ustav koji je sadržao slobodu štampe bio je Ustav iz 1869. godine, u čijem članu 32 je garantovana sloboda misli posredstvom štampe, ali „saobražavajući se u tome propisima zakona“, što znači da je ovaj član Ustava upućivao na zakon, te je naredne godine donet i prvi zakon u oblasti štampe – Zakon o pečatnji (Todorović, 2012: 445). Važeći zakon u ovoj oblasti danas je Zakon o javnom informisanju i medijima, donet kao deo seta medijskih zakona i 2014. godine.

S druge strane, u našoj zemlji tek 2006. godine dolazi do usvajanja novinarskog kodeksa čiji su potpisnici najznačajnija novinarska i medijska udruženja. Ovom kodeksu, koji je dopunjen 2013. godine, kao garant poštovanja njegovih odredbi stoji Savet za štampu, kao samoregulatorno telo koje odlučuje o žalbama pojedinaca. Važeći Zakon o javnom informisanju i medijima i Kodeks novinara Srbije smatraju se najznačajnijim dokumentima u oblasti medija u Srbiji. Zakon predstavlja, na neki način, „kostur“ novinarske profesije u našoj zemlji, odnosno opšti okvir javnog informisanja, ali istovremeno ostavlja dovoljno prostora medijskim poslenicima da sami uredе svoju profesiju. Kodeks, sa druge strane, sadrži standarde profesionalnog postupanja novinara, odnosno prava i obaveze novinara.

Kako su pravni i etički aspekt u oblasti novinarstva usko povezani, to će cilj ovog rada biti uporedno prikazivanje dva najznačajnija dokumenta za medije u Srbiji, prvog iz oblasti prava – Zakona o javnom informisanju i medijima, i drugog iz oblasti etike – Kodeksa novinara Srbije, kako bi se odredio njihov odnos, odnosno ispitala njihova usaglašenost. Najpre će biti prikazan kratak osvrt na odnos prava i morala, kao i na etičnost novinarstva u Srbiji, da bi se zatim izvršila uporedna analiza Kodeksa novinara Srbije i Zakona o javnom informisanju i medijima.

## 2. Odnos prava i morala

Pravo se može definisati na sledeći način: "Pravo nam daje priliku da učinimo nešto što drugi nema prava da nas spreči da učinimo. Ako odlučimo da iskoristimo to pravo i zaista učinimo ono što imamo pravo da učinimo, tada preuzimamo odgovornost za način na koji smo odlučili da postupimo i za posledice naših odluka po nas same i druge" (Dej, 2004: 66). Dej objašnjava pravo u opštem smislu i ukazuje na odgovornost koju stičemo, preuzimajući obavezu da nešto učinimo, i to na osnovu prava koje nam je dodeljeno.

Treba istaći da je moral različito tumačen kroz istoriju i ima višestruko značenje. Može se reći da predstavlja skup određenih pravila, običaja, pisanih i nepisanih normi kojima se uređuju društveni odnosi. Kod nas se reč „moral“ upotrebljava u neutralnom i vrednosnom smislu. Prvi smisao je onaj kada govorimo o običajima, navikama i ponašanju jedne generacije i slično. Drugi je kada se moral uzima u suprotnosti sa nemoralom (Nikolić, 2010).

Kada se govori o povezanosti prava i morala, često se misli na njihov odnos, pa se ovde postavlja pitanje: da li je moguće da je jedno pravilo pravno zato što je moralno obavezujuće, tj. da li je moguće da jedno pravilo bude pravno obavezujuće ali i moralno neprihvatljivo? Pravni filozofi daju različita objašnjenja prirode prava, te se mogu izdvojiti lingvističko, institucionalno i pozitivističko objašnjenje.

Lingvističko objašnjenje dolazi iz analitičke filozofske struje, u okviru koje su pravni filozofi lingvističke orijentacije pokušavali da objasne reč „zakon“. S obzirom na to da postoje različiti zakoni, od zakona prirode, Božijeg zakona, zakona mišljenja itd., bilo je neophodno objasniti i kontekste u kojima se ova reč koristi. Institucionalni pristup je nastao pod uticajem lingvističkog pristupa i Bentamove filozofije. U ovom pristupu bazična intuicija (BI) je polazište za dalju kritičku refleksiju. BI glasi: "Pravo se bavi onim razlozima na koje se primereno oslanjaju sudovi kada opravdavaju svoje odluke" (Raz, 2005: 217). Međutim, ovaj zagovornik pozitivističkog pristupa smatra da na našu odluku često utiče moral, te on teoriju presuđivanja izjednačava sa moralnom teorijom. Presuđivanje uključuje i pravne i izvanpravne razloge i bavi se moralnom argumentacijom. Analizirajući vlast, i to praktičnu vlast, Raz primećuje da se nalozi vlasti od naloga drugih aktera razlikuju po tome što imaju odlučan status i zaključuje da se pravo sastoji od pozitivističkih elemenata koje sprovode sudovi.

### **3. Etičnost novinarstva u Srbiji – Kodeks novinara Srbije 2006.**

Novinarska etika, kao vrsta primenjene etike, određena je odnosom moralnih obaveza koje novinar ima kao građanin i kao profesionalni novinar (Žaket, 2007). Ovo pokazuje da moralnost ima ključnu ulogu pri donošenju odluka moralnog agenta. Moralnost se pak objašnjava kao lična etika koju stičemo tokom života. S obzirom da sama organizacija posla unutar medijskih kuća nalaže da konačnu odluku donosi urednik, sledi da na konačnu odluku o tome šta će biti objavljeno utiče moralnost urednika. Ovako bi izgledala medijska stvarnost u društvima u kojima postoji sloboda medija. Istorija pokazuje da se odluke unutar medija donose u zavisnosti od režima medija, pa tako možemo govoriti o totalitarnom, komunističkom, libertarijanskom sistemu i sistemu društvene odgovornosti.

Što se tiče etičnosti novinarstva u Srbiji, ono je u velikom padu poslednjih godina, kao i u svetu uopšte. Direktno sa padom etičnosti smanjuje se i poverenje javnosti u medije. Trka za što većom gledanošću, sa jedne strane, i cenzura medija, sa druge, narušavaju ugled novinarske profesije. Politički uticaj, uticaj vlasnika medija, kao i uticaj oglašivača jesu univerzalne negativne pojave novinarstva koje narušavaju njegovu nezavisnost. Zbog toga je postojanje etičkih kodeksa u novinarstvu od izuzetnog značaja. Ipak, „poznavanje kodeksa je nedovoljno bez njegovog razumevanja i poštovanja“ (Stojanović Prelević, 2018: 97).

Prvi kodeks su sastavila dva novinarska udruženja Srbije, UNS (Udruženje novinara Srbije) i NUNS (Nezavisno udruženje novinara Srbije), u saradnji sa Asocijacijom medijskih fotografa Srbije (AMFS). Ovaj kodeks je usvojen u oktobru 2006. godine, a dopunjen krajem 2013. godine još jednim načelom. Načela Kodeksa se odnose na najznačajnije principe u novinarstvu kao što su: istinitost u izveštavanju, novinarska nezavisnost, zabrana korupcije i sukoba interesa, različite vrste odgovornosti novinara, novinarska pažnja, odnos prema izvorima informisanja, zaštita privatnosti, izveštavanje dozvoljenim sredstvima, zaštita od intelektualne krađe, kao i opšti principi zaštite novinara.

### **4. Medijsko pravo u Srbiji – Zakon o javnom informisanju i medijima iz 2014.**

Demokratskim promenama iz 2000. godine došlo je do donošenja Zakona o radiodifuziji i novog Zakon o javnom informisanju. Ova dva zakona dugo su važila za krovne zakone u oblasti medijskog zakonodavstva. Zakon o

radiodifuziji iz 2002. godine je značajan po tome što je njime predviđeno osnivanje nezavisnog regulatornog tela RRA, kao i po tome što je njime predviđena transformacija državne radio-televizije u javni radio- difuzni servis. Zakon o javnom informisanju iz 2003. godine takođe je predstavljao iskorak u demokratskom smislu, propisujući širok spektar medijskih sloboda.

Kao najvažniji ciljevi Medijske strategije za period od 2011–2016. godine istaknuti su: povlačenje države iz svih javnih glasila, unapređenje medijske pismenosti i donošenje seta medijskih zakona – Zakona o javnom informisanju i medijima, Zakona o elektronskim medijima, kao i Zakona o javnim medijskim servisima. Ova tri zakona iz 2014. godine neposredno se odnose na oblast medija, i u koheziji su sa Zakonom o oglašavanju, Zakonom o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti, Zakonom o elektronskim komunikacijama, kao i drugim zakonima koji se posredno odnose na oblast javnog informisanja, i predstavljaju važeće medijsko zakonodavstvo u Srbiji.

Važeći Zakon o javnom informisanju i medijima smatra se osnovnim medijskim zakonom u Srbiji. U uvodnim odredbama mogu se uočiti osnovni pojmovi medijskog prava, kao i pojam javnog interesa u javnom informisanju. Novina jeste regulisanje sufinansiranja projekata u oblasti javnog informisanja radi ostvarivanja javnog interesa. Pored toga, Zakon detaljno uređuje medije, propisujući obavezu postojanja impresuma, skraćenog impresuma i identifikacije, kao i obavezu vođenja registra medija. Garantuje se zaštita medijskog pluralizma i slobodna distribucija medija i medijskih sadržaja. Propisana je i obaveza privremenog čuvanja medijskog zapisa, kao i postupak u vezi odgovora i ispravke informacije. Za medijske poslanike od izuzetnog značaja su odredbe vezane za urednike, novinare, profesionalna udruženja novinara i predstavnike inostranih medija, kao i posebna prava i obaveze u javnom informisanju i informacije o ličnosti. Takođe, zakon pruža sudsku zaštitu u medijskim sporovima i propisuje pravila u vezi sudskih postupaka.

## **5. Uporedna analiza Zakona o javnom informisanju i medijima i Kodeksa novinara Srbije**

Kao što je već napomenuto, cilj ove analize je da ukaže na odnos moralnih i pravnih normi u oblasti medija na primeru dva najznačajnija dokumenta u obe sfere – Kodeksa novinara Srbije i Zakona o javnom informisanju i medijima. Razlog upoređivanja ova dva dokumenta jeste taj što u domenu

zakona, Zakon o javnom informisanju i medijima predstavlja „krovni“ zakon koji je nosilac medijskog prava u Srbiji, isto kao što Kodeks novinara Srbije predstavlja najvažniji kodeks u novinarstvu, s obzirom na to da su ga donela najreprezentativnija udruženja u oblasti medija. Analogija se može uočiti i u tome što su garant za oba ova dokumenta tela koja se staraju o njihovom sprovođenju, za Zakon je to sud, dok je za Kodeks to Savet za štampu. Istraživanje će, dakle, imati za cilj da analizira norme ova dva dokumenta. S obzirom na to da Zakon o javnom informisanju obuhvata širu materiju u odnosu na Kodeks, koji je koncentrisan na prava i obaveze novinara i urednika, metodologija ovog istraživanja biće zasnovana na upoređivanju i proučavanju načela Kodeksa novinara Srbije i članova u okviru tih načela sa glavama i članovima Zakona o javnom informisanju i medijima. Zbog te svoje širine, određene glave Zakona koje nisu ni u neposrednoj ni posrednoj vezi sa Kodeksom neće biti predmet analize.

### **5.1. Preambula**

S obzirom na to da Zakon o javnom informisanju i medijima nema preambulu, ne može se sprovesti adekvatna uporedna analiza. Iako se i Preambula Kodeksa i osnovne odredbe Zakona mogu sagledati kao uvodni delovi oba dokumenta, zbog njihove različite prirode, upoređivanje treba uzeti uslovno. Zakon u uvodnim članovima predviđa da način ostvarivanja slobode javnog informisanja obuhvata i „slobodu formiranja i izražavanja ideja i mišljenja“<sup>1</sup>, što odgovara obrazloženju Preambule gde se navodi da standardi Kodeksa „propagiraju zalaganje za slobodu mišljenja, govora i izražavanja“<sup>2</sup>. U okviru Preambule Kodeksa utvrđuje se dužnost novinara da „interes javnosti za potpunim, blagovremenim i istinitim informisanjem stave iznad svih drugih interesa“<sup>3</sup>, što je slično Zakonu čiji član garantuje pravo svakog da „istinito, potpuno i blagovremeno bude obavešten o pitanjima od interesa za javnost“<sup>4</sup>. Takođe, i Preambula u obrazloženju: „Izdavač/vlasnik ima nesporno pravo da ostvaruje poslovnu dobit...“<sup>5</sup> kao i Zakon u članu 11: „Svi su dužni da poštuju prava izdavača medija...“<sup>6</sup>, pominju prava izdavača medija.

1 Član 3, stav 2 Zakona o javnom informisanju i medijima. *Službeni glasnik RS*. Br. 83/2014, 58/2015, 12/2016 – au tentično tumačenje

2 Preambula, Obrazloženje, Kodeks novinara Srbije. Dia-Art 2015.

3 Preambula, Obrazloženje, KNS

4 Član 5, stav 2, ZOJIM

5 Preambula, Obrazloženje, KNS

6 Član 11, stav 1, ZOJIM

Ipak, veći deo analizirane materije Preambule Kodeksa odnosi se na obrazloženja članova, dok članovi Kodeksa nisu direktan predmet ove uporedne analize.

## **5.2. Istinitost izveštavanja**

Temeljna vrednost novinarstva sadržana je i u Kodeksu i Zakonu, doduše, u Zakonu nije izdvojena kao celina kao u Kodeksu, tako da odgovarajuće odredbe treba tražiti u različitim glavama Zakona. Obaveza novinara da „tačno, objektivno, potpuno i blagovremeno izvesti o događajima od interesa za javnost poštujući pravo javnosti da sazna istinu“<sup>7</sup>, može se uočiti u osnovnim odredbama Zakona, gde se proklamuje da „svako ima pravo da istinito, potpuno i blagovremeno bude obavešten o pitanjima od javnog značaja i sredstva javnog obaveštavanja su dužna da to pravo poštuju“<sup>8</sup>. Takođe, isti član Kodeksa može se uočiti i u definisanju javnog interesa u javnom informisanju, gde je kao prva tačka navedeno „istinito, nepristrasno, pravovremeno i potpuno informisanje svih građana Republike Srbije“<sup>9</sup>, a isto tako i u obavezi novinarske pažnje u Zakonu, da urednik i novinar treba da provere poreklo informacije, njenu „istinitost i potpunost“<sup>10</sup>. U okviru ovog načela Kodeksa nalazi se i član koji predviđa dužnost novinara da naznači izvor informacije koju prenosi. Dalje sledi da „ukoliko izvor ne želi da bude otkriven, novinari i urednici postupaju sa dužnom profesionalnom pažnjom“, dok smernica dodaje da „od ovog pravila može da se odstupi ukoliko se informacija odnosi na planiranje nekog zločina, ili kršenje ustavnog poretka i bezbednosti države, kada je obaveza redakcije da to prijavi nadležnim organima“<sup>11</sup>. Ovaj član označen je kao novinarska tajna u 8. glavi Zakona, i može se reći da su ova dva člana istovetna – „Novinar nije dužan da otkrije izvor informacije, osim podataka koji se odnose na krivično delo, odnosno učinioca krivičnog dela...“<sup>12</sup>. Dakle, iako samo dva od pet članova načela Istinitost izveštavanja imaju svoje mesto u Zakonu o javnom informisanju i medijima, ipak se može zaključiti da je temeljni princip ovog načela sadržan u odredbama Zakona.

---

7 Načelo 1, član 1, KNS

8 Član 5, stav 2, ZOJIM

9 Član 15, tačka 1, ZOJIM

10 Član 9, stav 1, ZOJIM

11 Načelo 1, Član 3, KNS

12 Član 52, ZOJIM

### **5.3. Nezavisnost od pritisaka**

Upoređujući Kodeks sa odredbama Zakona, mogu se uočiti norme koje se odnose na sva tri člana Kodeksa. Prvi član odnosi se na suprotstavljanje pritisku i na cenzuru, odnosno da „novinar treba da se suprotstavi svakom pritisku na slobodno obavljanje profesije, kao i svakom vidu cenzure“<sup>13</sup>. Cenzura se u Zakonu pominje uopšteno u okviru prve glave zakona, da „javno informisanje je slobodno i ne podleže cenzuri“<sup>14</sup>, dok se u istom članu pominje i suprotstavljanje pritiscima, da se ne sme „ugrožavati slobodan protok informacija putem medija, kao ni uređivačka autonomija medija, a naročito vršenjem pritiska, pretnjom, odnosno ucenom urednika, novinara ili izvora informacija“<sup>15</sup>.

Sledeći član ovog načela Kodeksa odnosi se na interese izdavača, pa se navodi da „ekonomski i politički interesi izdavača ne smeju da utiču na uređivačku politiku na način koji bi imao za posledicu netačno, neobjektivno, nepotpuno i neblagovremeno informisanje javnosti“<sup>16</sup>. Analogno njemu stoji član Zakona koji je uopšten, pa se može odnositi i na izdavače. U njemu se navodi da se sloboda javnog informisanja ne sme „povređivati zloupotrebom službenog položaja i javnih ovlašćenja, svojinskih i drugih prava, kao ni uticajem i kontrolom nad sredstvima za štampanje i distribuciju novina...“<sup>17</sup>.

Poslednji član načela Nezavisnost od pritisaka štiti novinara tako što kaže da „novinar se ne može prisiliti na izražavanje mišljenja protivnog njegovoj savesti“, dok smernica dodaje da novinar „ne može biti kažnjen zbog odbijanja da izveštava suprotno svojim opredeljenjima i moralnim načelima“<sup>18</sup>. Ovom članu odgovara član u okviru dela Zakona koji se odnosi na urednike, novinare, profesionalna udruženja novinara i predstavnike inostranih medija, koji navodi da „Novinaru ne može prestati radni odnos, umanjiti se ugovorena zarada ili ugovorena naknada za rad, niti se na drugi način staviti u nepovoljniji položaj zbog toga što je u javnom glasilu objavio istinitu tvrdnju ili izneo mišljenje, kao ni zbog toga što je svoje mišljenje izneo van medija kao lični stav“<sup>19</sup>. Zaključak je da Zakon poznaje sve odredbe načela koje se

13 Načelo 2, član 1, KNS

14 Član 4, stav 1, ZOJIM

15 Član 4, stav 3, ZOJIM

16 Načelo 2, član 2, KNS

17 Član 4, stav 5, ZOJIM

18 Načelo 2, član 3, KNS

19 Član 49, ZOJIM



odnosi na nezavisnost od pritisaka, iako te odredbe nisu sistematizovane u okviru posebne glave Zakona.

#### **5.4. Sprečavanje korupcije i sukoba interesa**

Načelo koje se odnosi na sprečavanje korupcije i sukoba interesa nema svoje mesto u Zakonu o javnom informisanju i medijima. Konkretno, članovi načela koji se odnose na stav novinara prema sticanju materijalne koristi, prema primanju poklona, kao i prema podnošenju putnih troškova, nije uređen zakonom, što znači da je pitanje korupcije u novinarstvu isključivo stvar struke, i da to ne treba regulisati zakonom. Takođe, u pogledu sukoba interesa, svoje mesto u Zakonu nemaju ni članovi načela Kodeksa koji se odnose na izveštavanje novinara o temama u kojima on ima privatni interes, na njegovu dužnost da učini sve kako bi izbegao sukob interesa, na nespojivost novinarstva sa PR-om, agencijama za lobiranje, državnim organima i institucijama i političkim partijama, kao i na zabranu izveštavanja novinara o subjektima sa kojima ima poslovne odnose. Jedina odredba Zakona koja bi mogla uslovno da se uvrsti u ovo načelo Kodeksa je član 4, stav 5, koji zabranjuje povredu slobode javnog informisanja „zloupotrebom službenog položaja i javnih ovlašćenja, svojinskih i drugih prava, kao ni uticajem ni kontrolom nad sredstvima za štampanje i distribuciju novina...”<sup>20</sup>, međutim, ova odredba je postavljena preširoko i odnosi se na celokupno javno informisanje, tako da je ne bi trebalo uzeti u obzir kao normu analognu članovima u okviru načela koji se odnose na odnos novinara prema korupciji i ličnim interesima. Dakle, članovi ovog načela Kodeksa nisu predmet zakonskog regulisanja.

#### **5.5. Odgovornost novinara**

Značaj ovog načela zakonodavac u potpunosti prepoznaje. Iako u okviru ovog načela nailazimo na različite vidove odgovornosti novinara, najveći broj članova/odgovornosti imaju svoje mesto i u Zakonu, doduše ne sistematski uređeno kao što je to slučaj sa Kodeksom. Prvi član ovog načela Kodeksa naglašava odgovornost novinara prema javnosti, dok smernica precizira da novinar treba da izvesti urednika „ukoliko se njegovi lični i drugi interesi prepliću sa profesionalnim dužnostima”<sup>21</sup>. U okviru Zakona možemo uočiti sličnu odredbu, da „novinar ima pravo da odbije da izvrši nalog urednika ako bi se postupanjem u skladu s tim

---

20 Član 4, stav 5, ZOJIM

21 Načelo 4, član 1, KNS

nalogom kršio propis, pravila struke i etika novinarske profesije<sup>22</sup>. Drugi deo prvog člana načela Odgovornost novinara propisuje obavezu novinara da „se mora suprotstaviti svima koji krše ljudska prava ili se zalažu za bilo koju vrstu diskriminacije, govor mržnje i podsticanje nasilja“<sup>23</sup>. Za ovaj član načela možemo vezati veći broj odredbi Zakona, što ukazuje na važnost poštovanja ljudskih prava, odnosno zabrane diskriminacije, govora mržnje i podsticanja nasilja putem medija, zbog mnogo veće opasnosti koje ove radnje mogu izazvati putem medija, nego što te radnje mogu izazvati u svom osnovnom obliku. Zabrana diskriminacije i podsticanja nasilja može se uočiti u osnovnim odredbama Zakona, gde se navodi da je zabranjena „neposredna i posredna diskriminacija urednika medija, novinara i drugih lica u oblasti javnog informisanja...“<sup>24</sup>, i

„fizički napad na urednika, novinara i druga lica koja u čestvuju u prikupljanju i objavljivanju informacija putem medija kažnjava se na osnovu zakona“<sup>25</sup>. Govor mržnje je u okviru zakona istaknut kroz Posebna prava i obaveze u javnom informisanju, u članu koji nosi naziv Zabrana govora mržnje: „Idejama, mišljenjem, odnosno informacijama, koje se objavljuju u medijima ne sme se podsticati diskriminacija, mržnja ili nasilje protiv lica ili grupe lica zbog njihovog pripadanja ili nepripadanja nekoj rasi, veri, naciji, polu, zbog njihove seksualne opredeljenosti ili drugog ličnog svojstva...“<sup>26</sup>, dok su u narednom članu određena i dva uslova u kojima dolazi do oslobođanja od odgovornosti za govor mržnje. Takođe, kao razlog zabrane distribucije informacije Zakon navodi i pravo javnog tužioca, ukoliko se poziva na „akt neposrednog nasilja prema licu ili grupi na osnovu rase, nacionalne pripadnosti, političke pripadnosti, veroispovesti, seksualne opredeljenosti, invaliditeta ili drugog ličnog svojstva, a od objavljivanja informacije neposredno pretili ozbiljna i nepopravljiva posledica čije se nastupanje ne može sprečiti na drugi način“<sup>27</sup>. Povreda zabrane govora mržnje se pojavljuje u Zakonu i kao osnov za pokretanje sudskog postupka<sup>28</sup>.

Drugi član ovog načela odnosi se na nedopustivost falsifikovanja i plagiranja u novinarstvu, i može se pronaći smernica da se „korišćenje tuđih informacija, ideja, istraživanja, fotografija i grafičkih prikaza

22 Član 50, ZOIIM

23 Načelo 4, član 1, KNS

24 Član 4, stav 2, ZOIIM

25 Član 4, stav 3, ZOIIM

26 Član 75, ZOIIM

27 Član 59, ZOIIM

28 Član 101, ZOIIM

bez adekvatnog navođenja izvora, smatra plagiranjem i predstavlja jednu od najtežih povreda profesionalnih i etičkih standarda<sup>29</sup>. Međutim, u Zakonu ne postoji odgovarajuća odredba ovoj smernici. Vrlo je značajno da i Kodeks i Zakon poznaju pojam pretpostavke nevinosti u novinarstvu, i treći član ovog načela Kodeksa navodi da je novinar „dužan da poštuje pretpostavku nevinosti i ne sme nikoga proglasiti krivim do izricanja sudske presude“<sup>30</sup>. U okviru jedanaeste glave Zakona nailazimo na pretpostavku nevinosti kao prvo od posebnih prava i obaveza u javnom informisanju: „...niko se u mediju ne sme označiti učinioem kažnjivog dela, odnosno oglasiti krivim ili odgovornim pre pravnosnažnosti odluke suda.“<sup>31</sup> Zaključuje se da su ova dva člana gotovo identična.

Četvrti član Kodeksa odnosi se na decu i zabranjuje novinaru „da koristi nepri-merene, uznemiravajuće, pornografske i sve druge sadržaje koji mogu imati štetan uticaj na decu“<sup>32</sup>, dok naredni član propisuje dužnost novinara „da poštuje i štiti prava i dostojanstvo dece, žrtava zločina, osoba sa hendikepom i drugih ugroženih grupa“<sup>33</sup>. Zakon ne pominje zaštitu žrtava zločina, osoba sa hendikepom i drugih ugroženih grupa, već samo pravo na informisanje osoba sa invaliditetom i nacionalnih manjina. Zakon pruža posebnu zaštitu maloletnicima, propisujući da se mora voditi računa „da sadržaj medija i način distribucije medija ne naškode moralnom, intelektualnom, emotivnom ili socijalnom razvoju maloletnika“<sup>34</sup>, kao i da se ne sme „na način dostupan maloletnicima javno izlagati štampani medij sa pornografskim sadržajem“<sup>35</sup>.

Naredni član Kodeksa tiče se kulture i etičkog izražavanja, dok Zakon ne sadrži odredbe koje se odnose na kulturu javne reči. Međutim, drugi deo istog člana Kodeksa kaže da novinar „poštuje pravo na odgovor, izvinjenje i ispravku i dužan je da blagovremeno objavi odgovarajuću ispravku“<sup>36</sup>, dodajući da su mediji dužni da bez odlaganja objave tačnu i potpunu informaciju. U Zakonu je cela osma glava posvećena odgovoru na informaciju i ispravku informacije, doduše, odnosi se na odgovornog urednika, kao i na sudske postupke u vezi sa odgovorom na informaciju

29 Načelo 4, Član 2, KNS

30 Načelo 4, član 3, KNS

31 Član 73, ZOJIM

32 Načelo 4, član 4, KNS

33 Načelo 4, član 5, KNS

34 Član 76, ZOJIM

35 Član 77, ZOJIM

36 Načelo 4, Član 6, KNS

i ispravke informacije, tako da bi u tom slučaju trebalo uzeti u obzir samo odredbu koja se odnosi na upravni postupak koji se odnosi na pravo na odgovor na informaciju: „lice na koje se odnosi informacija, koja može da povredi njegovo pravo ili interes, može od odgovornog urednika zahtevati da, bez naknade, objavi odgovor u kome ono tvrdi da je informacija neistinita, nepotpuna ili netačno preneti“.<sup>37</sup> Poslednji član Kodeksa se odnosi na zabranu komercijalnog ili političkog oglašavanja u formi novinarskog izveštaja, ali se sličan član ne može pronaći u Zakonu. Dakle, zakonodavac je prepoznao gotovo sve odgovornosti novinara koje Kodeks nalaže, iako, kao što su to pokazala prethodna načela, nema sistematizovane celine.

### **5.6. Novinarska pažnja**

„Novinar je obavezan da pristupa poslu sa dužnom profesionalnom pažnjom“<sup>38</sup> jeste prvi član načela Novinarska pažnja. Takođe, Zakon poznaje novinarsku pažnju, navodeći da su urednik i novinar dužni „da s pažnjom primerenom okolnostima, pre objavljivanja informacije koja sadrži podatke o određenoj pojavi, događaju ili ličnosti, provere njeno poreklo, istinitost i potpunost“.<sup>39</sup>

Naredna dva člana Kodeksa nemaju svoje „dvojnike“ u Zakonu, a odnose se na poverenje koje izvor ima kod novinara, kao i izjednačavanje prećutkivanja činjenica sa iznošenjem neistine. Poslednji član Kodeksa se u nešto izmenjenom obliku nalazi u prethodnom načelu. Ističe se da „novinar mora biti svestan opasnosti od diskriminacije koju mogu da šire mediji i učiniće sve da izbegne diskriminaciju zasnovanu, između ostalog, na rasi, polu, starosti...“<sup>40</sup>. Ovome odgovaraju već analizirani član 4, stav 2, kao i član 75, oba u vezi sa diskriminacijom. Zaključak je da je novinarska pažnja kao vrednost prepoznata u oba dokumenta, iako odredbe koje je objašnjavaju nisu u neposrednoj vezi.

### **5.7. Odnos prema izvorima informisanja**

Načelo Kodeksa koje se odnosi na izvore informisanja nema svoje mesto u Zakonu, pa se može reći da je zakonodavac u potpunosti ovu materiju prepustio struci. Jedini član koji se tiče odnosa novinara i izvora

---

37 Član 83, stav 1, ZOJIM

38 Načelo 5, član 1, KNS

39 Član 9, stav 1, ZOJIM

40 Načelo 5, član 4, KNS

informisanja jeste već analizirani član Novinarska tajna koji garantuje anonimnost izvora, ali i obavezu u kojoj situaciji se izvor mora otkriti.

### **5.8. Poštovanje privatnosti**

Udruženja koja su sastavila Kodeks novinara Srbije, kao i pisac Zakona o javnom informisanju i medijima uvideli su značaj privatnih informacija u oblasti medija, pa se jedno načelo Kodeksa, koje sadrži četiri člana, i jedna glava Zakona, koja takođe sadrži četiri člana, tiču privatnosti. Prvi član Kodeksa kaže da novinar „poštuje privatnost, dostojanstvo i integritet ljudi o kojima piše. Pravo na privatnost suženo je kada je reč o javnim ličnostima, a posebno nosiocima javnih funkcija“.<sup>41</sup> Dalje se zabranjuje iznošenje imena i fotografija, kao i podataka žrtava i počinitelaca putem kojih ih je moguće identifikovati. Pored toga, u okviru ovog člana precizira se da se podaci iz privatnog života javnih ličnosti mogu u činiti dostupnim javnosti isključivo ukoliko je to u interesu javnosti. Upoređujući ove članove i smernice Kodeksa sa Zakonom, prvi član glave Zakona koji se tiče informacija o ličnosti kaže da „dostojanstvo ličnosti lica na koje se odnosi informacija pravno je zaštićeno“<sup>42</sup>, kao i da je „informacija iz privatnog života, odnosno lični zapis...zapis lika (fotografski...zapis glasa...ne može se objaviti bez pristanka lica čijeg se privatnog života informacija tiče, odnosno lica čije reči, lik, odnosno glas sadrži...“<sup>43</sup>.

Zaštita žrtava nasilja u medijima je pravno regulisana na sledeći način: „Prikazom ili opisom scene nasilja u mediju ili medijskom sadržaju ne sme se povrediti dostojanstvo žrtve nasilja“<sup>44</sup>. Što se tiče zaštite javnih ličnosti i funkcionera, Zakon ih pominje među taksativno navedenim izuzecima od objavljivanja privatnih informacija i zapisa bez pristanka lica na koje se odnose, na sledeći način: „ako se informacija, odnosno zapis, odnosi na ličnost, pojavu ili događaj od interesa za javnost, posebno ako se odnosi na nosioca javne ili političke funkcije, a objavljivanje informacije je u interesu nacionalne bezbednosti, javne sigurnosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja ili morala, ili zaštite prava i sloboda drugih“<sup>45</sup>. Korelativno ovoj odredbi, u osnovnim odredbama ovog zakona nalazi

41 Načelo 7, član 1, KNS

42 Član 79, stav 1, ZOJIM

43 Član 80, stav 1, ZOJIM

44 Član 79, stav 3, ZOJIM

45 Član 82, stav 2, tačka 2, ZOJIM

se i obaveza nosilaca javne i političke funkcije „da trpi iznošenje kritičkih mišljenja, koja se odnose na rezultate njegovog rada, odnosno politiku koju sprovodi...“<sup>46</sup>.

Drugi i treći član Kodeksa kažu da treba izbegavati „spekulacije i prenošenje nedovoljno proverljivih stavova u izveštavanju o nesrećama i tragedijama...“<sup>47</sup>, kao i da „u izveštavanju o događajima koji uključuju lični bol i šok, novinar je dužan da svoja pitanja prilagodi tako da odražavaju duh saosećanja i diskrecije“<sup>48</sup>. Oni se pre mogu vezati za istinitost izveštavanja i novinarsku pažnju, što se u Zakonu može pronaći u analiziranom devetom članu<sup>49</sup>. Poslednji član ovog načela tiče se privatnih informacija maloletnika, pa se novinar obavezuje „da osigura da dete ne bude ugroženo ili izloženo riziku zbog objavljivanja njegovog imena, fotografije ili snimka sa njegovim likom, kućom, zajednicom u kojoj živi ili prepoznatljivom okolinom“<sup>50</sup>. Analogno tome, u Zakonu stoji odredba: „Maloletnik se ne sme učiniti prepoznatljivim u informaciji koja može da povredi njegovo pravo ili interes“<sup>51</sup>, kao i već analiziran član o zaštiti maloletnika kao posebnim pravima i obavezama u javnom informisanju<sup>52</sup>. Dakle, može se reći da je i sa etičke i sa pravne strane prepoznata zaštita privatnih informacija u sferi medija.

### **5.9. Korišćenje časnih sredstava**

Ovo načelo Kodeksa u prvom članu kaže da „u prikupljanju informacija, fotografija, dokumenata, zvučnih i video zapisa novinar će se koristiti samo časnim sredstvima“<sup>53</sup>. To znači da se neće objaviti materijal pribavljen putem skrivenih naprava, izuzev kada se time štiti javni interes. Ovaj član nema svoje mesto u Zakonu, već se delimično može uočiti u prethodno analiziranoj glavi Zakona – Informacije o ličnosti, gde se lični zapis (pismo), zapis lika (fotografija), zapis glasa (magnetofonski) ne može objaviti bez pristanka lica na koje se

---

46 Član 8, ZOJIM

47 Načelo 7, član 2, KNS

48 Načelo 7, član 3, KNS

49 Član 9, stav 1, ZOJIM

50 Načelo 7, član 4, KNS

51 Član 80, stav 2, ZOJIM

52 Član 77,

53 Načelo 8, član 1, KNS

zapisi odnose<sup>54</sup>. Međutim, drugi deo člana koji se odnosi na izuzetak može se pronaći u takođe analiziranim osnovnim odredbama Zakona, gde se navodi da se putem medija objavljuju informacije o pojavama, događajima i ličnostima o kojima javnost ima opravdan interes da zna, „bez obzira na način na koji su pribavljene informacije...”<sup>55</sup>. Ostali članovi ovog načela tiču se zabrane vršenja pritiska na privatno lice od strane samog novinara, izuzev u slučaju javnog interesa, ali se isto tako u svrhu javnog interesa podstiče vršenje pritiska prema državnim i drugim institucijama<sup>56</sup>. Izuzev normi Zakona koje se odnose na pomenute slučajeve primata javnog interesa nad privatnim, ovi članovi Kodeksa nemaju svoje regulativnu afirmaciju.

### **5.10. Poštovanje autorstva**

Iako ovo načelo već u svom prvom članu upućuje na Zakon o zaštiti autorskog prava, ipak se u odredbama Zakona mogu uočiti određene odredbe ovog člana koje se odnose na navođenje autora prilikom objavljivanja tuđeg materijala. Ranije pomenuti član 9 Zakona kaže da se preuzete informacije, ideje i mišljenja prenesu verodostojno i potpuno, a „ako se informacija preuzima iz drugog medija – da navedu i naziv tog medija”<sup>57</sup>. Ostali članovi načela o autorstvu odnose se na pravo novinara da ne potpiše tuđe zapise kao svoje, da arhivski audio i video zapisi moraju da budu označeni kao arhivski, kao i na obavezu urednika da ne potpiše novinara ukoliko bi time bila ugrožena bezbednost novinara. Treći član načela navodi da „novinar treba da odbije da potpiše tekst, fotografiju, crtež, ilustraciju, zvučni ili video zapis... kada je uredničkom, lektorskom ili drugom intervencijom izmenjen tako da je promenjen njegov smisao, kao i ukoliko su te izmene suprotne mišljenju i uverenju novinara...”<sup>58</sup>. U Zakonu je ovo definisano kao pravo novinara na autentičnost priloga, na sledeći način: „Prilog novinara čiji je smisao izmenjen u uređivačkom postupku ne sme se objaviti pod njegovim imenom bez njegovog pristanka”<sup>59</sup>. Dakle, zakonodavac je poklonio određenu pažnju pitanjima autorstva, ali se ne može reći da ovo načelo Kodeksa ima svoje mesto u Zakonu.

54 Član 80, stav 1, ZOJIM

55 Član 5, stav 1, ZOJIM

56 Načelo 8, član 2-4, KNS

57 Član 9, stav 2, ZOJIM

58 Načelo 9, Član 3, tačka 1, KNS

59 Član 51, ZOJIM

### **5.11. Zaštita novinara**

Poslednje načelo je uopštenog karaktera i tiče se sigurnosti novinara. Napominje se da ukoliko se pridržava Kodeksa, „novinar uživa podršku i zaštitu svog profesionalnog udruženja“<sup>60</sup>, kao i da ukoliko se pridržava profesionalnih i etičkih standarda, „ima pravo na pravnu i materijalnu pomoć...“<sup>61</sup>. U okviru Zakona, odredba koja se odnosi na zaštitu od strane udruženja jeste sledeća: „Udruženje novinara ima pravni interes za mešanje u radnom sporu u kome učestvuje član tog udruženja, ako se on tome ne protivi“<sup>62</sup>. Poslednji član Kodeksa je, na neki način, zaštita drugih od delovanja novinara, i proklamuje da „svako ko smatra da je novinar povredio neku od odredbi ovog Kodeksa, može se obratiti Sudu časti i Savetu za štampu“<sup>63</sup>. Takođe uslovno, analogno ovom članu, mogle bi se sagledati odredbe Zakona koje se odnose na odredbe o zaštiti pred sudom koje su već bile predmet analize, i to kako odredbe vezane za pravo na odgovor i pravo na ispravku informacije<sup>64</sup>, tako i odredbe koje se odnose na sudsku zaštitu<sup>65</sup>.

## **6. Diskusija i zaključak**

Na osnovu uporedne analize Kodeksa i Zakona mogu se uočiti određene podudarnosti. Zakon prepoznaje većinu novinarskih vrednosti, kao što su istinitost izveštavanja, novinarska pažnja, pretpostavka nevinosti u informisanju, novinarska tajna, i neke od njih na gotovo istovetan način i definiše. Takođe, određene odredbe koje su predmet i Zakona i Kodeksa jesu zabrana govora mržnje, odgovor i ispravka informacije, pravo novinara da ne izveštava suprotno svojim ubeđenjima, kao i da ne dozvoli objavljivanje priloga pod njegovim imenom ukoliko je urednički izmenjen. U oba dokumenta posvećena je posebna pažnja zaštiti maloletnika od uticaja medija. Međutim, najveći stepen analogije u odnosu ova dva dokumenta jesu informacije iz domena privatnosti, kojima i Kodeks i Zakon daje značajno mesto, u okviru cele jedne glave Zakona, odnosno načela Kodeksa. Sa druge strane, određena načela Kodeksa nemaju svoje mesto u Zakonu, i *vice versa*. Na primer, zakonodavac nije imao interes da uredi odnos novinara i izvora informisanja, već je to prepustio

---

60 Načelo 10, član 1, KNS

61 Načelo 10, član 2, KNS

62 Član 54, ZOJIM

63 Načelo 10, član 3, KNS

64 Član 83, 84, ZOJIM

65 Član 101, stav 1, ZOJIM



struci. U domenu Zakona, neke glave poput sufinansiranja projekata od javnog interesa, javnosti podataka i registru medija, naknade štete i drugih, nemaju direktne veze sa pravima i obavezama novinara, te nisu ni bile predmet analize. Međutim, četiri glave Zakona koje se odnose na osnovne odredbe, na urednike, novinare, profesionalna udruženja novinara i predstavnike inostranih medija, na posebna prava i obaveze, i na informacije o ličnosti, najneposrednije su vezane za odredbe Kodeksa novinara Srbije, i vrlo su slične. Očekivano, određena načela Kodeksa koja se tiču etičkih dilema novinara, sa pravom, nisu obuhvaćena pravnom regulacijom. Na taj način Zakon o javnom informisanju i medijima ne zalazi direktno u postupke novinara.

Na kraju, treba istaći da je medije i ceo medijski prostor, kao i većinu društvenih oblasti, neophodno regulisati. S druge strane, obim te regulacije mora biti pažljivo odmeren kako ne bi došlo do ograničavanja medijskih sloboda. Dakle, Zakon mora da postoji, ali samo kao okvir, dok Kodeks konkretnije treba da usmerava ponašanje novinara. Neophodno je postojanje uzajamne primene Zakona i Kodeksa u cilju slobodnog, ali i odgovornog novinarstva.

### **Literatura/References**

Dej, L. A. (2004). *Etika u medijima, primeri i kontroverze*, Beograd: Medija centar.

Žaket, D. (2007). *Novinarska etika*, Beograd: Službeni glasnik. Nikolić, L.

D. (2010). *Medijsko pravo*, Beograd: Službeni glasnik. Raz, Dž. (2005).

*Etika u javnom domenu*, Podgorica: CID.

Stojanović Prelević, I. (2018) *Poslovna komunikacija i etika*, Niš: Filozofski fakultet.

Todorović, M. (2012). Sloboda štampe u Srbiji u XIX veku, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, (LXI), 439–455.

Izvori:

Ustav Republike Srbije, Službeni glasnik RS. Br. 98/2006.

Zakon o javnom informisanju i medijima. Službeni glasnik RS. Br. 83/2014, 58/2015, 12/2016 – autentično tumačenje.

Kodeks novinara Srbije. Dia-Art 2015.

**Andrej Blagojević, LL.B., MA**

*Teaching Assistant, Communicology and Journalism Department,  
Faculty of Philosophy, University of Niš*

**Doc. Ivana Stojanović Prelević, PhD,**

*Assistant Professor, Communicology and Journalism Department,  
Faculty of Philosophy, University of Niš*

**LEGAL AND ETHICAL ASPECTS OF SERBIAN JOURNALISM:  
COMPARATIVE ANALYSIS OF THE PUBLIC INFORMATION AND  
MEDIA ACT AND THE JOURNALISTS' CODE OF ETHICS**

**Summary**

*In the contemporary society, journalism rests on the principles of impartiality and independence. Such a position and role of journalists can be successfully safeguarded by enacting corresponding legal and ethical norms in the field of media. This paper compares legal and ethical norms envisaged in two Serbian documents: the Public Information and Media Act (2014) and the Journalists' Code of Ethics (2006). The former is the media "umbrella" law dealing with the journalists' status; the latter is the most important legal document in the field of journalists' ethics in Serbia. The paper first focuses on the relationship between ethics and law in general, stressing their importance in the field of media. After providing an overview of the Serbian legislative framework on media and the ethical norms related to journalists, the authors compare in detail the legal and ethical norms provided in these two documents, drawing attention to their corresponding points and the observed differences. The comparison reveals that the Public Information and Media Act recognizes most of the commonly accepted professional journalism principles. Some of them are defined in the identical way in the Journalists' Code (e.g. authentic reporting, the journalists' due diligence, the presumption of innocence, the respect for privacy, etc.). However, the Act does not contain some principles which are envisaged in the Code, such as the one concerning the relationship between a journalist and the source of information, thus leaving room to journalists to regulate their professional space.*

**Keywords:** *media, Public Information and Media Act, Journalists' Code of Ethics, legal norms, ethical norms, professional journalism principles.*

**Aleksandra Vasić,\***  
Asistent Pravnog fakulteta,  
Univerziteta u Nišu

pregledni naučni rad  
10.5937/zrpfno-23361

UDK: 347.77.043:339.137(497.11)  
339.137

Rad primljen: 28.09.2019.  
Rad prihvaćen: 27.11.2019.

## **PRAVNI TRETMAN KLAUZULE BEZ OSPORAVANJA U UGOVORU O LICENCI SA ASPEKTA PRAVA KONKURENCIJE\*\***

**Apstrakt:** Predmet interesovanja autora u radu je pravni tretman klauzula bez osporavanja u ugovorima o licenci. Naime, radi se o klauzulama kojima se zabranjuje sticaocu licence da osporava valjanost prava intelektualne svojine koje je predmet ugovora o licenci tokom određenog vremena, obično tokom trajanja ugovora. U radu autor analizira zakonitost ugovaranja pomenute klauzule u ugovorima o licenci sa aspekta prava konkurencije Evropske unije, budući da u domaćem pravu još uvek ne postoje pozitivnopravne norme kojima se ovaj institut uređuje.

**Ključne reči:** klauzula bez osporavanja, ugovor o licenci, transfer tehnologije, pravo konkurencije.

### **1. Uvod**

U pravu Republike Srbije ugovor o licenci je uređen opštim i posebnim propisima. Opšti propis kojim je u domaćem pozitivnom pravu regulisan ugovor o licenci je Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO) iz 1978. godine. Posebna pravila za ugovor o licenci sadržana su u zakonima kojima se uređuju prava intelektualne svojine (Zakon o patentima, Zakon o žigovima i dr).

ZOO definiše ugovor o licenci kao ugovor kojim se davalac licence obavezuje da sticaocu licence ustupi, u celini ili delimično, pravo iskorišćavanja pronalaska, tehničkog znanja i iskustva, žiga, uzorka ili modela, a sticalac licence se obavezuje da mu za to plati određenu

---

\* aleksandra@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Republike Srbije sa pravom EU“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

naknadu.<sup>1</sup> Ugovor o licenci je dvostranoobavezujući ugovor, pošto obe ugovorne strane zasnivanjem međusobnog odnosa preuzimaju određene obaveze. Budući da ugovor o licenci podrazumeva obavezu sticaoca da plaća ugovorenu naknadu za privredno iskorišćavanje predmeta licence, ovaj ugovor spada u teretne ugovore. Pojedini autori ugovor o licenci često svrstavaju u aleatorne ugovore, pošto ekonomski ishod iskorišćavanja predmeta licence zavisi od situacije na tržištu, koja je za ugovorne strane u momentu zaključenja ugovora nepredvidiva (Popović, 2015: 395).

Predmet ustupanja kod ugovora o licenci mogu biti sva prenosiva prava industrijske svojine (patent, žig i dr), kao i prava u fazi prijave, pod uslovom da zahtev za priznavanje odgovarajućeg prava industrijske svojine kod nadležnog nacionalnog organa bude prihvaćen i da to pravo bude na propisan način registrovano (Vasiljević, 2012: 328).

Posebna pravila za ugovor o licenci nalazimo u zakonima kojima se regulišu pravni režim predmeta ugovora o licenci, kao što je to npr. Zakon o patentima<sup>2</sup> (nadalje: ZOP), Zakon o žigovima, Zakon o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna i dr. (Šogorov, Arsić 2017: 129).

Ustupanje jednog ili više imovinskopravnih ovlašćenja iz subjektivnog prava industrijske svojine putem ugovora o licenci je u funkciji podsticanja inovacija, širenja tehnologija, izbegavanja dupliranja istraživanja, poboljšanja kvaliteta, smanjenja troškova proizvodnje i dr. Na taj način se ugovorom o licenci mogu postići pozitivni efekti na ukupan privredni razvoj.

Međutim, s obzirom na to da je predmet ugovora o licenci ustupanje jednog ili više imovinskopravnih ovlašćenja iz subjektivnog prava industrijske svojine,<sup>3</sup> koje po svojoj prirodi predstavlja monopolsko pravo

---

1 Čl. 686 Zakona o obligacionim odnosima, („Sl. list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, „Sl. list SRJ“, br. 31/93 i „Sl. list SCG“, br. 1/2003 – Ustavna povelja).

2 Zakon o patentima, *Službeni glasnik RS*, br. 99/2011 i 113/2017 – drugi zakon. Tako, na primer, čl. 46 ZOP propisuje da prava iz prijave, kao i pravo na patent ili mali patent mogu, sa ograničenjima ili bez njih, biti predmet ustupanja na osnovu ugovora o licenci. Ugovor o licenci naročito sadrži: datum zaključenja, ime i prezime ili poslovno ime ugovornih strana, prebivalište, boravište ili sedište ugovornih strana, broj prijave ili registarski broj priznatog prava, vreme trajanja licence i obim licence. ZOP propisuje da ugovor o licenci mora biti upisan u odgovarajući registar nadležnog organa kako bi proizvodio pravno dejstvo prema trećim licima.

3 ZOO izričito navodi *know-how* (znanje i iskustvo) kao mogući predmet ugovora o licenci. Među tim, budući da ugovor o licenci podrazumeva promet prava, a *know-how* nije predmet isključivog prava industrijske svojine, u domaćoj pravnoj teoriji

priznato titularu na osnovu normi objektivnog prava intelektualne svojine, to u praksi može stvoriti određene probleme sa aspekta prava konkurencije. Naime, u praksi vrlo često nailazimo na suprotstavljene interese titulara prava intelektualne svojine i društvenog interesa očuvanja zdrave tržišne utakmice (Marković, 1997: 321, 322). U domaćem pravu predmet ugovora o licenci mogu biti imovinskopravna ovlašćenja iz korpusa subjektivnog prava industrijske svojine, kao i *know-how*. Međutim, u pravu konkurencije je predmet ugovora o licenci određen na širi način, budući da je propisano da predmet ugovora o licenci u pravu konkurencije Evropske unije može biti i autorsko pravo na softveru. Na isti način je definisan i predmet ugovora o licenci u domaćem pravu konkurencije, o čemu će biti reči u daljem tekstu rada. Budući da predmet ugovora o licenci u pravu konkurencije može biti i softver, koji se u domaćem pravu štiti i autorskim pravom, autor u radu koristi termin intelektualna svojina kao generički naziv za pravo industrijske svojine i autorsko pravo, kao i prava srodna autorskom pravu.

Budući da isključiva prava intelektualne svojine garantuju svom titularu monopolno pravo na iskorišćavanje za vreme trajanja pravne zaštite, titular je u poziciji da drugim licima prenosi to pravo pod znatno restriktivnijim uslovima nego što je to uobičajeno za prenos drugih prava. Koristeći svoj superiorniji položaj, titular prava intelektualne svojine – davalac licence, nastoji da sticaooca licence stavi u što zavisniji položaj, što se može postići unošenjem u ugovor o licenci različitih restriktivnih klauzula koje ograničavaju privrednu slobodu sticaooca licence i utiču na njegovu konkurentnost na tržištu (Miljković, Vasić, 2017: 537, 538).

U tom smislu, ugovor o licenci može predstavljati restriktivni sporazum sa aspekta prava konkurencije.<sup>4</sup> Kao takav može dovesti do ograničavanja ili narušavanja slobodne konkurencije na tržištu.<sup>5</sup> Pravo konkurencije

---

preovladava shvatanje da ne može biti predmet ugovora o licenci (Marković, Popović, 2013: 218).

4 Ne postoji pretpostavka da ugovori o licenci *per se* imaju negativan uticaj na konkurenciju na tržištu. Većina ugovora o licenci pozitivno utiče na konkurenciju na tržištu budući da doprinose širenju novih tehnologija i podstiču inovacije. Vid. tač. 9 Smernica o sporazumima o prenosu tehnologije.

5 U pravu EU su sporazumi kojima se ograničava, narušava ili sprečava konkurencija označeni kao zabranjeni sporazumi koji su nespojivi sa unutrašnjim tržištem (vid. čl. 101, st. 1 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije), dok domaći zakonodavac koristi termin restriktivni sporazumi (vid. čl. 10, st. 1 Zakona o zaštiti konkurencije). Au tor će u radu koristiti isklju čivo termin restriktivni sporazumi, bez obzira da li se radi o pravu EU ili domaćem pravu.

toleriše one vrste ograničenja u ugovorima o licenci koje davalac licence stavlja sticaocu, ukoliko ta ograničenja proizilaze iz samog izvornog prava davaoca (Marković, 2008: 323). To se odnosi na ograničenja u pogledu načina, obima, količine, teritorije<sup>6</sup> i vremena korišćenja<sup>7</sup> predmeta licence. Sa stanovišta prava konkurencije, posebnu pažnju izaziva ugovor o isključivoj licenci kao restriktivni sporazum.<sup>8</sup>

Osnovna karakteristika isključive licence je da davalac licence ne sme sam vršiti niti ustupati trećim licima ovlašćenja koja je već ustupio sticaocu licence.<sup>9</sup> Ugovorne odredbe o isključivosti, koje su neophodne za vršenje ovlašćenja koje je predmet ugovora o licenci, mogu biti dopuštene propisima o zaštiti konkurencije. U tom smislu, zabrana restriktivnih sporazuma ne sprečava titulara prava intelektualne svojine da ovlašćenja koja čine sadržinu njegovog subjektivnog prava vrši na uobičajeni način.<sup>10</sup> S druge strane, pravo konkurencije toleriše i neke oblike ograničenja u ugovorima o licenci koja izlaze van pomenutog okvira.<sup>11</sup> Dakle, pravo konkurencije u određenim slučajevima dopušta izuzeća ugovora o licenci od zabrane restriktivnih sporazuma.

Jedna od ugovornih odredaba koja se često ugovara prilikom zaključivanja ugovora o licenci je klauzula bez osporavanja (eng. *no challenge clause*). U daljem tekstu rada, autor će analizirati zakonitost ugovaranja pomenute klauzule u ugovorima o licenci sa aspekta prava konkurencije Evropske unije, budući da u domaćem pravu još uvek ne postoje pozitivnopravne norme kojima se ovaj institut uređuje.

---

6 Na primer, kada je reč o prostornom ograničavanju prava iskorišćavanja predmeta licence, nacrtom GZ se takvo ograničenje dopušta samo ako to nije protivno propisima o zaštiti konkurencije. Time se pravni režim ugovora o licenci dovodi u vezu sa pravom konkurencije. Vid. čl. 1044 Nacrta GZ.

7 Čl. 688 ZOO propisuje da licenca za iskorišćavanje patentiranog pronalaska, uzorka ili modela ne može biti zaključena na vreme duže od trajanja zakonske zaštite tih prava.

8 Ugovorom o isključivoj licenci sticalac licence stiče isključivo pravo iskorišćavanja predmeta licence. Vid. čl. 689, st. 1 ZOO.

9 U tom smislu, ugovor o isključivoj licenci može, na primer, predstavljati sporazum kojim se deli tržište.

10 Tako, na primer, ugovor o isključivoj licenci ne predstavlja restriktivni sporazum *per se*.

11 Savremeno pravo konkurencije propisuje izuzetke koji su različito formulisani u zavisnosti od toga da li je ugovor o licenci zaključen između konkurenata ili ne. Tako, na primer, pravo konkurencije u pojedinim slučajevima dopušta klauzule o podeli tržišta u ugovorima o licenci.

## 2. Pravni okvir za regulisanje klauzule bez osporavanja u pravu Evropske unije

Osnovni izvor prava Evropske unije u oblasti prava konkurencije je Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (u daljem tekstu UFEU).<sup>12</sup> S obzirom na temu rada, za našu analizu će od posebnog značaja biti uredbe Evropske komisije o kolektivnom izuzeću sporazuma o prenosu tehnologije.<sup>13</sup> Evropska komisija je do sada usvojila pet uredbi o kolektivnom izuzeću sporazuma o prenosu tehnologije.<sup>14</sup> Trenutno važeći propis koji predstavlja pravni okvir za kolektivno izuzeće od zabrane sporazuma o prenosu tehnologije je Uredba Komisije br. 316/2014 od 21. marta 2014. godine o primeni čl. 101, st. 3 UFEU na kategorije sporazuma o prenosu tehnologije (u daljem tekstu Uredba TTBER).<sup>15</sup> Takođe, Evropska komisija je donela Smernice o primeni čl. 101, st. 3 UFEU na kategorije sporazuma o prenosu tehnologije (nadalje Smernice o sporazumima o prenosu tehnologije).<sup>16</sup>

U pravu konkurencije Evropske unije sporazum o prenosu tehnologije definisan je kao: a) sporazum o licenciranju prava na tehnologiju između dva u česnika na tržištu kako bi sticalac licence i/ili njegov podizvođač/njegovi podizvođači mogli proizvoditi ugovorene proizvode; ili b) ustupanje prava na tehnologiju pri kojem deo rizika u vezi sa korišćenjem licencirane tehnologije i dalje snosi prenosilac.<sup>17</sup>

---

12 Čl. 101 do 106 UFEU predstavljaju pravni okvir za regulisanje politike konkurencije na nivou Evropske unije.

13 Uredbom Saveta br. 19/65/EEZ je Komisiji dato ovlašćenje za primenu čl. 101, st. 3 UFEU (nekadašnji čl. 85 Rimskog ugovora) te je Komisija ovlašćena da bliže uredi uslove pod kojima se čl. 101 UFEU ne primenjuje na određene kategorije sporazuma.

14 Uredba (EEZ) br. 2349/84 od 23. jula 1984. godine o primeni člana 85, st. 3 Ugovora na određene kategorije ugovora o licenci patenta, *Službeni list EEZ*, 1985, br. L 113.; Uredba (EEZ) br. 556/89 od 30. novembra 1989. godine o primeni člana 85, st. 3 Ugovora na određene kategorije ugovora o *know-how*, *Službeni list EEZ*, 1989, br. L 61.; Uredba (EEZ) br. 240/96 od 31. januara 1996. godine o primeni člana 85, st. 3 Ugovora na određene kategorije sporazuma o prenosu tehnologije, *Službeni list EEZ*, 1996, br. L 31.; Uredba (EEZ) br. 772/2004 od 31. januara 1996. godine o primeni člana 81, st. 3 Ugovora na sporazume o prenosu tehnologije, *Službeni list EU*, 2004, br. L 123, (nadalje: TTBER 772/2004), i Uredba (EU) br. 316/2014 od 21. marta 2014. godine o primeni čl. 101, st. 3 Ugovora na sporazume o prenosu tehnologije, *Službeni list EU*, 2014, br. L 93/17.

15 Skraćeno od *Technology Transfer Block Exemption Regulation*.

16 Smernice o primeni čl. 101, st. 3 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije na sporazume o prenosu tehnologije, *Službeni list EU*, 2014, br. C 89.

17 Čl. 1 c Uredbe TTBER.

Iz ovakvog pojmovnog određenja proizilazi da pojam sporazuma o prenosu tehnologije sadrži ugovor o licenci i ugovor o cesiji kao dva sastavna pojma sporazuma o transferu tehnologije. Predmet analize u radu biće ugovor o licenci kako sastavni deo pojma sporazuma o prenosu tehnologije.<sup>18</sup>

U tom smislu, Uredba TTBER propisuje da predmet ugovora o licenci mogu biti znanje i iskustvo (*know-how*) i sledeća prava ili njihova kombinacija, uključujući i prava iz prijave: patenti, korisni modeli, pravo na dizajn, topografija poluprovodničkih proizvoda, patentirani lekovi i sredstva za zaštitu bilja zaštićeni sertifikatom o dodatnoj zaštiti, pravo oplemenjivača biljnih sorti i autorsko pravo na softveru.<sup>19</sup> Iz navedene odredbe proizilazi da je u pravu konkurencije Evropske unije predmet ugovora o licenci određen na širi način u odnosu na odredbe našeg ZOO.<sup>20</sup>

Kolektivno izuzeće ugovora o licenci od zabrane restriktivnih sporazuma je u pravu Evropske unije vrlo detaljno regulisano. Mišljenja smo da je kolektivno izuzeće ugovora o licenci umnogome komplikovanije u odnosu na kolektivna izuzeća drugih vrsta sporazuma.<sup>21</sup> To je razumljivo ukoliko se ima u vidu činjenica da se u obzir moraju uzeti i brojni pravni instituti koji karakterišu sporazume o prenosu tehnologije uopšte. Tako, Uredba TTBER predviđa da se ugovor o licenci u praksi može zaključiti između učesnika na tržištu koji su konkurenti, kao i između učesnika koji nisu konkurenti na tržištu. Ugovor o licenci može se u praksi pojaviti i kao horizontalni i kao vertikalni restriktivni sporazum. Od značaja je i da li su ugovori o licenci zaključeni između konkurenata uzajamni ili neuzajamni, te da li je licenca isključiva, obična ili jedinstvena.

---

18 Budući da se prenos tehnologije u praksi najčešće vrši zaključivanjem ugovora o licenci, pojedini autori izjednačavaju ova dva instituta. Tako, na primer, dr Dušan Popović smatra da „pojam prenosa tehnologije uobičajeno obu hvata davanje licence patentiranog pronalaska, zaštićenog korisnog modela, zaštićene topografije poluprovodničkog proizvoda, zaštićene biljne sorte ili prenos poslovne tajne“ (Popović, 2012: 56).

19 Vid. čl. 1 b Uredbe TTBER.

20 Vid. *supra*, str. 3.

21 Prilikom propisivanja uslova za grupno izuzeće od zabrane, Evropska komisija je restriktivne sporazume kvalifikovala u četiri kategorije: vertikalni sporazumi, horizontalni sporazumi, vertikalni sporazumi o distribuciji i servisiranju motornih vozila i sporazumi o prenosu tehnologije.



Da bi ugovor o licenci bio izuzet od zabrane restriktivnih sporazuma, mora ispunjavati uslove koji su propisani Uredbom TTBER. S tim u vezi, propisani su pragovi tržišnog udela, kako na relevantnom tržištu tehnologija, tako i na tržištu proizvoda, čija vrednost ne sme biti premašena kako bi određeni ugovor mogao biti izuzet od zabrane, kao i ostali uslovi koji moraju biti ispunjeni.<sup>22</sup> Ovi uslovi su u Uredbi TTBER postavljeni vrlo restriktivno.

S druge strane, TTBER propisuje dve grupe ograničenja na koje se ne može primeniti kolektivno izuzeće od zabrane restriktivnih sporazuma. Naime, radi se o ugovornim odredbama u ugovorima o licenci koje zahtevaju pojedinačnu ocenu u smislu da li doprinose ili štete konkurenciji na tržištu.<sup>23</sup>

Prvo, TTBER propisuje ograničenje koje se odnosi na isključivo ustupanje prava na vlastita poboljšanja ili na dodeljivanje poboljšanja licencirane tehnologije davaocu licence.<sup>24</sup>

Drugo ograničenje koje je isključeno od primene grupnog izuzeća od zabrane restriktivnih sporazuma odnosi se na odredbe o neosporavanju, odnosno, neposredne ili posredne obaveze neosporavanja valjanosti prava intelektualne svojine davaoca licence, ne dovodeći u pitanje mogućnost, u slučaju isključive licence, da davalac licence raskine sporazum o transferu tehnologije u slučaju da sticalac licence osporava valjanost bilo kog licenciranog prava na tehnologiju.<sup>25</sup> Radi se, dakle, o klauzuli bez osporavanja valjanosti prava davaoca licence.

### **3. Pojam, vrste i glavna obeležja klauzule bez osporavanja**

Predmet interesovanja autora u ovom radu je pravni tretman klauzule bez osporavanja u ugovorima o licenci. Naime, radi se o klauzuli kojom se zabranjuje sticaocu licence da osporava valjanost prava intelektualne svojine koja je predmet ugovora o licenci tokom određenog vremena, obično tokom trajanja ugovora (Cheng, 2016: 440). Cilj ugovaranja pomenute klauzule u ugovorima o licenci je sprečavanje sticaoca licence da osporava valjanost prava intelektualne svojine koje je priznato davaocu licence na osnovu normi objektivnog prava intelektualne svojine. Pojedini pravni teoretičari ističu da je cilj ugovaranja klauzule bez

---

22 Uredba TTBER, čl. 3, st. 1 i 2.

23 Uredba TTBER, čl. 5.

24 Uredba TTBER, čl. 5, st. 1 tč. 1.

25 Uredba TTBER, čl. 5, st. 1 tč. 2.

osporavanja da se „učvrsti pozicija davaoca licence koju mu je odobrio zakon“ (Orstavik 2005: 83).

U pravnoj teoriji nalazimo da se klauzule bez osporavanja mogu podeliti u dve grupe: direktne klauzule bez osporavanja, koje izričito zabranjuju sticaocima licence da osporavaju pravo davaoca licence koje je predmet ugovora o licenci, i kaznene klauzule u slučaju osporavanja. Kao primer kaznene klauzule u slučaju osporavanja u pravnoj teoriji navodi se klauzula o raskidu ugovora u slučaju osporavanja prava. Naime, ova klauzula omogućava davaocu licence da odmah raskine ugovor u slučaju da sticalac ospori njegovo pravo intelektualne svojine (Taylor, 1993: 230).

U praksi ne postoji tipska klauzula bez osporavanja. Pojedini teoretičari su mišljenja da se radi o terminu koji u stvari opisuje širok spektar ugovornih odredaba koje se mogu koristiti kako bi se sticalac licence odvratio od iniciranja postupka za osporavanje prava davaoca licence (Gal, Miller, 2017: 1482).

Glavno obeležje klauzula bez osporavanja je destimulišuće dejstvo na sticaoce licenci da osporavaju prava davalaca licenci koja su predmet ugovora o licenci. U tom smislu, očigledan je antikonkurentni efekat pomenutih klauzula. Naime, u praksi se može desiti da nadležni državni organ pogreši prilikom odobravanja nekog prava industrijske svojine. Njihovi titulari, budući da se radi o isključivim pravima, imaju monopol nad njihovim iskorišćavanjem. Ukoliko se radi o pravima koja su priznata titularima, a za to nisu bili ispunjeni svi propisani uslovi, uklanjanje tako neosnovanih monopolskih prava je nesumnjivo u javnom interesu.<sup>26</sup>

Tako je na nivou Evropske unije iskristalisan stav da „javni interes za obezbeđivanjem suštinski slobodnog sistema konkurencije, a samim tim i uklanjanje monopola koji je možda pogrešno dodeljen davaocu licence, mora prevladati nad bilo kojim drugim razmatranjem”.<sup>27</sup>

Cilj ugovaranja klauzule bez osporavanja je da se učvrsti superiorniji položaj davaoca licence. Međutim, klauzule bez osporavanja ne pružaju apsolutnu „zaštitu“ nosiocima prava. Naime, prava intelektualne

---

26 Tako je, na primer, Zakonom o patentima propisano da nadležni organ može oglasiti ništavim rešenje o priznavanju patenta ili malog patenta, delimično ili u celini, na predlog svakog lica ako se u tvrdi da: 1. predmet zaštite nije pronalazak; 2. predmet zaštite je izuzet iz patentne zaštite; 3. pronalazak nije opisan na jasan način; 4. priznat je širi obim prava od obima koji je mogao biti podržan prijavom pronalaska; 5. pronalazak ne ispunjava materijalnopravne uslove za patentnu zaštitu. Vid. čl. 128 Zakona o patentima.

27 Case C-193/83 *Windsurfing Int'l, Inc. v. Commission* (1986), ECLI:EU:C:1986:75. par. 91.

svojine mogu biti osporena i od strane trećih lica sa kojima titular prava ne stoji u ugovornom odnosu.<sup>28</sup> U tom smislu, ove klauzule imaju ograničen domet. Stepenn zaštitte koju ova klauzula pruža titularu prava zavisiće od verovatnoće i spremnosti trećih lica da osporavaju pravo davaoca licence.

#### **4. Stav Suda pravde EU i Evropske komisije o klauzuli o neosporavanju**

Kao što je napred rečeno, u pravu Evropske unije je klauzula bez osporavanja u ugovorima o licenci regulisana propisima o zaštiti konkurencije na tržištu. U pozitivnom pravu konkurencije Evropske unije ugovaranje klauzule bez osporavanja smatra se, generalno, antikompetitivnom praksom. U delu rada koji sledi autor će analizirati stav Suda pravde EU i Evropske komisije po pitanju klauzula bez osporavanja u ugovorima o licenci.

Stav suda prema klauzulama bez osporavanja razvijao se vremenom kroz praksu. Tako je, na primer, u predmetu *Windsurfing* Sud pravde stao na stranu Evropske komisije i našao da je davalac licence patenta u konkretnom slu čaju nametao drugim ugovornim stranama unošenje klauzule bez osporavanja u ugovore o licenci patenta.<sup>29</sup> Naime, Evropska komisija je u pomenutom predmetu zauzela stav da su ove klauzule u suprotnosti sa čl. 101, st. 1 UFEU (ranije čl. 85, st. 1 Rimskog ugovora). Sud pravde je, bez ulaženja u analizu efekata koje ova klauzula može imati na konkurenciju na tržištu, presudio da unošenje ove klauzule u ugovore o licenci ograničava konkurenciju na tržištu, kao i da takva klauzula ne može biti izuzeta od zabrane restriktivnih sporazuma u skladu sa čl. 101, st. 3 UFEU. U konkretnom slučaju Sud pravde je zauzeo stav da je klauzula bez osporavanja nezakonita *per se*.

Stav Suda pravde je donekle izmenjen u kasnijem predmetu *Bayer AG v. Süllhöfer*.<sup>30</sup> Naime, Sud pravde je u pomenutom predmetu bio stanovišta da bi prilikom ocenjivanja zakonitosti klauzule bez osporavanja trebalo uzeti u obzir „pravni i ekonomski kontekst“. U tom smislu, Sud

---

28 Na primer, žig se može oglasiti ništavim za sve vreme trajanja zaštite, i to na predlog zainteresovanog lica ili na predlog javnog tu žioca. Vid. čl. 60 Zakona o žigovima, „Sl. glasnik RS“, br. 104/2009, 10/2013 i 44/2018 – dr. zakon. Rešenje o priznanju patenta ili malog patenta može se oglasiti ništavim za vreme trajanja pravne zaštite delimično ili u celini, na predlog svakog lica. Vid. čl. 128 ZOP.

29 Case C-193/83 *Windsurfing Int'l, Inc. v. Commission* (1986), ECLI:EU:C:1986:75.

30 Case 65/86, *Bayer AG v. Süllhöfer* (1988). E.C. Reports 1988, crp. 5249.

je istakao dve situacije u kojima bi klauzula bez osporavanja mogla da bude dopuštena i to: u slučaju besplatnih licenci i kada se licenca odnosi na tehnički zastareo postupak koji korisnik licence nije koristio.

Značajan doprinos u formiranju stava o zakonitosti klauzule bez osporavanja u pravu Evropske unije nesumnjivo je imala Evropska komisija. Kao što smo napred istakli, Evropska komisija je 2014. godine donela Uredbu TTBER u kojoj je pravni režim pomenute klauzule precizno određen.

Tako, čl. 5 TTBER propisuje da klauzula bez osporavanja spada u ograničenja konkurencije na koja se ne primenjuju kolektivna izuzeća od zabrane restriktivnih sporazuma. Kao razlog za isključivanje odredaba o neosporavanju iz područja primene kolektivnog izuzeća od zabrane je činjenica da su sticaoci licenci obično u najboljem položaju da utvrde valjanost prava intelektualne svojine, kao i da je u interesu fer tržišne utakmice neophodno oglasiti ništavim sva prava intelektualne svojine koja za to ispunjavaju uslove.<sup>31</sup> Smatra se da prava intelektualne svojine koja nisu valjana ne podstiču inovacije, već da imaju suprotan efekat. U pratećim Smernicama o sporazumima o prenosu tehnologije, Evropska komisija je zauzela stav da će se na ugovorene klauzule o neosporavanju primenjivati čl. 101, st. 1 UFEU u onim slučajevima kada je predmet ugovora o licenci vredna tehnologija. Naime, smatra se da licenciranje vredne tehnologije stvara konkurentne prednosti za davaoce licenci, te bi u takvim slučajevima privredni subjekti koji tu tehnologiju ne mogu koristiti ili bi je mogli koristiti samo uz plaćanje naknade, bili dovedeni u nepovoljan položaj.<sup>32</sup> U takvim situacijama uslovi za kolektivno izuzeće od zabrane iz čl. 101, st. 3 UFEU ne bi bili ispunjeni. S druge strane, ukoliko je reč o licenciranoj tehnologiji koja je povezana sa tehnički zastarelim postupcima koje sticalac licence ne koristi ili ako se radi o besplatnoj licenci, Komisija stoji na stanovištu da onda ne dolazi do ograničavanja konkurencije na tržištu.<sup>33</sup> Evropska komisija smatra da u navedenim slučajevima ugovaranje klauzule bez osporavanja ne bi negativno uticalo na konkurenciju na tržištu. U tom smislu, nalazimo da je Evropska komisija inkorporisala u Smernice o sporazumima o prenosu tehnologije stav Suda pravde iznet u slučaju Bayer AG v. Süllhöfer.

---

31 Vid. Smernice o sporazumima o prenosu tehnologije, tač. 134.

32 Vid. Smernice o sporazumima o prenosu tehnologije, tač. 134.

33 Vid. Smernice o sporazumima o prenosu tehnologije, tač. 134.

U ograničenja koja su isključena od primene grupnih izuzeća od zabrane restriktivnih sporazuma, Evropska komisija je ubrojila i klauzulu kojom se ovlašćuje davalac licence u ugovorima o neisključivim licencama da ugovor o licenci raskine u slučaju da sticalac licence ospori valjanost bilo kog prava intelektualne svojine koje davalac licence ima na teritoriji EU. Takvo pravo na raskid ugovora o licenci može imati isti učinak kao i klauzula bez osporavanja, pogotovo ako bi prelazak s tehnologije davaoca licence na drugu tehnologiju uzrokovao znatne gubitke sticaocu licence (na primer, kada je sticalac licence već uložio u specifičnu opremu ili alate koji se ne mogu koristiti za proizvodnju prema drugoj tehnologiji) ili kada je tehnologija davaoca licence neophodan input za proizvodnju sticaoca licence.<sup>34</sup> Kao primer, Evropska komisija u Smernicama navodi slučaj standardnih patenata. Naime, u ovom slučaju sticalac licence koji proizvodi proizvod u skladu sa standardom nužno mora koristiti sve patente koji su deo tog standarda. U tom slučaju osporavanje valjanosti patenta koji je deo standarda od strane sticaoca licence može prouzrokovati značajne gubitke u slučaju raskida ugovora o licenci. Na ovaj način Evropska komisija potvrđuje stav da je sticalac licence u najboljoj poziciji da oceni valjanost prava intelektualne svojine koje je predmet ugovora o licenci i pomenutom odredbom štiti sticaoca neisključive licence od eventualnog raskida ugovora od strane davaoca licence u slučaju osporavanja nekog prava priznatog davaocu licence na teritoriji Evropske unije. U suprotnom bi sticalac neisključive licence bio destimulisan da pokrene postupak osporavanja prava jer bi usled raskida ugovora koji bi usledio, imao poteškoće da pronađe alternativnu tehnologiju.

U slučaju isključivih licenci, Komisija stoji na stanovištu da odredbe o raskidu ugovora o licenci usled osporavanja nekog prava intelektualne svojine koje davalac licence ima na teritoriji EU od strane sticaoca isključive licence obično retko imaju štetne posledice po konkurenciju na tržištu.<sup>35</sup> Naime, s obzirom na to da se radi o isključivim licencama, davalac licence može biti u zavisnom položaju u odnosu na sticaoca licence, budući da su naknade za licencu koje mu plaća sticalac licence praktično njegov jedini izvor prihoda od licencirane tehnologije.<sup>36</sup>

Malo je verovatno da bi davalac licence, u slučaju da sticalac licence pokrene postupak osporavanja prava, bio u superiornijem položaju i tražio raskid ugovora o licenci. To je razlog zašto Uredba TTBER na

---

34 Vid. Smernice o sporazumima o prenosu tehnologije, tač. 136.

35 Vid. Smernice o sporazumima o prenosu tehnologije, tač. 139.

36 Vid. Commission decision *Moosehead/Whitbread* (1990).

odredbe o raskidu ugovora o isključivoj licenci usled osporavanja nekog prava intelektualne svojine koje davalac licence ima na teritoriji EU od strane sticaoca isključive licence primenjuje kolektivno izuzeće od zabrane, dok god su ispunjeni i drugi uslovi, kao što je poštovanje praga tržišnih udela.<sup>37</sup>

Nadalje, Komisija ima blaži stav prema odredbama o neosporavanju i raskidu u vezi sa *know-how*. Budući da *know-how* karakteriše tajnost, u slučaju eventualnog otkrivanja tajnosti od strane sticaoca licence, znanje i iskustvo koje je predmet ugovora o licenci bi izgubilo svaku vrednost. Tako klauzule o neosporavanju u ugovorima o licenci, koje se odnose na znanje i iskustvo, nisu isključene iz područja primene TTBER.<sup>38</sup>

Komisija je zauzela stav da u ovakvim situacijama obaveza sticaoca licence da ne osporava licencirano znanje i iskustvo doprinosi širenju novih tehnologija, posebno iz razloga što ugovaranje pomenute klauzule podstiče davaoce licenci da zaključuju ugovore sa ekonomski snažnijim sticaocima licenci, bez straha da će njihovo znanje i iskustvo biti osporeno kada ga sticalac licence apsorbuje (Korah, 1996: 187). Stoga odredbe o neosporavanju i raskidu nakon osporavanja, koje se odnose samo na znanje i iskustvo nisu isključene iz područja primene TTBER-a.

## 5. Pravni režim klauzule bez osporavanja u domaćem pravu

Osnovni izvor prava kojim se u Republici Srbiji uređuje zaštita konkurencije na tržištu je Zakon o zaštiti konkurencije (u daljem tekstu ZZK).<sup>39</sup>

Kao što je napred rečeno, ugovor o licenci može predstavljati restriktivan sporazum koji ograničava ili narušava slobodnu konkurenciju na tržištu. Radi se o sporazumima između učesnika na tržištu koji imaju za cilj ili posledicu značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije na teritoriji Republike Srbije.<sup>40</sup> Zakonodavac *exempli causa* navodi neke oblike restriktivnih sporazuma: ugovori, pojedine odredbe ugovora, izričiti ili prećutni dogovori, usaglašene prakse, kao i odluke oblika udruživanja u česnika na tržištu.<sup>41</sup> U domaćem pravu konkurencije, restriktivni sporazumi mogu biti izuzeti od

---

37 Vid. *supra*, str. 6.

38 Vid. Smernice o sporazumima o prenosu tehnologije, tač. 140.

39 „Sl. glasnik RS“, br. 51/2009 i 95/2013.

40 Čl. 10, st. 1 Zakona o zaštiti konkurencije.

41 Čl. 10, st. 2 Zakona o zaštiti konkurencije.

zabrane ukoliko doprinose unapređenju proizvodnje i prometa, odnosno podsticanju tehničkog ili ekonomskog napretka, a potrošačima obezbeđuju pravičan deo koristi pod uslovom da ne nameću u česnicima na tržištu ograničenja koja nisu neophodna za postizanje cilja sporazuma, odnosno da ne isključuju konkurenciju na relevantnom tržištu ili njegovom bitnom delu.<sup>42</sup> ZZK poznaje izuzeće od zabrane po kategorijama sporazuma (kolektivno izuzeće) i pojedinačno izuzeće.

U Republici Srbiji još uvek ne postoji pravni okvir za izuzimanje od zabrane sporazuma o prenosu tehnologije. Naučnoj i stručnoj javnosti je dostupan Nacrt Uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.<sup>43</sup> Budući da je domaće pravo konkurencije u oblasti izuzeća od zabrane sporazuma o prenosu tehnologije još uvek u povoju, kao i da je Republika Srbija preuzela obavezu usklađivanja postojećih zakona i budućeg zakonodavstva iz oblasti prava konkurencije sa pravnim tekovinama EU,<sup>44</sup> ne bi trebalo da čudi činjenica da odredbe pomenutog Nacrta uredbe predstavljaju pravni transplant iz evropskog u domaće pravo.

Tako Nacrt uredbe u čl. 7 predviđa izričito zabranjena ugovorna ograničenja. Upravo u pomenutom članu nalazimo odredbu koja bi trebalo da reguliše pravni tretman klauzule bez osporavanja u domaćem pravu. Naime, Nacrt uredbe predviđa da se od zabrane restriktivnih sporazuma ne mogu izuzeti oni ugovori o licenci koji sadrže posredne ili neposredne obaveze jedne ugovorne strane da ne osporava zaštitu intelektualne svojine drugoj ugovornoj strani koja je nosilac prava u Republici Srbiji, pri čemu se ovo ograničenje ne odnosi na mogućnost ugovaranja raskida sporazuma o transferu tehnologije u slučaju da sticalac isključive licence osporava valjanost bilo kog ustupljenog (licenciranog) prava na tehnologiju.<sup>45</sup> Pomenuti član je domaći zakonodavac doslovce preuzeo iz Uredbe TTBER.<sup>46</sup> Ovako predloženo rešenje je u saglasnosti sa obavezom usklađivanja domaćeg prava konkurencije sa pravnim tekovinama EU. Međutim, mišljenja smo da, s obzirom na to da je pravo konkurencije

---

42 Vid. čl. 11 Zakona o zaštiti konkurencije.

43 Tekst Nacrta Uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane dostupan je na oficijelnom sajtu Komisije za zaštitu konkurencije Republike Srbije.

44 Vid. čl. 72 i 73 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane (SSP), koji je stupio na snagu 1. septembra 2013. godine.

45 Vid. čl. 7, st. 1 tč. 2 Nacrta uredbe.

46 Vid. čl. 5, st. 1. tč. 2. Uredbe TTBER.

relativno mlada grana prava u nas, kao i to da ne postoji praksa u oblasti izuzimanja od zabrane sporazuma o prenosu tehnologije, ukoliko Nacrt uredbe bude usvojen u predloženom obliku, to može implicirati određene probleme u praksi, u smislu tumačenja pravnih normi sadržanih u Nacrtu uredbe. Naime, pravo konkurencije Evropske unije u oblasti kolektivnih izuzeća od zabrane sporazuma o prenosu tehnologije ima dugu pravnu tradiciju. Podsećanja radi, prva uredba koja je regulisala ovu oblast usvojena je 1984. godine. Takođe, Evropska komisija je, uz važeću Uredbu TTBER, donela i odgovarajuće Smernice o sporazumima o prenosu tehnologije<sup>47</sup> koje u praksi, pored bogate sudske prakse, mogu biti korektiv primene nepreciznih ili nejasnih normi. Budući da u nas ne postoji sudska praksa u ovoj oblasti, mišljenja smo da bi istraživanja pravnih teoretičara u ovoj oblasti mogla da predstavljaju značajan doprinos u smislu tumačenja pojedinih klauzula koje spadaju u dozvoljena ili isključena ograničenja od zabrane, što bi nesumnjivo omogućilo ugovornim stranama kod ugovora o licenci veći stepen sigurnosti u pogledu poštovanja propisa o zaštiti konkurencije.

## 6. Zaključak

U pozitivnom pravu konkurencije Evropske unije, ugovaranje klauzule bez osporavanja u ugovorima o licenci smatra se, generalno, antikompetitivnom praksom. Zbog toga su u pravu Evropske unije klauzule bez osporavanja zabranjene propisima kojima se reguliše konkurencija na unutrašnjem tržištu. Međutim, pravo Evropske unije poznaje izuzetke od ovog pravila. Naime, iako je Uredbom TTBER propisano da se od zabrane restriktivnih sporazuma ne mogu izuzeti ugovori o licenci koji sadrže odredbe o neosporavanju, odnosno, neposredne ili posredne obaveze neosporavanja valjanosti prava intelektualne svojine davaoca licence, Evropska komisija je u Smernicama o sporazumima o prenosu tehnologije, koje prate pomenutu uredbu, predvidela izuzetke od ovog pravila. Komisija smatra da bi u slučaju besplatnih licenci i kada se licenca odnosi na tehnički zastareo postupak koji korisnik licence nije koristio, klauzula bez osporavanja mogla da bude dopuštena. Takođe, u ograničenja koja su isključena od primene grupnih izuzeća od zabrane restriktivnih sporazuma, Komisija je svrstala i klauzulu o raskidu ugovora u slučaju osporavanja bilo kog prava intelektualne svojine koje davalac licence ima na teritoriji EU, budući da takvo pravo na raskid ugovora o licenci može imati isti učinak kao i klauzula bez osporavanja.

---

<sup>47</sup> Smernice koje je donela Evropska komisija obavezuju samo tu instituciju, ali ih se, po pravilu, pridržavaju i Opšti sud EU i Sud pravde.



U pravu Republike Srbije još uvek ne postoji pravni okvir za izuzimanje ugovora o licenci od zabrane restriktivnih sporazuma. Naučnoj i stručnoj javnosti je dostupan Nacrt Uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane. Između ostalog, čl. 7 Nacrta uredbe predviđa izričito zabranjena ugovorna ograničenja u ugovorima o licenci. Upravo u pomenutom članu nalazimo odredbu koja bi trebalo da reguliše pravni tretman klauzule bez osporavanja u domaćem pravu konkurencije.

### **Literatura/References**

Vasiljević, M. (2012). *Trgovinsko pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Gal, M., Miller, A. D. (2017). Patent Challenge Clauses: A New Antitrust Offense, *Iowa Law Review*, vol. 102, No. 14. p. 1477–1532.

Korah, V. (1996). *Technology Transfer Agreements and the EC Competition Rules*, Oxford: Clarendon press.

Marković, S., Popović, D. (2013). *Pravo intelektualne svojine*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Marković, S. (1997). *Patentno pravo*, Sarajevo.

Miljković, S. Vasić, A. (2017). On (un) enforceability of restrictive clauses in patent license agreement. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. 3. str. 637–644.

Orstavik, I. (2005). Technology Transfer Agreements: Grantbacks and No Challenge Clauses in the New EC Technology Transfer Regulation, 36 (1) *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. 36.1. p. 83–112.

Popović, D. (2015). Ugovor o licenci – Prilog javnoj raspravi o Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije. *Pravo i privreda*. 4–6. 393–411.

Popović, D. (2012). *Isključiva prava intelektualne svojine i slobodna konkurencija*. Beograd. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Chadd Taylor, C. (1993). No-Challenge Termination Clauses: Incorporating Innovation Policy and Risk Allocation into Patent Licensing Law. *Indiana Law Journal*, vol. 69, issue 1, p. 215–253.

Cheng, T. (2016). Antitrust Treatment of the No Challenge Clause, *NYU Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, vol. 5, No. 2. p. 437–512.

Šogorov, S., Arsić, Z. (2017). *Ugovori trgovinskog prava*, Novi Sad.

### Pravni izvori

Zakon o obligacionim odnosima, („Sl. list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, „Sl. list SRJ“, br. 31/93 i „Sl. list SCG“, br. 1/2003 – Ustavna povelja).

Zakon o patentima, „Službeni glasnik RS“, br. 99/2011 i 113/2017 – drugi zakon.

Zakona o žigovima, „Sl. glasnik RS“, br. 104/2009, 10/2013 i 44/2018 – dr. zakon.

Zakon o zaštiti konkurencije, „Sl. glasnik RS“, br. 51/2009 i 95/2013. Nacrt

Uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

Smernice o primeni čl. 101 st. 3 UFEU na kategorije sporazuma o prenosu tehnologije.

Ugovor o funkcionisanju Evropske unije.

Uredba Komisije br. 316/2014 od 21. marta 2014. godine o primeni čl. 101, st. 3 UFEU na kategorije sporazuma o prenosu tehnologije.

### Sudska praksa

Case 65/86, Bayer AG v. Süllhöfer (1988). E.C. Reports 1988, str. 5249. ECLI:EU:C:1988:448.

Case C-193/83 Windsurfing International Inc. v. Commission (1986). ECLI:EU:C:1986:75.

### Odluke Evropske Komisije

Commission decision Moosehead/Whitbread (1990). Decision 90/186/EEC of 23 March 1990 in Case Moosehead/Whitbread (1990) OJ L100/32.

**Aleksandra Vasić, LL.M.,**  
*Teaching Assistant,*  
*Faculty of Law, University of Niš*

**LEGAL TREATMENT OF NO CHALLENGE CLAUSES IN LICENCE  
AGREEMENTS FROM THE ASPECT OF COMPETITION LAW**

**Summary**

*In this paper, the author explores the legal treatment of no challenge clauses in license agreements. In effect, these clauses prohibit a licensee to challenge the validity of intellectual property rights which are the subject matter of a license agreement for a specified period, usually within the duration of the contract. The author analyzes the legality of contracting the no challenge clause in license agreements from the aspect of European Union Competition Law, given the fact that there are still no positive legal norms governing this institute in Serbian competition law.*

**Keywords:** *no challenge clauses, license agreements, technology transfer, EU competition law.*



**Mirjana Đukić,\***  
Asistent Pravnog fakulteta, Univerzitet u  
Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj  
Mitrovici

pregledni naučni rad  
10.5937/zrpfno-21954

UDK: 343.9.02:343.575

343.241

Rad primljen: 11.09.2019.

Rad prihvaćen: 29.01.2020.

## **NEDOZVOLJENA PROIZVODNJA, DRŽANJE I STAVLJANJE U PROMET OPOJNIH DROGA KAO OBLIK ISPOLJAVANJA ORGANIZOVANE KRIMINALNE DELATNOSTI (NORMATIVNI I PRAKTIČNI ASPEKT)**

**Apstrakt:** U kontekstu međunarodne i nacionalnih normativa, proizvodnja i promet opojnih droga dozvoljena je samo u medicinske i naučne svrhe. Svako postupanje koja te granice prevazilazi predstavlja zloupotrebu. Krivično delo nedozvoljena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga jedan je od vidova zloupotrebe, koji poprima ozbiljnija obeležja ako je izvršen od strane kriminalne organizacije. Organizovana proizvodnja i trgovina narkoticima, utiče na proširenje njihovog obima, broj izvršilaca je veći, veća je i ponuda na narko tržištu, a samim tim se povećava i broj konzumenata. Opravdano je ovde prisutna stroga kaznena politika, ali se njome postižu kontraefekti, u smislu da je narko mafija na ovom polju više nego ikada aktivna. Sa druge strane, naš zakonodavac ovde ne predviđa zabranu ublažavanja kazne, usled čega je pružena mogućnost izvršiocu da sa javnim tužiocem učestvuje u pregovorima. Jedan broj izvršilaca krivičnog dela iz člana 246. stava 4. je procesuiran redovnim putem pred Tužilaštvom za organizovani kriminal i Specijalnim sudom, a od 2013. godine počinju se, usled pomeranja, ili bolje rečeno ukidanja gornje granice zaprećene kazne, sklapati sporazumi o priznanju krivičnog dela. Nema sumnje u efikasnost postupka u ovom drugom slučaju, ali je diskutabilno da li se ublažavanjem kazne može postići specijalna i generalna prevencija.

**Ključne reči:** nedozvoljena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga, organizovani kriminalitet, zabrana ublažavanja kazne, konsesualne krivičnoprocesne forme.

---

\* mirjana.djukic@pr.ac.rs

## 1. Uvod

Na začetke uživanja opojnih droga nailazimo kod starih naroda, Sumera, Egipćana, a danas Nigerijaca i drugih, koji su ih najpre koristili u medicinske svrhe, radi ublažavanja bolova, jer analgetici nisu postojali, da bi se kasnije prešlo na njihovo konzumiranje zarad sopstvenog uživanja. Danas je među nekim narodima to uobičajena pojava. Koristio se najpre opijum, dok je vremenom razvoj hemijske industrije omogućio pojavu više vrsta opojnih droga, kokaina, heroina, marihuane, a u laboratorijskim uslovima su se počele proizvoditi sintetičke droge. Pored proizvodnje čistih opijata, počele su se proizvoditi i supstance koje same po sebi nisu opojne droge, ali mogu poslužiti, ili obično služe za njihovu proizvodnju.

U ovakvom proširenom obimu proizvodnje raznovrsnih opojnih droga, kriminalne organizacije su našle pogodno tle za širenje svojih kriminalnih aktivnosti, videvši u tome veliki izvor prihoda. Krijumčarenje narkotika predstavlja primarnu aktivnost većeg broja kriminalnih organizacija (United Nations Office of Drug and Crime, 2002).<sup>1</sup> Nekada su to bile klasično hijerarhijski strukturane kriminalne organizacije, a danas dominaciju preuzimaju regionalne hijerarhije, mrežne strukture u različitim vidovima (Vy, 2012: 123-124). Iako univerzalana šema delovanja narkomafije ne postoji, jer su organizacije različito strukturane, način njihovog rada i njihovi ciljevi suštinski ostaju isti. Jedni proizvode, drugi prerađuju, treći prodaju direktno ili preko posrednika, četvrti stečen profit ulažu u legalne aktivnosti, kako bi ga zadržali. Sve je veći broj izvršilaca, a uz to i konzumenata. Kako bi se zaštitilo zdravlje ljudi, međunarodnim i nacionalnim dokumentima je proizvodnja i promet ograničena samo na potrebe lečenja i u naučne svrhe, tako da sve mimo tih granica predstavlja zloupotrebu. Zloupotreba ima više vidova, a fokus je stavljen na proizvodnju i trgovinu narkoticima.

Otežano dokazivanje većiti je problem koji stoji pred organima gonjenja, kod svih krivičnih dela koje vrše kriminalne organizacije. Glavni činioci koji tome doprinose su zakon ćutanja i u poslednje vreme sve veća korumpiranost državnih organa. Za prevazilaženje ovog problema koriste se posebne dokazne radnje primenjive samo kod krivičnih dela organizovanog kriminala, a ako ne daju uspeha, usled dokaznog deficita

---

1 Prema sprovedenom istraživanju Radne grupe za narkotike, koje je obu hvatilo kriminalne organizacije u šesnaest zemalja, trgovina narkoticima pokazala se kao primarna kriminalna aktivnost u dvanaest kriminalnih organizacija.

iskaz svedoka saučesnika može pomoći pravosudnim organima u uspešnom procesuiranju drugih članova kriminalne organizacije.

## **2. Međunarodni i nacionalni okviri**

Gotovo da se ne može zamisliti trgovina narkoticima isključivo na području jedne države, izuzev ako konzumenti borave na području gde je njeno uzgajanje najrasprostranjenije. Promet opojnih droga ne predstavlja samo nacionalni, već i međunarodni problem. U ovim redovima pažnju ćemo posvetiti naporima međunarodne zajednice u pravcu borbe protiv ovog oblika kriminalne delatnosti, koja uključuje veliki broj zemalja na evropskom konitinentu.

Borbu na međunarodnom planu obeležio je niz konvencija: Međunarodna konvencija o opijumu od 23. januara 1912. godine, Međunarodna konvencija o opijumu od 19. februara 1925. godine, Konvencija o ograničenju proizvodnje i regulisanju raspodele opojnih droga od 13. jula 1931. godine, Jedinstvena konvencija o opojnim drogama iz 1961. godine, Konvencija o psihotropnim supstancama iz 1971. godine i Konvencija Organizacije ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci od 19. decembra 1988. godine (Delibašić, 2014a: 71-83). Širenje zloupotrebe opojnih droga, njihovo štetno dejstvo po fizičko i psihičko zdravlje ljudi, uslovili su potrebu da se uspostavi saradnja među državama kako bi se različitim vidovima zloupotreba stalo na put (Stojanović, Perić, 2007: 193). Na svetskom nivou se počelo intervenisati 1912. godine, kada je od strane predstavnika dvanaest zemalja usvojena Međunarodna konvencija o opijumu, a stupila je na snagu 1921. godine (Delibašić, 2014a: 72). Ova Haška konvencija predstavlja prvi međunarodni sporazum kojim je regulisano ograničenje zloupotrebe opijuma, derivata opijuma i kokaina (dozvoljava proizvodnju, preradu i kupovinu predmetnih supstanci samo u medicinske svrhe) (Delibašić, 2014a: 72). Naredna, Konvencija o opijumu od 1925. godine neznatno proširuje listu opojnih droga, tako što pored opijuma, njegovih derivata i kokaina, reguliše ograničenje zloupotrebe lišća koke i indijske konoplje (Delibašić, 2014a: 73). Navedenim Konvencijama međunarodna zajednica je načinila prve korake u pravcu suzbijanja zloupotreba opojnih droga na svetskom nivou. Već u Konvencijama koje slede, nedozvoljena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga i psihotropnih supstanci nalazi osnov za inkriminaciju (Đurđić, Jovašević, 2010: 134-135). Jedinstvena konvencija o opojnim drogama od 1961. godine sadrži četiri tabele u kojima je data lista zabranjenih

opojnih droga (njihova je primena ograničena samo u medicinske i naučne svrhe, dok se zloupotrebom smatra gajenje, fabrikacija, držanje, ponuda, puštanje u prodaju, raspodela, kupovina, prodaja, prevoženje, uvoz, izvoz opojnih droga).<sup>2</sup> Kažnjivim se smatra i udruživanje ili dogovor radi vršenja neke od navedenih radnji.<sup>3</sup> Konvencija o psihotropnim supstancama od 1971. godine sadrži četiri tabele u kojima je data lista zabranjenih psihotropnih supstanci, te shodno tome predviđa mere koje će države potpisnice regulisati u skladu sa svojim pravnim sistemima, u cilju sprečavanja zloupotreba psihotropnih supstanci.<sup>4</sup>

Dozvoljena je njihova upotreba samo u medicinske svrhe, dok se kažnjivim smatra svako postupanje suprotno odredbama ove Konvencije (gajenje, uvoz, izvoz, fabrikacija).<sup>5</sup> Konvencijom Organizacije ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci od 1988. godine, objedinjene su i upotpunjene odredbe prethodne dve Konvencije. U skladu sa time, kao osnovne oblike kažnjivih dela vezanih za proizvodnju i promet opojnih droga i psihotropnih supstanci, Konvencija predviđa:<sup>6</sup> 1) Proizvodnju, preradu, ekstrakciju, pripremu, ponudu, ponudu za prodaju, distribuciju, prodaju, isporuku, posredovanje, slanje, transport, uvoz ili izvoz bilo koje opojne droge ili psihotropne supstance, koje Konvencija na listi predviđa kao zabranjene; a) Uzgoj opijumskog maka, žbunova koke ili biljke kanabis za svrhe proizvodnje opojnih droga; b) Posedovanje ili kupovinu opojnih droga, radi vršenja bilo koje od prethodno nabrojanih aktivnosti; v) Proizvodnju, transport ili distribuciju opreme, materijala, sa znanjem da će se koristiti za nezakonit uzgoj, proizvodnju ili prodaju opojnih droga ili psihotropnih supstanci; 2) Organizovanje, upravljanje ili finansiranje bilo kojeg od navedenih dela; 3) Transfer svojine stečene nekim od nabrojanih dela, radi prikrivanja njenog nezakonitog porekla, ili pomaganja drugom licu umešanom u neka od navedenih dela, kako bi izbeglo zakonske posledice, odnosno sankcionisanje; 4) Sticanje svojine sa znanjem da je prenosilac

---

2 Član 36. stav 1. Uredbe o ratifikaciji Jedinstvene konvencije o opojnim drogama, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 2/64.

3 Član 36. stav 2. Uredbe o ratifikaciji Jedinstvene konvencije o opojnim drogama, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 2/64.

4 Član 1. Zakona o ratifikaciji Konvencije o psihotropnim supstancama, *Sl. List SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 40/73.

5 Član 22. Zakona o ratifikaciji Konvencije o psihotropnim supstancama, *Sl. List SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 40/73.

6 Član 3. stav 1. Zakona o ratifikaciji Konvencije Organizacije ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 14/90.



istu stekao nekim od navedenih dela; 5) Učestvovanje, udruživanje ili zaveru, u nameri da se počini ili pomogne, podstiče, savetuje drugo lice, radi izvršenja nekog od navedenih dela. Nabrojana dela dobijaju teži oblik u nekom od sledećih slučaja:<sup>7</sup> 1) Umešanost u prekršaj organizovane grupe kriminalaca kojoj prekršilac pripada; 2) Umešanost prekršioca u druge međunarodne organizovane kriminalne aktivnosti; 3) Umešanost prekršioca u druge nezakonite radnje omogućene činjenjem nekog od prekršaja iz stava 1.; 4) Upotreba nasilja ili vatrenog oružja od strane prekršioca; 5) Ako postoji veza između prekršaja i službe u kojoj je prekršilac zaposlen; 6) Viktimizacija ili korišćenje maloletnog lica; 6) Činjenje prekršaja u kaznenoj instituciji, instituciji za prevaspitanje, ili nekom objektu društvene službe u koji dolaze školska deca, đaci, studenti, radi sticanja obrazovanja, sportskih i društvenih aktivnosti; 7) Prethodna osuda prekršioca za slične prekršaje u zemlji ili inostranstvu.

U uporednom prikazu fokus će biti usmeren osim na osnovni, i na teži oblik, koji vrši kriminalna organizacija. Pritom, sankcionisanje u pojedinim zemljama zavisi od vrste i količine opojne droge kojom se nedozvoljeno trguje. Pojam, vrste, proizvodnja i promet opojnih droga, predviđeni su nacionalnim zakonima, tako da se kažnjivim tretira svako postupanje koje sa njima nije u skladu.

Krivično zakonodavstvo Ruske Federacije, poznaje nekoliko oblika ovog krivičnog dela. Prvi jeste osnovni oblik, koji se sastoji u nezakonitoj proizvodnji, nabavci, skladištenju, transportu, otpremi ili prodaji opojnih droga, za koji je predviđena kazna zatvora u trajanju od četiri do osam godina.<sup>8</sup> Drugi oblik sastoji se u vršenju osnovnog oblika krivičnog dela, od strane grupe, za koji je zaprećena kazna zatvora od pet do dvanaest godina.<sup>9</sup> Treći, ujedno i najteži, podrazumeva vršenje osnovnih radnji od strane organizovane kriminalne grupe, odnosno kriminalne organizacije, za koji zakon predviđa kaznu zatvora od osam do dvanaest godina.<sup>10</sup>

---

7 Član 3. stav 5. Zakona o ratifikaciji Konvencije Organizacije ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 14/90.

8 Article 228.1.1. Criminal Code Of The Russian Federation (1996, amended 2012) (English version), dostupno na: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

9 Article 228.1.2. Criminal Code Of The Russian Federation (1996, amended 2012) (English version), dostupno na: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

10 Article 228.1.3. Criminal Code Of The Russian Federation (1996, amended 2012) (English version), dostupno na: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

Krivični zakonik Ukrajine, poput ruskog, predviđa osnovni, teži i najteži oblik, sa vrlo malim razlikama u propisanim kaznama. Prvi oblik, obuhvata nedozvoljenu proizvodnju, nabavku, skladištenje, transport, otpremu, prodaju opojnih droga, za koji zakonik propisuje kaznu zatvora u trajanju od četiri do osam godina.<sup>11</sup> Drugi, teži oblik, postoji kada je osnovni izvršen od strane grupe, ili ako su distribucijom opojnih droga obuhvaćene obrazovne, kulturne, sportske ustanove, i za njega je zaprećena kazna zatvora od šest do deset godina.<sup>12</sup> Treći i najteži oblik, predviđen je u slučaju da su radnje osnovnog oblika izvršene od strane organizovane kriminalne grupe, odnosno kriminalne organizacije, ili je predmet trgovine veća količina opojne droge, za koje zakon predviđa kaznu zatvora od devet do dvanaest godina.<sup>13</sup>

U krivičnom zakonodavstvu Španije, za osnovni oblik (uzgoj, nabavka, transport, otprema, ili na drugi način omogućavanje nezakonitog konzumiranja opojnih droga ili psihotropnih supstanci) zaprećena je kazna zatvora u trajanju od tri do šest godina, a za delo izvršeno od strane kriminalne organizacije (teži oblik) propisana kazna zatvora iznosi od devet do dvanaest godina.<sup>14</sup>

Zakonodavstvo Italije, koja se tradicionalno smatra kolevkom mafije, za osnovni oblik (proizvodnja, prerada, prodaja, nuđenje na prodaju, prevoz, isporuka opojnih droga) predviđa kaznu zatvora u trajanju od šest do dvadeset godina,<sup>15</sup> dakle prisutan je veoma širok kazneni raspon. Teži oblik postoji kada se tri ili više lica udruže radi vršenja radnji iz osnovnog oblika ovog krivičnog dela (za organizatore ovakvog udruženja zaprećena je kazna zatvora od najmanje dvadeset godina, dok je za lica koja kao članovi udruženja učestvuju u izvršenju radnji iz osnovnog oblika, zaprećena kazna zatvora od najmanje deset godina).<sup>16</sup>

---

11 Statтя 307. (1) Criminal Code of Ukraine (2013, amended 2016) (Ukrainian version), dostupno na: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

12 Statтя 307. (2) Criminal Code of Ukraine (2013, amended 2016) (Ukrainian version), dostupno na: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

13 Statтя 307. (3) Criminal Code of Ukraine (2013, amended 2016) (Ukrainian version), dostupno na: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

14 Article 368, Article 369 bis. Criminal Code of the Kingdom of Spain (1995, as of 2013) (English version), dostupno na: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

15 Art. 73. Decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, *G. U. Serie Generale* n. 255 del 31-10-1990-Suppl. Ordinario n. 67.

16 Art. 74. Decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, *G. U. Serie Generale* n. 255 del 31-10-1990-Suppl. Ordinario n. 67.

U Engleskoj, visina kazne za nedozvoljeni promet, zavisi od vrste opojne droge. Ako se trguje kokainom, metadonom, heroinom, ekstazijem, ili ako je predmet neovlašćene proizvodnje i prometa LSD, propisana je kazna doživotnog zatvora, a ako su predmet trgovine kanabis, barbiturati, sintetički kanabinoidi i druge opojne droge koje se na smatraju toliko opasnim, predviđena je kazna zatvora u trajanju od sedam do četrnaest godina.<sup>17</sup>

Krivično zakonodavstvo Slovenije kao osnovi oblik, predviđa nezakonu proizvodnju, preradu, prodaju supstanci, koje su proglašene opojnim drogama, a propisuje kaznu zatvora u trajanju od najmanje jedne do najviše deset godina.<sup>18</sup> Teži oblik postoji kada se radnje iz osnovnog, vrše prema maloletnom licu, ili mentalno ometenoj osobi, bilo da je u pitanju lakši, srednji ili teži oblik mentalne retardacije (kazna zatvora predviđena za ovaj oblik iznosi od tri do petnaest godina).<sup>19</sup> I na kraju, kao najteži, predviđen je osnovni oblik koji vrši kriminalna organizacija, a za njega je zaprećena kazna zatvora u trajanju od pet do petnaest godina.<sup>20</sup>

Krivična zakonodavstva preostalih zemalja bivše Jugoslavije, izuzev Republike Srbije, među težim oblicima ne preciziraju vršenje dela od strane kriminalne organizacije, već predviđaju organizovanje mreže prepodavaca. To može, ali i ne mora biti čvrsto strukturirana kriminalna organizacija. Na takve odredbe nailazimo u zakonodavstvima Hrvatske i Crne Gore.

Hrvatski zakonodavac predviđa nekoliko oblika ovog krivičnog dela. Osnovni, koji podrazumeva neovlašćenu proizvodnju ili preradu supstance koja je proglašena opojnom drogom (zaprećena kazna zatvora u trajanju od šest meseci do pet godina), ili neovlašćenu proizvodnju, preradu, uvoz, izvoz, ili na drugi način stavljanje u promet opojnih droga (zaprećena kazna zatvora od jedne do dvanaest godina).<sup>21</sup> Delo dobija teži oblik ako se opojna droga u okviru nedozvoljene trgovine nudi detetu, ili licu ometenom u mentalnom razvoju, ili se to čini

---

17 <https://www.gov.uk/penalties-drug-possession-dealing>, posećeno 29.11.2018.

18 Article 186 (1) Criminal Code of the Republic of Slovenia (2008), dostupno na: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

19 Article 186 (2) Criminal Code of the Republic of Slovenia (2008), dostupno na: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

20 Article 186 (3) Criminal Code of the Republic of Slovenia (2008), dostupno na: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

21 Članak 190. (1), (2) Kaznenog zakona, *Narodne novine*, broj 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17 i 118/18.

u obrazovnoj, kulturnoj, ustanovi namenjenoj sportskim, društvenim aktivnostima (zaprećena kazna zatvora od tri do petnaest godina), ili ako je organizovana mreža prepodavaca radi vršenja osnovnog oblika ovog krivičnog dela (zaprećena kazna, zatvor od najmanje tri godine).<sup>22</sup>

U Krivičnom zakoniku Bosne i Hercegovine, akcenat je u osnovnom obliku stavljen na nedozvoljenu trgovinu opojnim drogama (međunarodna prodaja, nuđenje na prodaju, prevoženje, prenos, posredovanje u međunarodnoj prodaji, ili na drugi način stavljanje u promet opojnih droga), za koji je zaprećena kazna zatvora od najmanje tri godine.<sup>23</sup> Kod drugog oblika, obu hvaćena je uglavnom proizvodnja opojnih droga (u međunarodnoj transakciji neovlašćeno pravljenje, nabavka, davanje na upotrebu supstanci sa znanjem da će biti upotrebljene za proizvodnju opojnih droga), a za to zakonodavac predviđa širok kazneni raspon, zatvor od jedne do deset godina.<sup>24</sup> Težim oblikom predviđeno je organizovanje grupe, ili pripadništvo grupi, koja je organizovana radi vršenja nekog od osnovnih oblika krivičnog dela (proizvodnju ili prodaju).<sup>25</sup>

U krivičnom zakonodavstvu Crne Gore osnovni oblik baziran je na neovlašćenoj proizvodnji i stavljanju u promet opojnih droga na neki od sledećih načina: proizvodnja, prerada, prodaja, nuđenje na prodaju, kupovina, držanje ili prenos radi prodaje, ili na neki drugi način stavljanje u promet supstanci koje su proglašene za opojne droge (zaprećena je kazna zatvora od dve do deset godina).<sup>26</sup> Kao teži oblici predviđeni su organizovanje mreže preprodavaca ili posrednika, zatim prodaja ili nuđenje opojne droge maloletnom ili licu ometenom u duševnom razvoju, ili ako je u promet stavljena opojna droga koja može dovesti do teškog narušavanja zdravlja (za ove oblike zaprećena je kazna zatvora od tri do petnaest godina).<sup>27</sup>

---

22 Članak 190. (3), (4) Kaznenog zakona, *Narodne novine*, broj 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17 i 118/18.

23 Član 195. (1). Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

24 Član 195. (3) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

25 Član 195. (4). Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

26 Član 300. stav 1. Krivičnog zakonika Crne Gore, *Sl. List RCG*, br.70/2003, 13/2004-ispr. i 47/2006 i *Sl. List CG*, br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011-dr. Zakon, 40/2013, 56/2013- ispr., 14/2015, 42/2015, 58/2015-dr. Zakon, 44/2017 i 49/2018.

27 Član 300. stavovi 3. i 4. Krivičnog zakonika Crne Gore, *Sl. List RCG*, br.70/2003, 13/2004-ispr. i 47/2006 i *Sl. List CG*, br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011-dr. Zakon, 40/2013,

Krivični zakonik Republike Srbije poznaje jedan osnovni, dva posebna, jedan lakši i dva teža oblika. Osnovni oblik, za koji je propisana kazna zatvora od tri do dvanaest godina, odnosi se na nedozvoljenu proizvodnju, preradu, prodaju, nuđenju na prodaju, kupovinu, držanje, posredovanje u prodaji, ili na neki drugi način stavljanje u promet onih supstanci koje su proglašene za opojne droge.<sup>28</sup> Zakon o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama predviđa proizvodnju i promet opojnih droga od strane pravnog lica koje je na osnovu podnetog zahteva za ove aktivnosti dobilo dozvolu od Ministarstva zdravlja.<sup>29</sup> Svaka radnja mimo ovih legalnih okvira predstavlja krivično delo.<sup>30</sup>

Posebni oblici su usredređeni na nedozvoljenu proizvodnju (neovlašćeno uzgajanje maka ili psihoaktivne konoplje, ili druge biljke iz koje se dobija opojna droga i nabavka opreme ili materijala za koje učinilac zna da su namenjeni proizvodnji opojnih droga).<sup>31</sup> Za oba posebna oblika predviđena kazna zatvora od šest meseci do pet godina. Učiniocu koji otkrije od koga nabavlja opojnu drogu, zakon pruža mogućnost da se može osloboditi od kazne.<sup>32</sup> Ovaj lakši oblik je predviđen najverovatnije zbog otežanog dokazivanja ovog krivičnog dela (Delibašić, 2014b: 82), odnosno dokaznog deficita, posebno ako je izvršeno od strane kriminalne organizacije. U pogledu težih oblika, prvi se odnosi na vršenje dela od strane grupe (zaprećena kazna zatvora od pet do petnaest godina), a drugi od strane organizovane kriminalne grupe (kazna zatvora od minimum deset godina).<sup>33</sup>

Zabranom ublažavanja kazne, naš zakonodavac nije zaobišao ni ovo krivično delo, što je generalno izazvalo kritički stav pojedinih

---

56/2013-ispr., 14/2015, 42/2015, 58/2015-dr. Zakon, 44/2017 i 49/2018.

28 Član 246. stav 1. Krivičnog zakonika, *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.

29 Članovi 22.-25. Zakona o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama, *Sl. Glasnik RS*, br. 99/2010 i 57/2018.

30 Član 5. Zakona o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama, *Sl. glasnik RS*, br. 99/2010 i 57/2018.

31 Član 246. stavovi 2. i 6. Krivičnog zakonika, *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.

32 Član 246. stav 5. Krivičnog zakonika, *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.

33 Član 246. stavovi 3. i 4. Krivičnog zakonika, *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.

teoretičara. Restrikcijom je obuhvaćeno osam krivičnih dela, od kojih su četiri obuhvaćena apsolutnom restrikcijom (silovanje, obljuba nad nemoćnim licem, obljuba sa detetom i trgovina ljudima), a četiri relativnom, u smislu zabrane ublažavanja kazne za pojedine oblike krivičnih dela (nedozvoljena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga, otmica, iznuda i nedozvoljeni prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi). Postoje li uopšte kriterijumi kojima se zakonodavac rukovodio pri uvođenju restrikcije ublažavanja kazne, i kako su uopšte krivična dela obuhvaćena apsolutnom restrikcijom, kao što je silovanje na primer, dovedena u vezu sa delima na koja se odnosi relativna restrikcija, nedozvoljenim prelazom državne granice ili nedozvoljenom proizvodnjom i stavljanjem u promet opojnih droga (Stojanović, 2012: 253)? Na ovaj način je jedan opšti institut krivičnog prava, relativiziran, što ne bi trebalo dozvoliti, posebno imajući u vidu individualizaciju kazne zatvora. Konkretno, kod krivičnog dela iz člana 246. Krivičnog zakonika Republike Srbije, za delo koje vrši grupa zabranjeno je ublažiti kaznu, ali ne i ako je delo izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe. Ublažavanje kazne u ovom drugom slučaju deo je koncepta saradnje između javnog tužioca i okrivljenog koji je kao pripadnik organizacije izvršio krivično delo. Tome u prilog govore statistički podaci koje smo prikazali u okviru postupanja TOK i Specijalnog suda povodom nedozvoljene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga izvršene od strane pripadnika kriminalnih organizacija. Po postignutom dogovoru o vrsti i visini kazne, Sud je u jednom broju slučajeva prihvatio sporazum o priznanju krivičnog dela i primenio institut ublažavanja kazne prema okrivljenom. Ovim svakako ne opravdavamo restrikciju ublažavanja kazne kojom se učinioci pojedinih krivičnih dela stavljaju u nejednake pozicije, ali želimo ukazati na to da ublažavanje kazne u ovom slučaju, ne remeti mogućnost sprovođenja konsesualnih krivičnoprocesnih formi, koje postupak čine efikasnijim, kakva je recimo sporazum o priznanju krivičnog dela.

### **3. Krijumčarenje opojnih droga kao organizovana kriminalna aktivnost**

Jedno od važnih obeležja organizovane kriminalne delatnosti jeste vršenje krivičnih dela zarad sticanja ekonomske dobiti, profita. Ovo je ujedno ključni segment kojim se podvlači jasna linija razlikovanja u odnosu na terorističke organizacije, čiji su ciljevi ideološkog karaktera. Najveća dobit se nakon naftne industrije u svetu ostvaruje trgovinom narkoticima (Delibašić, 2014a: 56; Jenner, 2011: 902). S toga

i ne začuđuje što je upravo ovo krivično delo primarna aktivnost većeg broja kriminalnih organizacija. Glavni snadbevač narko tržišta kokainom je Kolumbija, koja preko svojih narko kartela ostvaruje više od 30% učešća u globalnom narko tržištu, a prema izveštaju UNODC, u 2016. godini, to je učešće iznosilo 68,5% (United Nations of Drug and Crime, 2018). Glavni, ujedno i najozloglašeniji narko karteli, zaslužni za snadbevanje drogom, jesu kartel Medellin i kartel Kali (Rosen, Bagley, 2015: 144).

Koza Nostra, Sicilijanska mafija, svoju kriminalnu karijeru je započela krađom stoke, pljačkama i iznudama (Russo, 2013: 9). Vremenom gubi lokalni karakter i razvija se u transnacionalnu organizaciju, koja se primarno bavi trgovinom narkoticima, uglavnom heroinom (Dickie, 2004: 232). Kamora, Kampanijska mafija, je početak svoje karijere obeležila švercom cigareta. Kroz saradnju sa Sicilijanskom mafijom, puteve krijumčarenja cigareta preobražava u rute krijumčarenja heroina, kakav trend je zadržala i danas, jer većim delom kontroliše trgovinu heroina u Evropi (Felia, 2016: 40). Među navedenim italijanskim kriminalnim organizacijama, jedino je sa trgovinom narkoticima započela od momenta stvaranja, N'drangeta. Vezujući se za Južnu Ameriku, Kanadu i Australiju, trgovala je kokainom, da bi kasnije kada se proširila na celo Sredozemlje, prešla na trgovinu hašišom i lekovima (Sergi, 2018: 428).

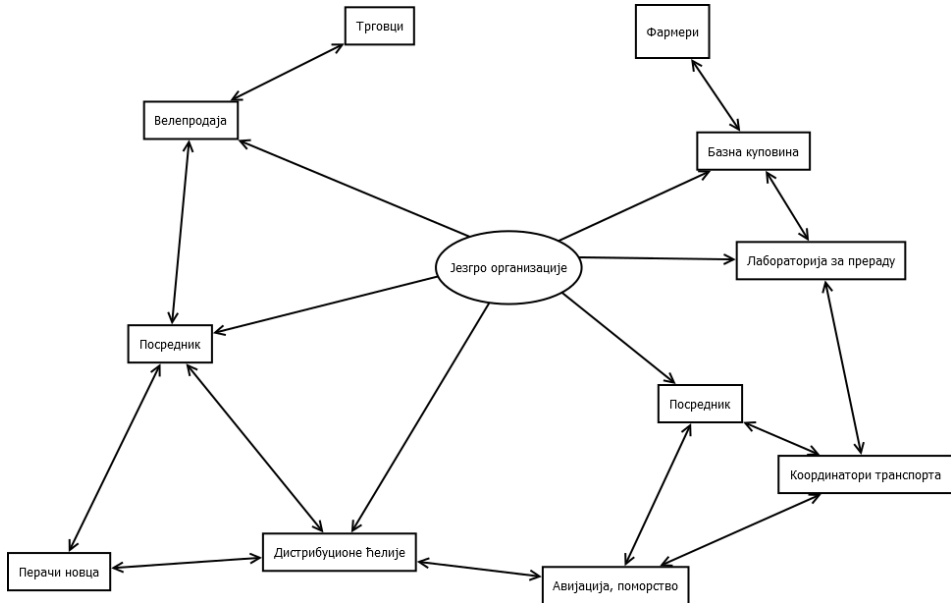
Proizvodnja, a posebno promet opojnih droga, iziskuje dobru organizaciju, profesionalizam, povezanost ne samo članova organizacije, već uspostavljanje čvrstih veza sa predstavnicima državne vlasti, pomoću kojih u krajnjoj liniji jedna kriminalna organizacija i opstaje. Proizvodnja se odnosi na proces nastanka prirodnih i sintetičkih opojnih droga. Uzgoj i prerada pojedinih prirodnih droga, poput maka i konoplje koji se prerađuju u opijum i hašiš, su najrasprostranjeniji na Burmi, Tajlandu, Laosu, u Pakistanu, mestima koja čine pojas Zlatnog trougla i Zlatnog polumeseca (Mijalković, 2009: 37). Proizvodnja sintetičkih droga odvija se u laboratorijskim uslovima, gde je osim nabavke prekursora, potrebno povezati se sa hemičarima ili farmaceutima, kako bi se dobio željeni proizvod (Mijalković, 2009: 38). Posebna receptura je neophodna, jer se može desiti da dođe do greške, i tako dobije smrtonosna opojna droga, koja dovodi do žrtava većeg dela populacije, nažalost, najčešće maloletnika. Kolumbijski narko karteli su specifični po tome što osim podgrupa za uzgoj, imaju i one koje su specijalizovane za proizvodnju sintetičkih droga, dakle raspolažu laboratorijama za proizvodnju, a istovremeno imaju i one koje obavljaju poslove transporta.

Na izuzetno dugim rutama krijmčarenja, droga prođe kroz ruke minimum osam posrednika, a pritom se svaki put i dobit udvostruči (Delibašić, 2014a: 56). Kolumbija predstavlja početnu odrednicu kanala krijmčarenja kokaina na severnoameričkom tržištu, koji se morskim putem transportuje do Meksika ili Centralne Amerike, zatim kopnom do Kanade i SAD-a (United Nations of Drug and Crime, 2010). Odatle se transportuje u kontejnerskim pošiljkama morskim putem u Evropu. Balkanska ruta glavni je koridor za krijmčarenje heroinom, a povezuje Avganistan sa ruskim narko tržištem (United Nations of Drug and Crime, 2010). Svaka kriminalna organizacija ima članove specijalizovane za trovinu narkoticima. Počinju sa ustaljenim putevima, ali ih vrlo brzo menjaju kako bi bili nedostižni organima gonjenja, tako da rute nikada nisu iste.

Univerzalna šema delovanja narkomafije ne postoji, jer organizacija i podela poslova unutar kriminalne organizacije zavisi od toga kako je ona strukturirana. Osim klasičnih hijerarhijskih, danas su zastupljeni i drugi vidovi strukture, tako da se zavisno od toga u literaturi prezetuju različiti modeli, ili šeme delovanja. *Kenney* prezetuje različite modele strukture kolumbijskih narko kartela, a opredelili smo se za jedan od njih, mrežno strukturiran, kojim je na slikovit način prikazana uzajamna povezanost i funkcionisanje ne samo čvorova koji se bave uzgojem, već i onih koji vrše laboratorijsku preradu ili proizvodnju, do onih koji obavljaju poslove transporta, vazdušnim, ili morskim saobraćajem, dalje uru čujući predmetne supstance distribucionim ćelijama, koje ih na kraju preraspodeljuju na tržištu.

**Figura 1** prikazuje mrežno strukturiranu kriminalnu organizaciju, koja pripada tipu kružne mreže, ili zvezda mreže. U samom centru se nalazi jezgro organizacije (osnovna grupa ili osnovni čvor), koje upravlja perifernim čvorovima, organizuje transakcije među njima, organizuje finansiranje isporuka kokaina (Kenney, 2007: 243-244). Strogo vodi računa o tome da identitet vođe ostane neotkriven, a u sprezi sa nadležnim državnim organima nastoji da nelegalne aktivnosti pokrije legalnim. Periferni čvorovi obavljaju poslove transporta, prerade, distribucije droge, pranje novca. Vertikalna odgovornost perifernih čvorova negira sliku o razasutosti, koja je samo prividna na prvi pogled.





**Figura 1:** Strelice sa jednom glavom označavaju odnose zasnovane na vertikalnoj odgovornosti, dok one sa dve glave označavaju odnose zasnovane na horizontalnoj odgovornosti (Kenney, 2007: 244). Direktive potiču iz jezgra, periferni čvorovi su za svaki postupak njemu odgovorni. Horizontalna predstavlja uzajamnu odgovornost među perifernim čvorovima.

Posebno pitanje se odnosi na to kako se države suočavaju sa organizovanim krijumčarenjem narkotika. Ključnu ulogu u tome igraju njegovo otkrivanje i dokazivanje. Kako je po sredi prekogranični kriminal, najvažniju ulogu u otkrivanju opojnih droga, koja se može transportovati različitim vrstama saobraćaja, igraju carinski službenici. Njihova pažnja je usredsređena na ustaljene rute i praćenje njihovih promena, uobičajena mesta skrivanja (Odalović, 2016: 376), koje god da je prevozno sredstvo u pitanju, a najčešće su to automobili (Aleksić, Škulić, 2011: 263), nezaobilazni su i indikatori krijumčarenja, razvijeni iz bogate kriminalističke prakse i iskustva (Aleksić, Škulić, 2011: 267).

Uzorak zaplenjene predmetne supstance dostavlja se na fizičko-hemijsku analizu laboratoriji Ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove i Bezbedonsno-informativne agencije. Tokom saslušanja osumnjičenog, a na osnovu količine zaplenjene opojne droge, ustanoviti da li je bila namenjena sopstvenoj upotrebi, ili prodaji, ne bi trebalo da predstavlja problem. Ako je po sredi manja količina opojne droge, radiće se o

krivičnom delu neovlašćeno držanje opojnih droga iz člana 246a KZ RS. Iako ovim članom nije precizirano koliko bi trebalo da iznosi manja količina, ako se pođe od toga da jednu dozu čini količina od 0,25 do 0,5 grama, onda doza koja prelazi jedan gram ne bi trebalo da se tretira kao manja količina.<sup>34</sup> Ovo važi za one droge koje se uzimaju intravenozno ili ušmrkavanjem, kao što su heroin i kokain, dok u pogledu lakih droga, kao što je marihuana, stav treba da izgradi sudska praksa od slučaja do slučaja (Vuković, Stanojčić, 2015: 291). Ako se radi o većoj količini opojne droge, radiće se o krivičnom delu iz stava 1. člana 246. KZ RS, koji kao jednu od radnji izvršenja predviđa držanje opojne droge namenjene prodaji. U tom slučaju kao dokaz može poslužiti saslušanje osumnjičenog, odnosno informacije koje sadrži zapisnik o saslušanju, a imaju kvalitet dokaza, zaplenjena veća količina opojne droge i u najboljem slučaju svedočenje uživaoca koji su kupovali drogu od učinioca.

Hijerarhijska struktuiranost i „zakon ćutanja“, samo su neki od činilaca koji otežavaju otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela organizovanog kriminala. Organima gonjenja može biti problem da u konkretnom slučaju otkriju i dokažu izvršenje krivičnog dela nedozvoljena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga od strane saučesnika, kroz čije je ruke u narko lancu predmetna supstanca prethodno prošla, a zatim uručena na dalji transport osumnjičenom. Tada bi najbolja varijanta bila da je osumnjičeni kao neposredni izvršilac pripadnik najniže lestvice, a da je direktivu dobio od pripadnika koji se na hijerarhijskoj lestvici nalazi neposredno iznad njega. Organi gonjenja tada već mogu razmišljati i ići u pravcu koncepta saradnje sa okrivljenim koji će protiv saučesnika svedočiti, i tada se zapravo može i govoriti o dokazivanju ovog krivičnog dela iz člana 246. stav 4. KZ RS. Naravno da je i ova situacija relativnog karaktera, jer okrivljeni pristupa saradnji sa javnim tužiocem dobrovoljno. Neki su spremni da prekrše „zakon ćutanja“, pa radi dobijanja povlastica pristupaju svedočenju protiv saučesnika. Organi gonjenja tada nastoje da od okrivljenog dobiju što više informacija vezanih za kriminalnu organizaciju kojoj pripada. Obično se u SAD-u, usled dokaznog deficita, pribegava zaključenju sporazuma o svedočenju, većim delom kod ovog krivičnog dela (Simons, 2002: 939). Takvi slučajevi su u praksi doveli do uspešnih rezultata, otkrivanja drugih članova, pa čak i vođa, zavisno od toga kako je organizacija struktuirana, odnosno da li je lider poznat ostalim pripadnicima, ili ne. Kod kolumbijskih narko kartela, situacija je već drugačija, jer ih čine ćelije koje su nevezane međusobno, a

---

34 <https://www.pravniportal.com/dokazivanje-krivcnog-dela-neovlascena-proizvodnja-i-stavljanje-u-promet-opojnih-droga-iz-cl-246-kz/>, posećeno 21.03.2019.

nije im poznato čak ni ime lidera. U Italiji, značajna uloga u otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela uopšte, pa i nedozvoljene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga, pripada kategoriji saradnika pravde (Tak, 1997: 22). Najviše saradnika pravde potiče iz Koza Nostre, Kamore, a zanemarljiv broj iz Ndrangete (razlog tome leži u porodičnim vezama na kojima se ova organizacija zasniva).<sup>35</sup>

Osim iskaza svedoka koji je i sam pripadnik kriminalne organizacije, mogu se koristiti i druga dokazna sredstva. Za ovo krivično delo, tipična je kontrolisana isporuka, ili sklapanje simulovanih poslova, ili neka od mera infiltracije u kriminogenu sredinu, prikriiveni islednik, na primer. Ove mere jesu značajne kada govorimo o suzbijanju organizovanog kriminaliteta, ali je pitanje koliko se uspešno mogu sprovesti. Osim toga, računa se na potpunu kooperativnost lica koje je i samo član organizacije, i ne samo na to, već i iskrenost, jer će u suprotnom odgovarati za krivično delo davanje lažnog iskaza.

Okrivljeni koji nisu spremni da rizikuju svoj i živote članova najuže porodice, krivicu preuzimaju na sebe. U narednim redovima prikazaćemo kroz analizu statističkih podataka, kako oni bivaju procesuirani pred Tužilaštvom za organizovani kriminal i Specijalnim sudom Republike Srbije.

#### **4. Nedozvoljena proizvodnja, držanje i stavljanje u promet opojnih droga kao organizovana kriminalna delatnost u praksi pred Tužilaštvom za organizovani kriminal i Specijalnim sudom u periodu od 2012. do 2017. godine**

Kao krivično delo tipično za kriminalne organizacije, nedozvoljena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga zastupljena je kako u redovnoj krivičnoj proceduri, tako i u proceduri povodom sporazuma o priznanju krivičnog dela pred Tužilaštvom za organizovani kriminal i Specijalnim sudom. Da bi se o tome formirala jasnija slika, kroz tri tabele ćemo prikazati statističke podatke koji se odnose na: stadijume procesuiranja učinilaca navedenog krivičnog dela, za period od šest godina, od 2012. do 2017. godine, pred Tužilaštvom za organizovani kriminal i Specijalnim sudom, radi utvrđivanja toga u koliko je slučajeva učinilac uspešno procesuiran, odnosno u kolikom su broju

---

<sup>35</sup> [http://www.camera.it/\\_bicamerali/leg15/commbicantimafia/documentazione/tematica/25/schedabase.asp#Normativa](http://www.camera.it/_bicamerali/leg15/commbicantimafia/documentazione/tematica/25/schedabase.asp#Normativa), posećeno 17.11.2018. Član Ndrangete bi morao da otkrije veliki broj lica sa kojima je u srodstvu, u prvom, drugom, trećem stepenu... Zato se veoma mali broj njenih članova odlučuje na ovaj korak.

izrečene osuđujuće presude u odnosu na broj podnetih krivičnih prijava i pokrenutih istraga; strukturu osuđujućih presuda; sporazume o priznanju krivičnog dela iz člana 246. stava 4. KZ RS zaključenih pred TOK, i kolike je kazne zatvora izrekao Specijalni sud, uvažavajući dogovor o vrsti i visini kazne između javnog tužioca i okrivljenog, kao i u kolikom je iznosu oduzeta imovinska korist, u periodu od pet godina, od 2013. Do 2017. godine.

*Tabela 1.*

Procesuiranje u činilaca krivičnog dela iz člana 246. KZ RS pred Tužilaštvom za organizovani kriminal i Specijalnim sudom u periodu od 2012. do 2017. godine

Godina	Podnete krivične prijave	Naredba o sprovođenju istrage	Podignute optužnice	Osuđujuće presude	Oslobađajuće presude
2012	34	34	63	35	/
2013	3	3	19	42	2
2014	26	26	13	2	/
2015	29	29	16	37	3
2016	54	54	34	26	1
2017	40	37	27	21	2
Ukupno	186	183	172	163	8

**Izvor:** <http://rjt.gov.rs/sr/informacije-o-radu>

*Tabela 2.*

Struktura osuđujućih presuda za krivično delo iz člana 246. KZ RS u periodu od 2012. do 2017. godine

Godina	Kazna zatvora	Uslovna osuda	Novčana kazna	Oduzimanje predmeta	Oduzimanje imovinske koristi
2012	35	/	/	26	7
2013	42	/	/	25	14
2014	2	/	/	1	1
2015	36	1	/	3	3
2016	26	/	/	16	4
2017	21	/	2	13	4
Ukupno	162	1	2	84	33

**Izvor:** <http://rjt.gov.rs/sr/informacije-o-radu>

*Tabela 3.*

Sporazum o priznanju krivičnog dela iz člana 246. KZ RS pred Tužilaštvom za organizovani kriminal i Specijalnim sudom u periodu od 2013. do 2017. godine

Godina	Ukupan broj zaključenih sporazuma o priznanju krivičnog dela	Broj zaključenih sporazuma za krivično delo iz člana 246. stava 4. KZ RS	Ukupno trajanje izrečene kazne zatvora	Novčani iznos oduzete imovinske koristi
2013	60	19	119 godina i 7 meseci	52.020 evra
2014	36	1	3 godine i 6 meseci	9.000 evra
2015	87	12	43 godine i 7 meseci	3.500 evra
2016	88	12	45 godina i 5 meseci	15.090 evra i 34.000 dinara
2017	117	11	42 godine i 5 meseci	5.000 evra
Ukupno	388	55	254 godine i 6 meseci	94.610 evra i 34.000 dinara

Izvor: <http://rjt.gov.rs/sr/informacije-o-radu>

## 5. Zaključak

Kao jedan od vidova zloupotrebe opojnih droga, nedozvoljena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga poprima ozbiljnija obeležja u kontekstu organizovanog kriminaliteta. Najpre, predmet krijumčarenja su velike količine opojnih droga, uglavnom kokaina i heroina, jer donose najveći profit na narko tržištu. Veća ponuda za sobom povlači i veći broj konzumenata, koji u stanju zavisnosti mogu vršiti krivična dela, obično imovinska, usled nedostatka novčanih sredstava za kupovinu droga. Ne treba zanemariti ni štetne posledice po zdravlje, u izvesnom broju slučajeva čak i sa smrtnim ishodom. Još više zabrinjava činjenica da su u poslednje vreme to maloletna lica, koja se već nakon prvog ili drugog konzumiranja, više ne mogu odupreti ovom poroku. Sa druge strane, veći stepen opasnosti nosi združivanje (kumulacija) kriminalne energije članova kriminalne organizacije. Verovatnoća da će dobro isplanirana i organizovana trgovina narkoticima biti realizovana je daleko veća, nego da to čini manji broj lica koja nisu udružena svim snagama.

Nacionalna zakonodavstva zemalja koje su inkorporirale odredbe međunarodnih Konvencija, predviđaju kao teži oblik izvršenje ovog krivičnog dela od strane kriminalne organizacije. Pored navedenih, razlog tome je, u tom slučaju, njegovo otežano otkrivanje i dokazivanje i

pored saradnje međunarodnih i nacionalnih nadležnih organa na polju suzbijanja organizovane kriminalne delatnosti. Jedan broj osumnjičenih je spreman da snosi svu krivicu, a jedan, iako svestan da ih čeka osveta, opredeljuje se za svedočenje protiv saučesnika, zarad dobijanja privilegija tokom postupka.

Zabrana ublažavanja kazne koju naše zakonodavstvo poznaje za pojedina krivična dela i pojedine oblike krivičnih dela, kritikovana je u krivičnopravnoj teoriji, uz argument da se njome narušava jedan opšti krivičnopravni institut. Osim toga, jedan broj okrivljenih se dovodi u nejednaku poziciju, kako u okviru redovne krivične procedure, tako i kod pojedinih konsesualnih krivično-procesnih formi. Zabranu ublažavanja kazne naš zakonodavac predviđa i kod pojedinih oblika krivičnog dela nedozvoljena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga, ali ne i kod težeg oblika iz stava 4., kada delo vrši kriminalna organizacija. Zabrana ublažavanja kazne povlači nemogućnost oslobođenja od kazne, a kako kod ovog težeg oblika ona nije predviđena, ne remeti se koncept saradnje javnog tužioca sa okrivljenim. To smo pokazali kroz praksu TOK-a i Specijalnog suda, pred kojima su učinioci krivičnog dela iz člana 246. procesuirani redovnim putem, a bilo je i slučajeva zaključenja sporazuma o priznanju predmetnog krivičnog dela. U najvećem broju slučajeva redovni postupak je okončan izricanjem osuđujuće presude. Istraga je pokrenuta u odnosu na 183 lica, a postupak okončan pravnosnažno u odnosu na 163 lica osuđujućom, a u odnosu na 8 lica oslobađajućom presudom. Strukturu osuđujućih presuda najvećim delom čini kazna zatvora, potom mera bezbednosti oduzimanje predmeta, zatim mera oduzimanja imovinske koristi, dok najmanji procenat osuda čini uslovna osuda i novčana kazna kao sporedna. U odnosu na 20 lica istraga je ostala nerešena, obustavljena ili prekinuta. Od ukupnog broja zaključenih sporazuma, sporazum o priznanju krivičnog dela iz člana 246. stav 4. KZ RS zaključen je u 14% slučajeva i okončan osuđujućom presudom uz koju je oduzeta imovinska korist u velikom novčanom iznosu. U odnosu na ukupan broj pravnosnažno okončanih postupaka, gotovo da je zanemarljiv broj nerešenih istraga usled nedostatka dokaza. Oduzimanjem imovinske koristi stalo se na put tome da se nelegalno stečen profit kasnije prividno pokrije legalnim aktivnostima. Organi usko specijalizovani za procesuiranje krivičnih dela organizovanog kriminaliteta su u analiziranom šestogodišnjem periodu pokazali visok stepen stručnosti, ažurnosti i efikasnosti i pored činjenice da se radi o složenim krivičnim delima koja se teško otkrivaju, a još teže dokazuju.

Mimo navedenih uspeha, diskutabilno je da li se ublažavanjem kazne za krivično delo iz člana 246. stava 4. kada se zaključi sporazum o priznanju krivičnog dela, može ostvariti svrha kažnjavanja, specijalna i generalna prevencija. Možda bi oduzeta imovinska korist (iako nema karakter krivične sankcije) mogla da odvрати učinioca od ponovnog izvršenja istog krivičnog dela, ali ne vidimo efekat generalne prevencije, jer su u analiziranom periodu svake kalendarske godine izvršioци redovno procesuirani, ili su stupili u pregovore sa javnim tužiocem. Računajući da njihova krivica neće biti dokazana, ili da delo neće biti otkriveno, ili da će u krajnjem slučaju biti blaže kažnjeni, a da pritom neće biti otkriveno poreklo novca, ili druge stečene imovinske koristi, učinioci se kao pripadnici kriminalnih organizacija sve više prepuštaju izvršenju ovog krivičnog dela.

### Literatura/References

Decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. *G. U. Serie Generale* n. 255 del 31-10-1990-Suppl. Ordinario n. 67.

Dickie, J. (2004). *Cosa Nostra: A History of the Sicilian Mafia*. New York: Palgrave Macmillan.

Felia, A. (2016). *The Invisible Camorra: Neapolitan Crime Families across Europe*. Ithaca, NY: Cornell University Press.

<http://rjt.gov.rs/sr/informacije-o-radu>

[http://www.camera.it/\\_bicamerali/leg15/commbicantimafia/documentazione/tematica/25/schedabase.asp#Normativa](http://www.camera.it/_bicamerali/leg15/commbicantimafia/documentazione/tematica/25/schedabase.asp#Normativa), 17.11.2018.

<https://www.gov.uk/penalties-drug-possession-dealing>, 29.11.2018.

<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

<https://www.pravniportal.com/dokazivanje-krivicnog-dela-neovlascena-proizvodnja-i-stavljanje-u-promet-opojnih-droga-iz-cl-246-kz/>, 21.03.2019.

Jenner, M. S. (2011). International Drug Trafficking: A Global problem with domestic solution. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 18(2). 901-928.

Kazneni zakon. *Narodne novine*. Broj 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17 i 118/18.

Kenney, M. (2007). The Architecture of Drug Trafficking: Network Forms of Organisation in the Colombian Cocaine Trade. *Global Crime*. 8/3. 233-259.

Krivični zakon Bosne i Hercegovine. *Službeni glasnik BiH*. Br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

Krivični zakonik Crne Gore. *Sl. List RCG*. Br.70/2003, 13/2004-ispr. i 47/2006 i *Sl. List CG*, br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011-dr. Zakon, 40/2013, 56/2013- ispr., 14/2015, 42/2015, 58/2015-dr. Zakon, 44/2017 i 49/2018.

Rosen, J. Bagley, B. (2015). *Drug Trafficking, Organized Crime, and Violence in the Americas Today*. Gainesville: University Press of Florida.

Russo. C. (2013). *Sicilian Mafia: A True Crime Travel Guide*. Rock Hill: SC:Strategic Media Books.

Sergi, A. (2018). What's in a Name? Shifting Identities of Traditional Organized Crime in Canada in the Transnational Fight against the Calabrian 'Ndrangheta. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*. 60/4. 427-454.

Simons, A. M. (2002). Departing ways: Uniformity, Disparity and Cooperation in Federal Drug Sentences. *Villanova Law Review*. 47/4. 921-963.

Tak, P. J. P. (1997). Deals with Criminals: Supergrasses, Crown Witnesses and Pentiti. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 5(1). 2-26.

United Nations Office on Drugs and Crime. (2002). *Results of a Pilot Survey of a Fourty Selected Organised Criminal Groups in Sixteen Countries*.

United Nations of Drug and Crime. (2010). *World Drug Report*.

United Nations of Drug and Crime. (2018). *World Drug Report*.

Vy, L. (2012). Organized Crime Typologies: Structure, Activities and Conditions. *International Journal of Criminology and Sociology*. 1. 121-131.

Aleksić, Ž. Škulić, M. (2011). *Kriminalistika*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Vuković, S. Stanojčić, G. (2015). *Komentar krivičnog zakonika sa sudskom praksom, registrom pojmova i tabelarnim prikazom svih krivičnih dela*. Beograd: Poslovni biro.

Delibašić, V. (2014a). *Suzbijanje zloupotreba opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*. Beograd: Službeni glasnik.

Delibašić, V. (2014b). Pojedina sporna pitanja u vezi sa opojnim drogama. *Crimen*. 1/V. 75-88.

Đurđić, V. Jovašević, D. (2010). *Krivično pravo - posebni deo*. Beograd: Nomos.



Zakon o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama. *Sl. glasnik RS*. Br. 99/2010 i 57/2018.

Zakon o ratifikaciji Konvencije o psihotropnim supstancama. *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*. Br. 40/73.

Zakon o ratifikaciji Konvencije Organizacije ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci. *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*. Br. 14/90.

Krivični zakonik. *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.

Mijalković, S. (2009). Delovanje narkomafije. *Revija za bezbednost*. 4/09. 36-43.

Odalović, T. (2016). Uloga Uprave carina u borbi protiv krijumčarenja narkotika. *Kultura polisa*. III (31). 371-379.

Stojanović, Z. (2012). *Komentar krivičnog zakonika*. Beograd: Službeni glasnik.

Stojanović, Z. Perić, O. (2007). *Krivično pravo - posebni deo*. Beograd: Pravna knjiga.

Uredba o ratifikaciji Jedinствene konvencije o opojnim drogama. *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*. Br. 2/64.

**Mirjana Đukić, MA**

*Teaching Assistant,*

*Faculty of Law in Kosovska Mitrovica,*

*University of Priština, Head Office in Kosovska Mitrovica*

**ILLICIT PRODUCTION, POSSESSION AND MARKETING OF NARCOTICS AS  
A FORM OF ORGANIZED CRIME: NORMATIVE AND PRACTICAL ASPECT**

**Summary**

*In the context of international and national normative framework, the production and marketing of narcotic drugs is permitted only for medical and scientific purposes. Any activity that exceeds these legally established boundaries constitutes an abuse. The criminal offense of illicit production and marketing of narcotic drugs is a form of abuse which has more serious features if it is committed by a criminal organization. Organized production and trafficking of narcotics expands the availability of narcotics on the market, which necessarily increases the number of executors, the supply in the drug market, and the number of consumers. In such circumstances, rigorous criminal policy is fully justified, but it is often counterproductive, given that the narco-mafia is more active than ever in this field. On the other hand, the Serbian legislator does not provide for the prohibition of mitigating the sentence, which gives the perpetrator the opportunity to participate in negotiations with the public prosecutor (plea bargaining). Thus, a number of perpetrators of the criminal offense envisaged in Article 246 (para. 4) were prosecuted on a regular basis by the Prosecutor's Office for Organized Crime and the cases have been tried before the Special Court for Organized Crime. However, since 2013, as a result of abolishing the upper limit of imprisonment, criminal offenders may enter into plea bargaining agreements (on recognition of the committed criminal offenses). There is no doubt about the effectiveness of the latter proceedings, but it is still debatable whether general and special prevention can be achieved by mitigating the punishment.*

**Keywords:** *illicit production and marketing of narcotics, organized crime, ban on mitigating punishment, consensual forms of criminal procedure.*

## **JERETIK IZ ČLANA 10 DUŠANOVOG ZAKONIKA\*\***

**Apstrakt:** Dušanov zakonik, najvažniji pravni akt srednjovekovne Srbije i danas je u centru pažnje pravnih historičara. Jedno od pitanja za koje se u nauci dugo verovalo da je konačno rešeno, najnovijim istraživanjima ponovo je aktuelizovano. To pitanje se odnosi na krivično delo protiv vere predviđeno članom 10 Dušanovog zakonika, kao i na pojam jeretika, učinioca ovog dela. Pored pravnoistorijske analize navedenog člana Zakonika, kao i drugih članova neophodnih za njegovo razumevanje, autor u radu analizira mišljenja i stavove drugih autora, te izlaže svoje argumente o pojmu jeretika koji se pominje u članu 10 Dušanovog zakonika.

**Ključne reči:** Dušanov zakonik, srpsko srednjovekovno pravo, jeretik, krivično delo protiv vere.

### **1. Uvod**

Član 10 *Dušanovog zakonika* glasi: „I kto se obrѣtete eretiġъ живѣ въ hristianѣhъ; da se žeže po obrazou i da se prožene; kto li ga ime taiti, i тъ- зы да се жеže“<sup>41</sup> (Novaković, 2004: 14). Dakle, kada bi se pronašao *jeretik* da živi među pravoslavcima, prema slovu *Zakonika*, bio bi žigosan po obrazu i proteran. Onaj koji bi ga skrivao i sam bi bio žigosan.

Pre nego što pokušamo da utvrdimo ko se zapravo krije iza pojma *jeretik*, treba razmotriti grupu članova (6–9), koji direktno prethode članu 10 *Dušanovog zakonika*, a za koje danas u nauci postoji jedinstveno mišljenje da se odnose na rimokatoličanstvo. Član 6 *Zakonika* naređuje: „I za eresъ latin’skouю; što đse€ sou (o)bratili hristiane въ azimistvo; da se въzvrate

\* stojanovicst91@gmail.com

\*\* Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (broj projekta 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

1 Izvorni tekst određaba *Dušanovog zakonika* dat je prema Prizrenskom prepisu.

опетъ въ hristian'stvo; ako li se kto obrѣте прѣчьювъ i не възвративъ се въ hristian'stvo, da se kaže kako piše ou zakonikou svetiihъ отьсьць“ (Novaković, 2004: 11). Iz ovog člana saznajemo da je bilo pravoslavnih koji su prešli u rimokatoličanstvo (*jerēs latinska; azimstvo*), te im *Zakonik* zapoveda da se vrate u pravoslavlje. Onaj ko ne bi postupio po naredbi *Dušanovog zakonika* bio bi kažnjen po *Zakonu svetih otaca*<sup>2</sup>. Član 7 predviđa: „I da postavi crkovъ velika protoporѣ po vьsѣhъ ѿgradovѣhъ iє trgovѣhъ da възvrate hristiane оть eresi latin'skыиє, koi se sou obratili въ vѣrou latin'skou; i da imъ dade zapovѣdъ douhovnou; i da se vьsakы vrati въ hristian'stvo“ (Novaković, 2004: 12). Po svim gradovima i trgovima treba da se postave protoporovi (pomoćnici episkopa), kako bi se starali da se oni koji su prešli u rimokatoličanstvo (*jerēs latinska*) vrate pravoslavlju. Član 8 kažnjava rimokatoličkog sveštenika (*popa latinskog*) koji bi preobratio pravoslavnog u rimokatoličku veru: „I porѣ latin'skы, ako se naide obrativъ hristianina въ vѣrou latin'skou, da se kaže po zakonu svetiihъ отьсьць“ (Novaković, 2004: 13). Član 9 rimokatoličku veroispovest muža predviđa kao bračnu smetnju: „I ako se naide polouvѣrѣсь ouzъmъ hristianicou; ako ouzъubi, da se kрѣsti ou hristian'stvo; ako li se ne kрѣstič da mou se ouzъmъ žena i дѣca; ako li se ne kрѣstič da mou se ouzъmъ žena i

2 Mišljenje A. Solovjeva da je ova odredba nepravilna sa gledišta pravne nauke, jer krivičnopravna sankcija ne sme imati povratnu snagu (retroaktivno dejstvo), te da obu hvata slu čajeve nastale pre njenog donošenja (Solovjev, 1980: 176), nije u potpunosti opravdano. Pre svega, pravne norme iz srednjovekovnih (razume se i ranijih) pravnoistorijskih izvora ne mogu se podvoditi pod načela nastala u doktrini savremene pravne nauke. Čak kada bi to i bilo izvodljivo, prema zaključcima koji bi se na taj način dobili treba se odnositi krajnje oprezno. Drugi razlog za našu tvrdnju krije se u teleološkom (ciljnom) tumačenju navedene odredbe. Naime, napuštanje pravoslavlja (otpadništvo od prave vere, apostasija) je krivično delo koje je inkriminisano *Zakonopravilom* Sv. Save, što znači da ga je srpsko pravo poznavalo i pre *Dušanovog zakonodavstva*. Samim tim što su pojedini pravoslavni vernici prešli u rimokatolicizam, oni su u činili navedeno krivično delo, te su prema odredbama *Zakonopravila* bili krivično odgovorni. Odredba *Dušanovog zakonika*, kojom se naređuje onima koji su prišli katoličanstvu da se vrate u pravoslavlje, ima za cilj da trenu tno odloži primenu *Zakonopravila (Zakona svetih otaca)* i pruži priliku bivšim pravoslavnim vernicima da se pokaju i vrate pravoj veri. Verovatno je osnovni razlog koji je opredelio zakonodavca da propiše ovakvu normu bio znatan broj pravoslavnih, koji su pod pritiskom i propagandom katoličke crkve prešli u rimokatolicizam. Da bi se izbeglo kažnjavanje većeg broja srpskih podanika koji su već u činili navedeno krivično delo, car Dušan kao čuvar pravoslavlja, pružio im je priliku da se pokaju i vrate u pravoslavlje i na taj način izbegnu kažnjavanje. Jedino onaj koji bi se oglušio o naredbu iz prvog dela navedenog člana, bio bi kažnjavao po *Zakonu svetih otac*, tj. *Zakonopravilu*, čime bi se aktivirala njegova primena. Dakle, ovde nije reč o retroaktivnom dejstvu *Dušanovog zakonika*, već o uslovno odloženoj primeni *Zakonopravila*.

дѣца; i da im daa дѣль od kouкѣ; a онъ da se izdene“ (Novaković, 2004: 13). Doduše, ova bračna smetnja se može otkloniti prelaskom rimokatolika u pravoslavnu veru.

Iz ove grupe članova saznajemo da je Rimski kurija vodila agresivnu politiku prema pravoslavnom stanovništvu Dušanovog carstva, što je očigledno dalo rezultata. Određeni broj pravoslavaca je prišao rimokatoličanstvu, zbog čega je *Zakonikom* bilo neophodno pod pretnjom kazne predvideti da se oni moraju vratiti pravoslavnoj veri. U ovoj rimokatoličkoj propagandi učestvovalo je i latinsko sveštenstvo, te *Zakonik* predviđa kaznu i za *papa latinskog*. Brak između rimokatolika i pravoslavne nije bio dozvoljen.

Zaključak koji se izvodi iz ovih odredaba je da je njihov glavni cilj bio zaštita pravoslavlja od rimokatoličkog uticaja. Dakle, zabranjuje se rimokatolički prozelitizam. *Zakonik* ne zabranjuje ispovedanje rimokatoličke vere od strane rimokatoličkih vernika koji su u njoj rođeni, niti naređuje rimokatolicima da pređu u pravoslavlje (osim člana 9, ali i to samo ukoliko rimokatolik želi da sačuva brak sa pravoslavnom, što je u suštini još jedna zaštitna mera). Propaganda i prevođenje pravoslavnih u rimokatoličanstvo je zabranjeno.

Pošto smo utvrdili sadržinu i cilj navedene grupe članova, možemo pristupiti tumačenju člana 10 *Dušanovog zakonika*.

## 2. Najznačajnija tumačenja pojma *jeretik*

U našoj pravnoistorijskoj nauci bilo je više pokušaja da se da odgovor na pitanje ko je *jeretik* iz člana 10 *Dušanovog zakonika*. U svom komentaru *Dušanovog zakonika* S. Novaković povodom dotičnog člana veli: „Teško je razumeti kako je ovome članu dato ovako opšte značenje, pošto se zna da je jeretika bilo po svima znatnijim gradovima i rudarskim mestima u kojima su uživali naročite povlastice trgovačkih ugovora. Te povlastice i *Zakonik* svuda priznaje, i još pri odredbama o poroti naročito pominje *inoverce* (čl. 153). Po tome valja uzeti da se ovaj član tiče jeretika koji bi bili pravi srpski građani; za njih *Zakonik* nije dopuštao drugu veru osim pravoslavne“ (Novaković, 2004: 154–155). Iz ovoga vidimo da je S. Novaković pod pojmom *jeretik* podrazumevao rimokatolika, te je navedeni pojam proširio na sve rimokatolike u srpskom carstvu. Međutim, uviđajući da je bilo dosta rimokatolika („po svima znatnijim gradovima i rudarskim mestima u kojima su uživali naročite povlastice trgovačkih ugovora“), utvrdio je da oni ne mogu biti kažnjavani navedenom kaznom. Zbog toga je pogrešno zaključio da se navedeni član tiče *jeretika* –

„pravog srpskog građanina“, te da „državljanin“ srednjovekovne Srbije, odnosno „pravi srpski građanin“, kako veli S. Novaković, nije smeo da bude rimokatolik.

Navedeno tumačenje S. Novakovića, kritikovao je A. Solovjev: „Ovako se tumačenje ne može prihvatiti: oduvek je bilo dosta pravih srpskih građana katoličke vere – u Primorju, u Zeti, u Arbaniji“ (Solovjev, 1980: 179–180). Zatim, A. Solovjev iznosi novo gledište po kojem se pojam *jeretika* ne odnosi na rimokatolike, već na bogumile. On zaključuje: „Stoga čl. 10 Dušanova zakonika, koji pretil jeretiku žigosanjem i proterivanjem iz države, ne može da se odnosi na katolike. Treba primetiti da sami katolici nisu nazivani jereticima... Onaj opasni jeretik, koji ne sme da stanuje u srpskoj državi, a ipak se krije između hrišćana („kto li ga ima taiti“), to je svakako bogumil-babun...“ (Solovjev, 1980: 179). Ovo tumačenje A. Solovjev je prethodno izneo i u svojoj doktorskoj disertaciji *Zakonodavstvo Stefana Dušana, cara Srba i Grka* iz 1928. godine, u kojoj je naveo: „Bez sumnje na pravog jeretika (pre svega na bogumila) cilja član 10 Dušanova zakonika, koji pretil progonstvom i telesnom kaznom svakom jeretiku i svakom koji ga krije. Vidi se da se tu govori o sasvim zabranjenoj jeresi“ (Solovjev, 1998: 473).

T. Taranovski ističući kazuističnost i konkretnost *Dušanovog zakonika*, podržava mišljenje A. Solovjeva: „...ima pravo Solovjev kada kaže, da se u čl. 10 cilja pre svega na bogumile, čime se uspostavlja i nastavlja stara tradicija, koja ide još od Stefana Nemanje“ (Taranovski, 2002: 363).

S. Šarkić je takođe protumačio da se član 10 *Dušanovog zakonika* odnosi na bogumila. Zato je ovaj član smestio u grupu odredaba *Zakonika* koji se odnose na jeretike. Pored jeretika u „ne-hrišćane“ („ne-pravoslavne“) srednjovekovnog srpskog prava, prema S. Šarkiću, spadaju još rimokatolici i pagani (neznabošci).

Tumačenje A. Solovjeva prihvatio je i Đ. Bubalo, te navodi: „Iako skupinu članova o katolicima otvara rečenica *O jeresi latinskoj*, ovde će ipak biti reči o pravom jeretiku, bogumilu, jer ovakav postupak prema katoliku koji živi među pravoslavicima protivreči svemu što se zna o njihovom položaju u srpskoj državi i nema nikakve potvrde u izvorima“ (Bubalo, 2010: 152).

N. Selaković, takođe, zastupa navedenu teoriju. U uporedno-pravnoj studiji *Dušanov zakonik i pravni transplant* zapazio je da je navedeni član 10 *Dušanovog zakonika* preuzet uz modifikaciju iz vizantijskog prava: „Kao i kod velikog broja drugih članova i kod ovoga se pokazuje da je došlo do presađivanja pravnog rešenja iz vizantijskog prava,

ali da ono nije u činjeno doslovce. Ipak, suština odredbe je potpuno zadržana. Član 10 *DZ* predstavlja preuzetu odredbu o manihejcima iz druge glave A-sastava *Sintagme*“ (Selaković, 2007: 28). Ova odredba glasi: „Ukoliko se ustanovi da manihejac živi u grčkom mestu, da mu se odrubi glava“ (prevod: Subotin-Golubović, 2013: 53). N. Selaković dodaje: „Kod ovoga člana vidljiva je i intervencija zakonodavca, koji je pomenutu odredbu usavršio, a kaznu izmenio. Smrtna kazna, koja je potpuno u duhu vizantijskog prava, zamenjena je žigosanjem i proterivanjem“ (Selaković, 2007: 29). Ovome treba dodati da je navedena odredba u *Sintagmu* preuzeta iz *Vasilika* (29 Bas. I, 1).

A. Katančević je u delikt rimokatoličkog prozelitizma uvrstio odredbe 6, 7, 8 i 9 *Dušanovog zakonika*, o kojima je bilo reči. Član 10 *Dušanovog zakonika* ostao je van ove grupe odredaba i nije bio predmet njegovog istraživanja. Samim tim nije opredeljen pojam *jeretika* iz dotičnog člana (Katančević, 2016: 559–566). Međutim, njegovo istraživanje veoma je značajno, jer ukazuje na krivičnopravnu odredbu koja se ima primeniti na one koji su prešli u rimokatoličanstvo, ali ne žele da se vrate pravoslavlju (član 6 *Dušanovog zakonika*). Na ovom mestu važno je utvrditi na koju odredbu, odnosno kaznu, član 6 *Zakonika* upućuje?

A. Solovjev veli: „Taj je navod dosta nejasan jer niti Sintagma niti Svetosavski nomokanon nemaju izrične odredbe o kažnjavanju zbog prelaženja u katoličku veru. Verovatno je da Dušanov Sabor cilja na prošireno tumačenje odredbe Skraćene sintagme A-1 (iz Prohirona 39, 34), koji ponavlja odredbu Justinijanova Kodeksa (I, 5, 22)“ (Solovjev, 1980: 175). Ova odredba u *Sintagmi* Matije Vlastara je druga svetovna odredba pod naslovom *Zakoni gradski* (dakle, u pitanju su dve svetovne odredbe) glave A-1 (*O onima koji su se odrekli ove neporočne hrišćanske vere i o tome kako treba primati nazad one od njih koji se pokaju*) i glasi: „Oni koji su odstupili od pravoslavne vere i postali jeretici, ili su prineli žrtvu, ili su kome obećali da će je prineti, ne mogu da zaveštavaju (imovinu), to jest da dijataksuju, niti da daruju, niti sa ugovorom niti bez ugovora mogu šta primiti (tj. naslediti zaveštajno ili bez zaveštanja – napomena autora)“ (prevod: Subotin-Golubović, 2013: 40). Dakle, kao što je navedeno, primetio je da je ovo upućivanje na *Zakonik svetih otaca* „dosta nejasno“, jer ni *Zakonik* ni *Sintagma* ne kažnjavaju prelaz u rimokatoličanstvo. Zato je zaključio da: „*Dušanov zakonik* upućuje na tu odredbu i verovatno baš zbog toga služi se u ovom članu, pored reči „azimstvo“, i izrazom „jeres latinska“, pošto u ovom slučaju izjednačuje katolike s Justinijanovim jereticima“ (Solovjev, 1980: 175). A. Solovjev je došao do navedenog zaključka, jer se držao isključivo jezičko-logičkog tumačenja. Zbog

toga, verovatno, nije uzeo u obzir npr. odredbu 39. 28 *Zakonopravila*, koja propisuje smrtnu kaznu za pravoslavca koji postane manihejac. Treba imati u vidu da je reč „manihejac“ iz odredbe glave A-2 *Sintagme* (koja je bila uzor članu 10 *Zakonika*, kako je to primetio N. Selaković), zamenjena u *Zakoniku* upravo terminom „jeretik“. Iz ovoga je jasno da nema mesta strogom jezičko-logičkom tumačenju navedenih odredaba.

Nasuprot ovom stanovištu, A. Katančević smatra da se član 6 *Dušanovog zakonika* odnosi na *Zakon gradski* (*Prohiron* recipiran u *Nomokanonu* Svetog Save), te navodi krivična dela u vezi sa otpadništvom od pravoslavlja u *Zakonu gradskom*: „Prvo po redu (39. 28) postoji kada pravoverni hrišćanin postane manihejac. Drugo čini onaj ko zna za takav postupak, a ne prijavi ga (takođe 39. 28). Treće (39. 33) se sastoji u praktikovanju politeističke religije posle krštenja. Četvrto delo (39. 34) postoji ukoliko je neko odstupio od prave vere i postao jeretik, prineo žrtvu ili nekome obećao da će je prineti. U prvom, drugom i četvrtom slučaju kazna je smrt. Treći od navedenih delikata se kažnjava zabranom sačinjavanja testamenta, davanja poklona i nasleđivanja (bilo po testamentu, bilo intestatski)“ (Katančević, 2016: 562). A. Katančević, opovrgavajući tezu A. Solovjeva, ističe da se u konkretnom slučaju ima primeniti smrtna kazna iz odredbe 39. 28 *Zakona gradskog*. Kao argumente iznosi sledeće: „Prvo, malo je verovatno da bi srednjovekovni sud izricao ovakvu kaznu ograničenja poslovne sposobnosti, koje bi trebalo da važi ubuduće, a koje bi se, između ostalog, lako dalo izigrati. Pre bi se moglo očekivati da se o pitanju sposobnosti raspolaganja poklonom i testamentom i sposobnosti nasleđivanja, odlučuje u određenom pravnom kontekstu, odnosno u konkretnom naslednom sporu, ili sporu povodom konkretnog poklona. Drugo, termin „kazati“ u smislu „kazniti“ (u imperativu „da se kaže“), se u *Dušanovom zakoniku* najčešće upotrebljava kada se upućuje na propis koji predviđa smrtnu kaznu (članovi 140–142, 144–147, 149, 165, 173. i 178)<sup>3</sup>. Imajući u vidu rečeno, član 6 *DZ* bi u nešto slobodnijem prevodu glasio: „Pravoslavci koji su se obratili u rimokatoličanstvo, da se vrate opet u pravoslavlje. Ko to ne učini, da se kazni kao da je prešao u bogumilstvo, smrtnom kaznom“ (Katančević, 2016: 567).

Prihvatajući argumentaciju A. Katančevića, do istog zaključka dolazimo malo drugačijim putem. Najpre, moramo uporediti konkretne odredbe iz *Sintagme* Matije Vlastara i *Nomokanona* Svetog Save. Radnja dela iz navedene druge odredbe pod naslovom *Zakon gradski* glave A-1 *Sintagme* (koja je preuzeta u *Skraćenoj Sintagmi*<sup>4</sup>) sastoji se u „odstupanju od pravoslavlja

3 Što je uostalom i A. Solovjev primetio (Solovjev, 1980: 176).

4 Na koju se poziva A. Solovjev (Solovjev, 1980: 175).



i postajanju jeretikom, te prinošenju žrtve ili obećanju nekome da će se žrtva prineti“. Ista ova radnja inkriminisana je odredbom 39. 34 *Zakona gradskog u Nomokanonu* Svetog Save. Razlika između ovih odredaba je u kazni. Dok *Sintagma* za navedeno delo propisuje gubitak sposobnosti raspolaganja poklonom i testamentom i sposobnosti nasleđivanja, *Nomokanon* predviđa smrtnu kaznu. Međutim, autori (A. Solovjev i A. Katančević) nisu obratili pažnju na prvu odredbu pod naslovom *Zakon gradski* glave A-1 *Sintagme* Matije Vlastara (takođe ušla u *Skraćenu Sintagmu*) koja glasi: „Oni koji su se udostojili svetog krštenja i opet održavaju jelinske običaje treba da budu kažnjeni smrtnom kaznom“ (prevod: Subotin-Golubović, 2013: 40). Radnja navedenog dela je ista kao u odredbi 39. 33 *Zakona gradskog u Nomokanonu* Svetog Save. Ali i ovde postoji razlika u kažnjavanju za istu radnju krivičnog dela. *Sintagma* za ovo delo predviđa smrtnu kaznu, a *Nomokanon* gubitak sposobnosti raspolaganja poklonom i testamentom i sposobnosti nasleđivanja. Zaključujemo da je reč o istim odredbama *Sintagme* i *Nomokanona* preuzetih iz *Prohirona*, ali da su kazne za navedena dela, očigledno slučajno zamenjene u *Nomokanonu*. Matija Vlastar nije uvrstio u svoju *Sintagmu* krivičnopravnu odredbu o prelasku u manihejstvo (39. 28 *Zakona gradskog u Nomokanonu*), smatrajući da je dovoljna odredba koja predviđa smrtnu kaznu za manihejce u glavi A-2 (*O jereticima i o tome kako treba primati one koji se iz jeresi preobraćaju*). Neophodno je sagledati navedena krivična dela iz *Nomokanona* (jer su ovde kompletno preuzeta), i to sa ispravljenom sadržinom odredaba u pogledu kazne, odnosno onako kako je to bilo predviđeno *Prohironom*<sup>5</sup>. Na taj način uvidamo dva oblika istog krivičnog dela, napuštanja pravoslavlja: 1) prelaz u manihejstvo, odnosno jeres (39. 28 *Zakona gradskog u Nomokanonu*) i 2) prelaz u neznaboštvo (39. 33 *Zakona gradskog u Nomokanonu*; prva svetovna odredba glave A-1 *Sintagme*). U oba slučaja, predviđena je bila smrtna kazna. Međutim, odredba 39. 34 *Zakona gradskog u Nomokanonu*, (odnosno druga svetovna odredba glave A-1 *Sintagme*, na koju je ukazivao A. Solovjev), u pogledu sankcije na prvi pogled je u koliziji sa navedenim odredbama. Ona kažnjava „one koji su odstupili od pravoslavne vere i postali jeretici, ili su prineli žrtvu, ili su kome obećali da će je prineti“ gubitkom sposobnosti raspolaganja poklonom i testamentom i sposobnosti nasleđivanja. Dakle, i ona kažnjava otpadništvo od pravoslavlja u dva slučaja: 1) prelaz u jeres („koji su odstupili od pravoslavlja i postali jeretici“) i 2) prelaz u neznaboštvo („koji

5 *Prohiron* (Priručnik) je vizantijski pravni zbornik, donet između 870. i 879. godine. Njegov prevod je ušao u *Nomokanon* Svetog Save, kao tzv. *Zakon gradski*.

su prineli žrtvu, ili su kome obećali da će je prineti“)<sup>6</sup>. Zašto su kazne za ista dela toliko različite, te koja će se odredba primeniti na otpadnike od pravoslavlja, da li će oni biti kažnjeni smrtnom kaznom ili gubitkom poslovne sposobnosti? Smatramo da ne postoji kolizija normi, već se na učinioca navedenog krivičnog dela (otpadništvo od pravoslavlja u neznaboštvo ili jeres), imaju primeniti obe kazne. Kao glavna, bila je predviđena smrtna kazna, dok je gubitak sposobnosti raspolaganja poklonom i testamentom i sposobnosti nasleđivanja, imao karakter dopunske kazne. Naravno, dopunska kazna se primenjivala na sva raspolaganja zaveštanjem i poklonom, kao i na svu imovinu stečenu (ili potencijalnu) nasleđivanjem pre izvršenja glavne kazne. Dakle, član 6 *Zakonika* upućuje na odredbu 39. 28 *Zakona gradskog* u *Nomokanonu*, jer ona propisuje glavnu kaznu za ovo krivično delo. Ovo je ujedno i dokaz da *Dušanov zakonik* pod terminom *Zakon svetih otaca* podrazumeva *Nomokanon*, a ne *Sintagmu*, jer jedino *Nomokanon* sadrži osnovnu odredbu o napuštanju pravoslavlja i prelasku u manihejstvo, odnosno jeres. Neizvesno je da li je upućivao i na dopunsku kaznu, budući da su kazne zamenjene u odredbama 39. 33 i 39. 34 *Zakona gradskog*. Ova greška redaktora *Nomokanona*, navodi na zaključak da su i oni u navedenim odredbama suštinski videli jedno isto krivično delo – otpadništvo od pravoslavlja, a ne dva različita dela, koja treba sankcionisati različitim kaznama. Međutim, član 6 *Dušanovog zakonika* ne predviđa da će se pravoslavci koji su prešli u rimokatolicizam odmah kazniti na osnovu *Zakona svetih otaca*. Ostavljena im je mogućnost da se pokaju i vrate pravoslavlju. Kazna je predviđena za one koji bi istrajavali u svom otpadništvu od pravoslavlja. Da li će onaj koji je prešao u rimokatolicizam, lakše odlučiti da se vrati pravoslavnoj veri ako bi mu bilo zaprećeno ograničenjem poslovne sposobnosti ili smrtnom kaznom? Možemo da zaključimo da je *Dušanov zakonik* članom 6 za pravoslavce koji su prešli u rimokatoličanstvo, a odbijaju da se vrate pravoslavlju, upućivao na smrtnu kaznu.

U monografiji *Dušanov zakonik u ruskom ogledalu : prilog uporednoj srpsko-ruskoj pravnoj istoriji iz 2018. godine*, Z. Čvorović je istakao da se pod pojmom *jeretik* podrazumeva rimokatolik laik koji živi među pravoslavcima sa namerom tajnog misionarenja. Pored uporedne analize *Dušanovog zakonika* sa ruskim srednjovekovnim pravom, Z. Čvorović je jezičko-logičkim, sistematskim i ciljnim tumačenjem, te putem analize

6 A. Solovjev je prilikom ukazivanja da se član 6 *Dušanovog zakonika* poziva upravo na ovu odredbu, takođe, zaključio da se ona odnosi i na jeretike i na neznabošce (mnogobošce): „Naravno, car Justinijan nije mogao da predvidi da će doći do šizme 1054. g. i ciljao je na jeretike – maniheje i arijane – ili čak na mnogobošce koji prinose žrtve“ (Solovjev, 1980: 175).

nomotehlike *Zakonika*, kao i upoređivanjem odgovarajućih odredaba *Dušanovog zakonika* i *Zakona o rudnicima* despota Stefana Lazarevića, došao do navedenog zaključka. Jezičko-logičkim tumačenjem utvrdio je da se upotrebom sintagme *heres latinska* u 6. i 7. članu, rimokatolici direktno označavaju kao jeretici (Čvorović, 2018: 24). Sistematika *Zakonika* pokazala je da član 10, zajedno sa članovima 6, 7, 8 i 9, koji se nesporno odnose na *heres latinsku* čini jedinstvenu celinu kojom se reguliše ista pravna materija (Čvorović, 2018: 25). Navedenu grupu članova od 6 do 10 objedinjuje isti *ratio legis*, te oni imaju isti cilj, a to je zaštita pravoslavlja (Čvorović, 2018: 26). Što se tiče nomotehlike, Z. Čvorović veli: „Kazuističnost *Dušanovog zakonika* podrazumeva da su zakonopisci sastavljali norme polazeći od konkretnih slučaja iz prakse, a ne od apstraktnih pravnoteorijskih pojmova... Jednom rečju, kazuističnost *Dušanovog zakonika*, je uslovlila da u njemu ne postoji propis o krivičnom delu heresi uopšte, pa shodno tome, ni izraz jeretik nema u *Zakoniku* uopšteno značenje. Sledstveno, članovi 6–10 *Zakonika* odnose se samo na jednu konkretnu heres – rimokatolicizam (*heres latinska*)“ (Čvorović, 2018: 26). Član 10 *Dušanovog zakonika* uporedio je sa članom 20 *Zakona o rudnicima* despota Stefana Lazarevića koji inkriminiše preobraćanje pravoslavnog u katoličku veru koje je moglo da bude izvršeno ili od „popa latinskog“ ili od „Latina, od građana njihove vere“ (Čvorović, 2018: 35). Rimokatolik laik (misionar) za učinjeno krivično delo kažnjavao je plaćanjem globe od 50 litara, progonstvom i konfiskacijom imovine (Radojčić, 1962: 55–56).

### 3. Jeretik – bogumil ili rimokatolik laik (misionar)?

U ovom delu izvršićemo analizu navedenih mišljenja, te pokušati da ukažemo na nove argumente i dokaze u pogledu značenja pojma *heretik*. Pre svega postavlja se pitanje, zašto je član 10 izazvao toliko poteškoća prilikom njegovog tumačenja? Dva su osnovna razloga. Prvi je, naravno, što u samom članu nije na direktan i izričit način određen pojam *heretika*. Drugi razlog je, što i radnja krivičnog dela nije jasno i izričito određena, odnosno nije konkretizovano u čemu se sastoji društvena opasnost navedenog dela. Naime, ono što je uočljivo iz članova 6–9 jeste da su oni u službi zaštite pravoslavlja od katoličkog prozelitizma (prevođenja pravoslavnih u katoličanstvo), dok je sa druge strane ispovedanje katoličke vere od strane rimokatolika dozvoljeno. To je uočio A. Solovjev: „Katolici uživaju sva prava u Dušanovoj državi: to se odnosi i na strance i na Dušanove podanike... S druge strane, katolicima je zabranjen svaki prozelitizam“ (Solovjev, 1998: 473). Iako

*Zakonik* rimokatolike naziva jereticima ( *heres latinska*), ovde se nazire jedna linija razgraničenja između rimokatolika i pravih jeretika (bogumila). Ona se uočava u odgovoru na pitanje, da li je pripadnost određenoj religiji odnosno jeresi, sama po sebi krivično delo? Kada je u pitanju rimokatolicizam, *Dušanov zakonik* nam prećutno daje odgovor. *Zakonik* zabranjuje rimokatoličku propagandu, ali je pripadnost rimokatoličkoj veri od strane „pravih“ rimokatolika (rimokatolika u njoj rođenih) i njeno ispovedanje u srpskom carstvu bilo dozvoljeno (mada to *Zakonik* izričito ne pominje). To znamo iz razloga što je bilo dosta rimokatolika na teritoriji srpskog carstva (najviše u primorskim gradovima, dubrovačkim kolonijama i saskim rudarskim naseobinama). Sa druge strane, pripadnost bogumilstvu predstavljala je krivično delo. Vizantijsko pravo je pripadanje jeresi tretiralo kao krivično delo. Još je car Justinijan propisao smrtnu kaznu za manihejstvo (heres). Ta odredba je recipirana u potonjim vizantijskim pravnim zbornicima: *Ekloga* (XVII, 52), *Prohiron* (XXXIX, 28), *Vasilike* (27 Bas. I, 1), *Sintagma* Matije Vlastara (A-2)<sup>7</sup>. Budući da je sadrži *Prohiron*, ova odredba je recipirana i u *Zakonopravilu* Svetog Save, jer je *Prohiron* ceo uključen u *Zakonopravilo*, kao tzv. *Zakon gradski*.

Vidimo da se u pogledu kažnjivosti ne može staviti znak jednakosti između rimokatolika i bogumila, odnosno, kako veli A. Solovjev, „pravih jeretika“ (Solovjev, 1998: 473), budući da je sama pripadnost bogumilstvu bila kažnjiva, dok pripadnost rimokatoličanstvu (razume se, od strane „pravih“, u rimokatoličkoj veri rođenih) nije. Zašto onda *Dušanov zakonik* rimokatoličku veru označava kao heres (*heres latinska*)? Postoje dva razloga – politički i pravni. Prvi, politički razlog predstavlja reakciju na ono što se dešavalo u stvarnosti, a to je aktivna rimokatolička propaganda i prevođenje pravoslavnih u rimokatoličku veru. Drugi je pravni razlog. Rimokatolička vera označena je kao heres, kako bi se proširilo dejstvo odredaba *Zakonopravila* (na čiju primenu upućuje *Dušanov zakonik*), koje kažnjavaju napuštanje pravoslavlja i prelaz u neznaboštvo ili heres. Na taj način, prelaz u rimokatoličanstvo izjednačen je sa ovim krivičnim delom. Dakle, bilo da neko iz pravoslavlja pređe u neznaboštvo, heres ili rimokatoličanstvo, postoji uvek isto krivično delo – otpadništvo od pravoslavlja (apostasija), te je i kazna morala biti uvek ista (smrtna kazna). Jedino je za one koji su prešli u rimokatoličanstvo ostavljena mogućnost da se pokaju i vrate pravoslavnoj veri (član 6 *Dušanovog zakonika*). Rimokatoličanstvo je jedino u pogledu navedenog krivičnog

---

<sup>7</sup> Zanimljivo je da su redaktori *Skraćene Sintagme* izbrisali mnoge svetovne zakone o jereticima (Solovjev, 1998: 472).

dela izjednačeno sa jeresi. Pripadnost jeresi je bila krivično delo, dok pripadnost rimokatoličanstvu od strane rimokatolika u toj veri rođenih, nije bila krivično delo.

Većina autora smatrala je da se ovim članom sankcioniše sama pripadnost rimokatoličanstvu, odnosno bogumilstvu. Tako je S. Novaković, sistematskim tumačenjem zaključio da se ovaj član odnosi na rimokatolika. Budući da je smatrao da *Zakonik* sankcioniše samu pripadnost rimokatoličkoj veri, uvideo je da bi se on imao primeniti na sve rimokatolike na teritoriji srpskog carstva. Kako je ovo nelogično, pribegao je nategnutom tumačenju da se ova odredba odnosi na „pravog srpskog građanina“ koji ne sme biti rimokatolik, već jedino pravoslavac. Ovo je s pravom kritikovao A. Solovjev. Međutim, i on je prilikom tumačenja dotičnog člana pošao od toga da se krivično delo sastoji u samoj pripadnosti određenoj religiji, odnosno jeresi, zanemarujući naročite okolnosti dela. Kako je već ustanovio da ovde ne može biti reči o rimokatoliku, a da *Zakonik* u dotičnom članu upotrebljava jedino izraz *jeretik*, nije mu preostalo ništa drugo nego da zaključi da je u pitanju bogumil. Ovakva konstrukcija je na prvi pogled održiva, međutim A. Solovjev ovde nije posvetio dužnu pažnju pojedinim pitanjima. Budući da je sama pripadnost bogumilstvu kažnjiva, zašto se zakonodavac opredelio da ovaj delikt reguliše kazuistički, predviđajući posebne okolnosti (nastanjenost *jeretika* među pravoslavcima, te njegov jatak koji ga taji)? Takođe, ne daje nam ni odgovor na pitanje zašto bogumil uopšte ima interesa da živi, odnosno, kako veli A. Solovjev „da se krije“ među pravoslavcima? Naime, član 10 *Zakonika* reguliše jednu specifičnu situaciju koja nije mogla predstavljati pravilo u stvarnom životu srednjovekovne Srbije. Ta situacija podrazumeva da *jeretik* živi među pravoslavnim stanovništvom, te da je on kao takav pronađen. Dakle, ovaj član je kazuističan. Ako prihvatimo gledište A. Solovjeva, s pravom možemo postaviti pitanje (*argumentum a contrario*), da li su onda bogumili mogli slobodno da ispovedaju svoju jeres na teritoriji srpskog carstva van naselja sa pravoslavnim stanovništvom, ili bi tada bili drugačije kažnjavani? Odgovor je, naravno, negativan. Sada se nameće pitanje zašto *Zakonik* nije sankcionisao bogumilstvo na uopšten način, budući da je za to imao uzora u vizantijskom pravu? Kao što smo rekli, krivičnopravna odredba o pravim jereticima sadržana je u *Zakonopravilu*, a samo kažnjavanje bogumila u praksi srednjovekovne Srbije je bilo dobro poznato<sup>8</sup>, tako da *Dušanov zakonik* nije imao potrebe da ovom krivičnom

---

8 Kralj Stefan Prvovenčani u svom delu *Žitije Sv. Simeona Mirotočivog*, opisuje kako je još veliki župan Stefan Nemanja kažnjavao bogumile: „...jedne popali, druge

delu posvećuje naročitu odredbu<sup>9</sup>, a još manje da reguliše njegov poseban oblik, budući da bi krivična sankcija u svakom slučaju bila ista. *Zakonik* je regulisao nove društvene okolnosti, odnosno propisao odredbe koje su u službi zaštite pravoslavlja od nove opasnosti, pojačanog rimokatoličkog prozelitizma. Ovo se može videti i na sledećem primeru.

N. Selaković primetio je da član 10 *Dušanovog zakonika* predstavlja recepciju iz vizantijskog prava uz modifikaciju kazne. Naime, smrtna kazna za jeretika (koja je, kako veli N. Selaković, „potpuno u du hu vizantijskog prava“), koji bi bio pronađen da živi među pravoslavnima (*Sintagma*: „u grčkom mestu“), zamenjena je znatno blažom kaznom, žigosanjem i progonstvom. Ako prihvatimo tezu da se pod *jeretikom* podrazumeva bogumil, zašto je onda došlo do ublažavanja kazne? Prva mogućnost je da je ova kazna ublažena samo za konkretnu situaciju, kada bi se pronašao bogumil da živi među pravoslavnima, dok bi smrtna kazna važila u svim ostalim slučajevima prema *Sintagmi*, odnosno *Nomokanonu*. Međutim, ovakvo tumačenje nije logično, jer se smrtna kazna izricala bogumilu upravo zbog pripadnosti toj jeresi. Drugo, logičnije objašnjenje je da je kazna ublažena uopšte prema bogumilima. Na taj način derogirane su sve ostale odredbe srpskog zakonodavstva koje predviđaju smrtnu kaznu za jeretike, što u suštini odgovara tumačenju A. Solovjeva. Ipak, ublažavanje kazne prema jereticima, svakako, nije bilo u du hu vizantijskog prava, pa samim tim ni *Dušanovog zakonodavstva*. Ako imamo u vidu da je otpadnike od pravoslavlja iz člana 6 *Zakonika*, koji su prišli rimokatoličanstvu, a koji odbijaju da se vrate pravoslavlju, trebalo kazniti smrtnom kaznom, zar bi onda *Dušanov zakonik* za prave jeretike, bogumile, predvideo blaže kažnjavanje? Iako je ova odredba preuzeta iz vizantijskog prava, njoj je *Dušanov zakonik* dao novi smisao. Ona je poslužila za inkriminaciju nove opasnosti – rimokatoličkog prozelitizma. Do ublažavanja kazne došlo je iz pravopolitičkih razloga, što predstavlja prvu modifikaciju recipirane odredbe. Smrtna kazna za rimokatolika misionara, svakako bi dovela do pogoršanja odnosa sa Rimskom kurijom. Zbog toga je adekvatno zamenjena žigosanjem i progonstvom, kaznom kojom se u potpunosti otklanjala potencijalna opasnost. Druga modifikacija sastoji se u dodatnoj odredbi da treba žigosati i onog ko skriva *jeretika* među pravoslavnima. Dakle,

---

raznim kaznama kazni, treće progna iz države svoje a domove njihove, i sve imanje sakupiv, razda prokaženim i ubogim. Učitelju i načelniku njihovu jezik ureza u grlu njegovu... I na sve strane iskoreni tu prokletu veru, da se i ne pominje nikako u državi njegovoj“ (prir. Pavlović, 2016: 50–51).

9 Interesantno i važno istorijsko pitanje je, da li je i u kojoj meri postojalo bogumilstvo u srpskom carstvu?

rimokatolik misionar mogao je da ima i pomoćnika. Zato je i za njega predviđeno žigosanje.

Na ovom mestu se treba još jednom osvrnuti na tekst člana 10 *Zakonika*. U njemu je navedeno da kad se nađe jeretik da živi među hrišćanima (pravoslavcima), da se žigoše po obrazu i da se progna, te ako bi ga neko tajio, i taj bi bio kažnjen žigosanjem. U pitanju je jedna specifična situacija, jer su rimokatolici u Srbiji (Sasi, Dubrovčani, Kotorani) živeli u svojim gradovima ili kolonijama uživajući autonomiju, dok su Srbi živeli uglavnom u seoskim sredinama (Zarković, 2012: 188, 201, 205), dakle, odvojeno jedni od drugih. Zašto bi neko od rimokatolika onda živeo među pravoslavcima, te eventualno imao još i jataka koji ga skriva? Sada uviđamo da društvena opasnost navedenog krivičnog dela nije u samoj pripadnosti rimokatoličanstvu (kako je to smatrao S. Novaković), odnosno bogumilstvu (kako je to tvrdio A. Solovjev), već u nameri prikrivenog misionarenja, i to od strane rimokatolika laika. Z. Čvorović povodom toga ističe: „...ne može se zanemariti opasnost koja je postojala i od misionarenja rimokatolika laika. U uslovima opšteg nepoverenja u dobre namere papstva, koje je vladalo među pravoslavnim stanovništvom Dušanove države, rimokatoličku prozelitetsku akciju su efikasnije mogli da vode misionari bez vidljivih sveštenečkih obeležja“ (Čvorović, 2018: 34–35).

Namera prikrivenog misionarenja može se dokazati i uporednom analizom članova 9 i 10 *Dušanovog zakonika*, budući da se oba člana odnose na rimokatolika laika. Ono što je odmah uočljivo je da je i za *poluverca* iz člana 9, i za *jeretika* iz člana 10, kao glavna kazna propisano progonstvo. Međutim, dopunske kazne se razlikuju i u tome je ključ za prepoznavanje navedene namere. Kao dopunska kazna za rimokatolika predviđeno je žigosanje po obrazu. Ovo je bila neophodna mera, budući da on ima nameru prikrivenog misionarenja, te da je u tu svrhu verovatno i specijalno obučen. Samo proterivanje ne bi bilo dovoljno, jer je i dalje postojala realna opasnost da se vrati na teritoriju srpskog carstva i da ponovo prikriveno misionari među pravoslavcima. Zato ga je trebalo obeležiti. Žigosanje je vršeno na obrazu, kao vidljivom delu tela.<sup>10</sup> To nam dokazuje da ovaj postupak nije imao za cilj da se okrivljenom nanese telesna povreda u svrhu kažnjavanja, već je to bila mera koja je služila za raspoznavanje. Žigosanje je imalo za cilj da spreči ulazak rimokatolika misionara na teritoriju Srbije. Ako bi kojim slučajem i ušao, njegovo misionarenje ne bi bilo moguće, jer bi on zbog žiga na svom obrazu bio prepoznat od

---

10 Ista kazna (žigosanje) sledila je i onome koji bi ga prikrivao u pravoslavnoj sredini.

strane pravoslavnog stanovništva. Sa druge strane, od rimokatolika iz člana 9 ovakva opasnost ne postoji, jer on i nema nameru misionarenja, te iz tog razloga za njega i nije predviđena kao dopunska kazna žigosanje. Ovde je reč o rimokatoliku („domaćem državljaninu“) koji ima imovinu (*kuću*) i živi na teritoriji Srbije. Njegovo delo se sastoji u tome što je sklopio brak sa pravoslavnom, a pritom ne želi da pređe u pravoslavlje. Zbog toga mu se kao glavna kazna izricalo progonstvo (uz poništaj braka). Dopunska kazna predviđena u ovom slučaju je konfiskacija njegove imovine, i to jednog dela u korist žene i dece, a drugog verovatno u korist države, mada o tome *Zakonik* ništa ne govori. Ovaj rimokatolik nije žigosan, jer on i nema nameru prikrivenog misionarenja, te opasnost da se vrati na teritoriju srpskog carstva sa tom namerom nije postojala. Posle konfiskacije imovine, verovatno više ne bi ni imao interesa za povratak. Postavlja se pitanje zašto onda i za rimokatolika iz člana 10 nije predviđena kao dopunska kazna konfiskacija imovine? Odgovor je u tome, što imovinu na teritoriji Srbije najverovatnije nije ni imao. U najvećem broju slučajeva u pitanju je bio rimokatolik stranac, koji je specijalno obučen i poslat od strane papstva među pravoslavne na teritoriji Srbije radi prikrivenog misionarenja. Naposletku, jasno je zašto *Zakonik* i terminološki pravi razliku između ova dva rimokatolika. U članu 9 za njega je upotrebljen nešto blaži izraz *poluverac*, dok je u članu 10 rimokatolik direktno označen kao *jeretik*. Razlog je njegova zla namera prikrivenog rimokatoličkog misionarenja među pravoslavnim stanovništvom.

#### 4. Zaključak

Pitanje o značenju upotrebljenog termina *jeretik* iz člana 10 *Dušanovog zakonika* u našoj pravnoistorijskoj nauci posle dužeg vremena, ponovo je otvoreno. Mišljenje A. Solovjeva (potom prihvaćeno i od drugih autora) da je *jeretik* člana 10 *Zakonika* bogumil, preovladavalo je sve doskora. Ovaj rad nudi nove dokaze i argumente koji idu u prilog tezi da se pod terminom *jeretik* podrazumeva rimokatolik laik (misionar). Jedan od najvažnijih argumenata nalazi se u odgovoru na prethodno pitanje: na koju kaznu je upućivao član 6 *Dušanovog zakonika*? Utvrdili smo da se na otpadnike u rimokatoličanstvo, a koji ne žele da se vrate u pravoslavlje, imala primeniti smrtna kazna. Zbog toga bi žigosanje po obrazu i proterivanje za prave jeretike, bogumile, predstavljalo izuzetno blagu kaznu. Ovom kaznom zamenjena je smrtna kazna iz recipirane odredbe vizantijskog prava. Do zamene kazne nije došlo usled promene politike i odnosa prema bogumilima, već zato što je trebalo preduprediti



rimokatolički prozelitizam. Da je trebalo ublažiti kaznu za bogumile, redaktori *Dušanovog zakonika* bi to verovatno učinili na uopšten način, a ne recepcijom kazuistične i konkretne pravne norme sadržane u članu 10 *Zakonika*. Tako smo zaključili da se navedena kazna mogla odnositi jedino na rimokatolika laika, koji živi među pravoslavnima (uz to je mogao imati i pomoćnika koji ga krije), sa namerom tajnog misionarenja. Ovu nameru dokazali smo upoređivanjem članova 9 i 10 *Dušanovog zakonika*.

### Literatura/References

Bubalo, Đ. (2010). *Dušanov zakonik*, Beograd.

Zarković, B. (2012). *Trgovi i urbanizacija Srbije krajem srednjeg i početkom novog veka* (dok. disertacija). Beograd.

Katančević, A. (2016). *Delikt rimokatoličkog prozelitizma u srednjovekovnoj Srbiji*. U: Bojović, D. (ur.). *Crkvene studije* 16/2. Niš: Centar za crkvene studije. 559–566.

Novaković, S. (2004). *Zakonik Stefana Dušana cara srpskog 1349. i 1354*. Beograd.

Radojčić, N. (1962). *Zakon o rudnicima despota Stefana Lazarevića*. Beograd.

Sveti Sava, Monah Teodosije, Sveti kralj Stefan Prvovenčani (priredio Miroslav Pavlović, 2016). *Žitija Svetog Simeona i Svetog Save*. Kragujevac.

Selaković, N. (2007). *Dušanov zakonik i pravni transplanti*. Beograd. Solovjev, A. (1980). *Zakonik cara Stefana Dušana 1349. i 1354. godine*. Beograd.

Solovjev, A. (1998). *Istorija slovenskih prava, Zakonodavstvo Stefana Dušana cara Srba i Grka*. Beograd.

Taranovski, T. (2002). *Istorija srpskog prava u Nemanjićkoj državi*. Beograd.

Čvorović, Z. (2018). *Dušanov zakonik u ruskom ogledalu : prilog uporednoj srpsko-ruskoj pravnoj istoriji*. Beograd.

Šarkić, S. (2001). *Le statut juridique des "non-chrétiens" dans le droit médiéval serbe*. U: *La condition des "autres" dans les systèmes juridiques de la méditerranée*. Paris.

**Stefan Stojanović,**

*PhD Student,*

*Faculty of Law, University of Niš*

### ***THE CONCEPT OF A HERETIC IN ARTICLE 10 OF EMPEROR DUŠAN'S CODE***

#### ***Summary***

*Emperor Dušan's Code is the most important legal act of medieval Serbia, which has been the focal point of attention of legal historians to the present day. The latest research has shed more light on the issue of crimes against religion which was believed to have been resolved in science. Legal rules on crimes against religion are provided in Article 10 of Emperor Dušan's Code, which comprises the notion of a heretic, perceived as the perpetrator of this type of crime. In addition to analyzing the legal and historical implications of this article, as well as other articles necessary for its understanding, the author discusses the opinions and standpoints of other authors, and presents his own arguments on the concept of heresy referred to in Article 10 of Dušan's Code.*

**Keywords:** *Emperor Dušan's Code, Serbian medieval law, heretic, crime against religion.*

## ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

### UPUTSTVO AUTORIMA

<b>Opšte napomene</b>	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman</i> ćirilica (Serbian-Cyrillic), (osim originalnih latiničnih navoda), <b>veličina fonta 12 pt</b> , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude <b>A4</b> .
<b>Obim rada</b>	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od <b>40.000 karaktera</b> , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
<b>Jezik i pismo</b>	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemački.
<b>Naslov rada</b>	<b>Naslov rada</b> kucati veličinom fonta <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman Naslov rada priložiti i na engleskom jeziku.
<b>Autor(i)</b>	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
<b>Podaci o projektu ili programu*</b>	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
<b>Podaci o usmenom saopštenju rada*</b>	Ako je rad bio izložen na naučnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili sličnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
<b>Apstrakt</b>	Apstrakt sadrži 100-250 reči.
<b>Ključne reči</b>	Ne više od 10 ključnih reči na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
<b>Napomena o anonimnosti</b>	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slično).
<b>Struktura teksta</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Uvod</li> <li>2. Podnaslov 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Podnaslov 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Podnaslov 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Podnaslov 2</li> <li>4. Zaključak</li> </ol> <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Literatura (References)</b>	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poređati sve jedinice azbučnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da isključe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
<b>Rezime (Summary)</b>	Piše se na kraju teksta posle Literature, dužine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
<b>Tabele, grafikoni, slike</b>	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
<b>Autorska prava</b>	Auori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava.
<b>Dostava radova</b>	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, <a href="http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpfri/index">http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpfri/index</a>

\* Ovi podaci unose se samo u slučaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



## UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

**Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati.** Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevođenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	<b>Prvo citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Naredno citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Analitički Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. (2011). <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11.	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62. 2004.	<b>Fus nota:</b> Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57. 2003.	<b>Fus nota:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] <i>uuu</i> Одлука Уставног суда ІУ-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Preuzeto 15.11.2005. <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ili European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Navođenje u tekstu:</b> (Wallace, 2001)  <b>Fus nota:</b> European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

## ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

### UPUTSTVO AUTORIMA

<b>Opšte napomene</b>	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic)</i> , (osim originalnih latinićnih navoda), <b>velićina fonta 12 pt</b> , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude <b>A4</b> .
<b>Obim rada</b>	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od <b>40.000 karaktera</b> , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
<b>Jezik i pismo</b>	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
<b>Naslov rada</b>	<b>Naslov rada</b> kucati velićinom fonta <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman Naslov rada priložit i na engleskom jeziku.
<b>Autor(i)</b>	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
<b>Podaci o projektu ili programu*</b>	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
<b>Podaci o usmenom saopštenju rada*</b>	Ako je rad bio izložen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
<b>Apstrakt</b>	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
<b>Ključne reći</b>	Ne više od 10 ključnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
<b>Napomena o anonimnosti</b>	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slićno).
<b>Struktura teksta</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Uvod</li> <li>2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Podnaslov 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Podnaslov 2</li> <li>4. Zaključak</li> </ol> <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Literatura (References)</b>	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuće komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
<b>Rezime (Summary)</b>	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
<b>Tabele, grafikoni, slike</b>	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
<b>Autorska prava</b>	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava.
<b>Dostava radova</b>	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, <a href="http://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpfu/index">http://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpfu/index</a>

\* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



## UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

**Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati.** Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevodenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava	<b>Prvo citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Naredno citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004)	<b>Fus nota:</b> Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	<b>Fus nota:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Navođenje u tekstu:</b> (Wallace, 2001)  <b>Fus nota:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

## Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

### GUIDELINES FOR AUTHORS

<b>General notes</b>	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <b>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</b> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
<b>Paper length</b>	The paper shall not exceed 16 pages. <b>An article</b> shall not exceed 40.000 characters (including spaces). <b>A review</b> shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
<b>Language and script</b>	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
<b>Paper Title</b>	<b>The paper title</b> shall be formatted in font <b>Times New Roman</b> , font size <b>14 pt, bold</b> . The title shall be submitted in English as well.
<b>Author(s)</b>	In order to ensure the author's anonymity and preclude bias in the double-blind peer review process, the author's name and surname should not be included in the article submitted for review. The data about the author(s) will be available to the Editorial staff via the Assistant program.
<b>Data on the project or program*(optional)</b>	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
<b>Data on the oral presentation of the paper*(optional)</b>	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
<b>Abstract</b>	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
<b>Key words</b>	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Note on author's identity (anonymity)</b>	In order to ensure the author's anonymity, the text of the submitted article should not include phrases that refer to or reveal the author's identity (e.g. "for more information, see our paper on...." or "my paper titled...", and alike)
<b>Text structure</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Introduction</li> <li>2. Chapter 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Section 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Subsection 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Chapter 2</li> <li>4. Conclusion</li> </ol> <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>References</b>	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <i>Guidelines for Authors</i> .
<b>Summary</b>	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Tables, graphs, figures</b>	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in <b>jpg</b> . format.
<b>Copyright</b>	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded <a href="#">here</a> .
<b>Paper submission</b>	The articles are to be submitted via online editorial management system ASISTENT, <a href="http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index">http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index</a>

\* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

## CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	<b>First in-text citation:</b> (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) <b>A subsequent in-text citation:</b> (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). <i>Chemical and Surgical Castration</i> . In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pr. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). <i>Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher</i> . <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). <i>Meiji constitution</i> . In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	<b>Footnote:</b> Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IU-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	<b>Footnote:</b>  Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IU-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>In-text citation:</b> (Wallace, 2001)  <b>Footnote:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>