
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 85 | ГОДИНА LVIII | 2019

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

№ 85 | YEAR LVIII | 2019

НИШ, 2019.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2019.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Горан Обрадовић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Чланови Редакционог одбора

Др Мартин Белов, редовни професор
Правног факултета, Универзитет
“Климент Охридски” у Софији, Бугарска

Др Серјогин Андреј Викторовић, доцент
Правног факултета Јужног федералног
универзитета, Ростов на Дону, Руска
Федерација

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

Dr Michael Geistlinger, професор
Универзитета, Салцбург, Аустрија

Др Сашо Георгијевски, редовни професор
Правног факултета “Јустинијан Први” у
Скопљу, Република Северна Македонија

Др Марина Димитријевић, редовни
професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Владимир Ђурић, научни сарадник
Института за упоредно право у Београду

Др Гордана Илић-Попов, редовни
професор Правног факултета
Универзитета у Београду

Dr Mustafa Yasan, доцент Правног
факултета, Универзитет “Sakarya”, Турска

Др Тодор Каламатијев, редовни професор
Правног факултета “Јустинијан Први” у
Скопљу, Република Северна Македонија

Др Весна Кнежевић Предић, редовни
професор Факултета политичких наука,
Универзитета у Београду

Др Мирослав Лазић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Златан Мешкић, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у
Зеници, Босна и Херцеговина

Др Душица Миладиновић-Стефановић,
ванредни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Хајрија Мујовић, научник саветник
Института друштвених наука у Београду

Др Драган Николић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Душан Николић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у
Новом Саду

Др Владан Петров, редовни професор
Правног факултета Универзитета у
Београду

Др Невена Петрушић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Дарко Радић, редовни професор
Правног факултета у Бањој Луци,
Република Српска, Босна и Херцеговина

Др Жељко Радић, редовни професор
Правног факултета Свеучилишта у
Сплиту, Хрватска

Др Небојша Раичевић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Дарко Симовић, редовни професор
Криминалистичко-полицијског
Универзитета у Београду

Др Драгољуб Тодић, научни саветник
Института за међународну политику и
привреду у Београду

Др Димитрије Ђеранић, доцент Правног
факултета у Источном Сарајеву,
Република Српска, Босна и Херцеговина

Др Сања Ђопић, виши научни сарадник
Института за криминолошка и
социолошка истраживања у Београду

Секретар Редакционог одбора: Др Марко Димитријевић,
доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

Лектура радова и превод резимеа: Гордана Игњатовић (енглески)

Лектура: Александра Гојковић (српски)

Технички уредник: Ненад Милошевић

Технички уредник онлајн издања: Владимир Благојевић

Штампа: Графика Галеб Ниш

Тираж: 120

Зборник радова Правног факултета у Нишу
под називом Collection of Papers, Faculty of Law, Nis је у пуном тексту доступан
у HeinOnline бази података, EBSCO бази Legal Source, као и у бази Central and Eastern
European Online Library – CEEOL.

ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ Правног факултета Универзитета у Нишу
18 000 Ниш, Трг краља Александра 11, тел. +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
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

САДРЖАЈ / CONTENTS

Уводна реч..... XI

Editor's Introductory Note..... XII

I ЧЛАНЦИ / ARTICLES

У ФОКУСУ / IN FOCUS

Медицинско право

MEDICAL LAW

Miroslav Lazić,

Ivana Simonović,

The Principles of Human Organ Transplantation Procedure.. 15

Начела поступка пресађивања органа.....35

Marija Ampovska

Civil Liability in Medicine in the Legal System

of the Republic of North Macedonia 37

Грађанска одговорност у медицини у правном систему

Републике Македоније.....52

Александра Јовановић,

Србија и економске импликације владавине права..... 55

Serbia and Economic Implications of the Rule of Law 71

Зоран Радивојевић,

Небојша Раичевић,

Накнада трошкова поступка као облик правичног

задовољења у пракси Европског суда за људска права 73

Reimbursement of Costs and Expenses as a form

of Just Satisfaction in the European Court of

Human Rights Case Law 93

Sanja Marjanović, Mirko Živković, Security for Costs in the 1982 PIL Act: the Responsibility of the State for Discrimination?	95
<i>Акторска кауција и ЗРСЗ – одговорност државе за дискриминацију?</i>	<i>118</i>
Мирјана Дреновак-Ивановић, Еколошко право између јавног и приватног права.....	119
<i>Environmental Law between Public Law and Private Law</i>	<i>133</i>
Jowanka Jakubek-Lalik, The Role of Local Self-government in the Polish Constitutional System	135
<i>Улога локалне самоуправе у пољском уставном систему... 151</i>	
Жељко Мирјанић, Заштита личних података запослених у условима кориштења информационих технологија	153
<i>The Use of Information Technologies and Employees' Personal Data Protection</i>	<i>169</i>
Горан Обрадовић, Престанак дужности органа пословођења универзитета и факултета	171
<i>Termination of Offices of Executive Officers of Universities and Faculties.....</i>	<i>183</i>
Nevena Vučković Šahović, Elvir Burazerović, Children's Rights and Animal Welfare	185
<i>Права детета и добробит животиња.....</i>	<i>203</i>
Душица Миладиновић-Стефановић, „Математизовање” одмеравања казне: Ефикасан метод за уједначавање судске казнене политике или неуспели експеримент?	205
<i>Mathematical Sentencing Model in Criminal Justice: An Effective Method for Standardizing the Judicial Penal Policy or an Unsuccessful Experiment?.....</i>	<i>224</i>

Михајло Цветковић,	
Smart уговори: револуција или компликација?	225
<i>Smart Contracts: Revolution or Hurdle?</i>	242
Слободанка Ковачевић Перић,	
Радноправне последице трансродности	243
<i>The Consequences of Transgender Identity in Labour Law</i>	262
Savina Ivanova Mihaylova-Goleminova,	
International Initiatives in the Field of Taxation and European Law	263
<i>Међународне иницијативе у области опорезивања и европског права</i>	274
Robert Grzeszczak,	
Tomasz Klemt,	
Good Regulation and the Principle of Economic Freedom in the case of European Insurance Law	275
<i>Добра регулатива и принцип економске слободе у случају Европског права осигурања</i>	291
Helga Špadina,	
Marina Kalafatić,	
Legal Position and Protection of Whistleblowers in Croatian Law	293
<i>Pravni položaj i zaštita tzv. “zviždača” u radnom pravu</i>	313
Anka Mihajlov Prokopović,	
Marija Vujović,	
Media in the Digital Age: Regulatory Aspects	315
<i>Медију у дигиталном добу: Регулаторни Аспекти</i>	330
Здравко В. Грујић,	
Злочини мржње као специфичан облик криминалног понашања	331
<i>Hate Crimes as a Special Form of Criminal Behavior</i>	349

II РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА / PHD STUDENTS' PAPERS

Андреј Благојевић, Ивана Стојановић,	
Правни и етички аспекти новинарства у Србији: компаративна анализа Закона о јавном информисању и медијима и Кодекса новинара Србије.....	353
<i>Legal and Ethical Aspects of Serbian Journalism: Comparative Analysis of the Public Information and Media Act and the Journalists' Code of Ethics</i>	370
Александра Васић,	
Правни третман клаузуле без оспоравања у уговору о лиценци са аспекта права конкуренције	371
<i>Legal Treatment of No Challenge Clauses in Licence Agreements from the aspect of Competition Law</i>	387
Мирјана Ђукић,	
Недозвољена производња, држање и стављање у промет опојних дрога као облик испољавања организоване криминалне делатности (нормативни и практични аспект)	389
<i>Illicit Production, Possession and Marketing of Narcotics as a form of Organized Crime: Normative and Practical Aspect ...</i>	410
Стефан Стојановић,	
Јеретик из члана 10 Душановог законика.....	411
<i>The Concept of a Heretic in Article 10 of Emperor Dušan's Code.....</i>	426
Упутство за ауторе / Instructions for Authors	427

Уводна реч

Поштовани читаоци,

У фокусу броја 85/2019 Зборника радова Правног факултета у Нишу налазе се два научна рада из области медицинског права у којима су анализирани принципи у поступку трансплатације људских органа, као и цивилна одговорност у области македонског медицинског права. Такође, у броју који се налази пред вама налази се део научних радова који су настали као резултат учешћа на Међународној научној конференцији „Право и мултидисциплинарност“ одржаној 12-13. априла 2019. године на Правном факултету у Нишу који су прошли рецензентски поступак. Сви радови прошли су процес двоструке анонимне рецензије.

У Нишу, фебруар, 2020.

Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

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 medical 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 ЧЛАНЦИ

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

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-24395

UDK: 616-089.843
179

Рад примљен: 12.12.2019.
Рад прихваћен: 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 teachings¹, 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 preju-

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).

discusses 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).² 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).³ Legally speaking, and bearing in mind that it is forbidden to acquire any material benefit by organ transplantation (non-chargeability rule)⁴, transplantation is based on an act of donation⁵ 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).⁶

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 legal⁷ 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.⁸

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).⁹

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.”¹⁰ 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,¹¹ 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.¹²

The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights (2005)¹³ 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 principles¹⁴, 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 (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.).¹⁵

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),¹⁶ 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)¹⁷. 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)¹⁸ was adopted at the 18th 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 19th 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)¹⁹ 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.²⁰ “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)²¹ emphasises 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 34th 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

In Serbia, the principles of medical research are also regulated by the Good Clinical Practice Guidelines in Clinical Research (2017)²² 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)²³ 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 recipients (Art. 4

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-sistem.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>

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 psycho-physical integrity are not only part of European culture and civilisation 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.²⁴ 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).²⁵ 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 civilisation 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.

Eurotransplant²⁶ is a non-governmental organization that coordinates the cross-border exchange of organs for transplantation in the territories of the member

²⁶ 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 utilisation 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 organisationally 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 unac-*

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

ceptable 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;

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=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>

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.

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>;

Geneva Declaration of the World Medical Association (1948), adopted at the 2nd 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/>

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

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

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%20klinikke%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 Oviudu 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-presadivanju-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-presadivanju-ljudskih-organa.html#>

Др Мирослав Лазић,
*Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу*
Др Ивана Симоновић,
*Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу*

НАЧЕЛА ПОСТУПКА ПРЕСАЂИВАЊА ОРГАНА

Резиме

Начела поступка presaђивања органа морају да испуне два захтева: захтев хуманости, на којој почива медицинска делатност, и захтев заштите пацијената и очувања људских и личних права сваког човека - за живота и након његове смрти. У српском праву, за основна начела утврђена су: заштита интереса и достојанства даваоца и примаоца органа; добровољност; медицинска оправданост и безбедност, једнака доступност људских органа. Свако особа са медицински утврђеном потребом и оправданошћу за presaђивањем људског органа, требало би да добије једнаке услове за добијање људског органа.

Кључне речи: *трансплантација, сагласност, етика, начела.*

Marija Ampovska*, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, Goce Delchev University in Shtip,
Republic of North Macedonia

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23577

UDK: 347.51:614.2(497.7)
614.2

Раѓ примљен: 14.10.2019.
Раѓ прихваћен: 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 devises 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 20th 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."*¹

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.nsp(accessed 17.08.2019)

Most of the provisions on health care and services are contained in the Health Protection Act (HPA).² 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-workers³ 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,⁴ 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 (ORA)⁵: “*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) ORA). 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 Закон за заштита на правата на пациентите, (Act on Protection of Patients’ Rights) *Сл. весник на Р Македонија* бр.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 Закон за облигационите односи (Obligation Relations Act), *Сл. весник на Р Македонија* бр. 18 од 5.03.2001 г.

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”⁶, which the author came across in the analyzed case law.⁷

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.⁸ 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 Правилник за имунопрофилактика, хемиопрофилактика, лицата кои подлежат на овие мерки, начинот на изведување и водење на евиденција и документација, *Службен весник на Република Македонија* 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 Кодекс на медицинска деонтологија (Codex of Medical Deontology), Лекарска комора на Македонија, 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 (licence 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) ORA). 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) ORA). 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 employee⁹ with a limitation period of six months, starting from the day the compensation was paid (Article 157 (4) and (5) ORA).

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 ORA).

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-20th 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 answered 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.¹⁰

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.¹¹ 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 tortuous 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 tortuous liability: longer periods of limitation, greater scope, the compensation for non-pecuniary damage through tortuous 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 tortuous 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 tortuous 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.*"¹²

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, стр. 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.*¹³

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” (Галев & Анастасовска, 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.¹⁴

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 crp. 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.”*¹⁵ On the other hand, we have come across a new court decision on a similar case of vaccine-induced damage. In this case¹⁶, 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 (ORA), 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 ORA). The rule on joint liability in the scope of the strict liability is contained in Article 163 (4) of the ORA, 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.”*¹⁷ Within strict liability, there are three bases of exoneration (Article 163 ORA):

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 (ORA).

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."*¹⁸ 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.¹⁹

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, crp. 94.

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

Галев, Г., & Анастасовска, Ј. Д. (2009). *Облигационо право*. Скопје: ЦЕППЕ.

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.nspх

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>

Кодекс на медицинска деонтологија (Codex of Medical Deontology), Лекарска комора на Македонија, (1992), Available at <http://www.lkm.org.mk/mk/zapis.asp?id=278>, (accessed 08.04.2019).

Закон за заштита на правата на пациентите, (Act on Protection of Patients’ Rights), *Сл. весник на Р Македонија* бр.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).

Закон за облигационите односи (Obligation Relations Act), *Сл. весник на Р Македонија* бр. 18 од 5.03.2001 г.

Правилник за имунопрофилакса, хемиопрофилакса, лицата кои подлежат на овие мерки, начинот на изведување и водење на евиденција и документација, *Службен весник на Република Македонија* бр 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

Др Марија Амповска,

Доцент Правног факултета,

Универзитет Гоце Делчев - Штип, Република Северна Македонија

ГРАЂАНСКА ОДГОВОРНОСТ У МЕДИЦИНИ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ

Резиме

Упоредно право указује да се правила о уговорној и вануговорној (одштетној) одговорности, одговорности за лекарску грешку и објективној одговорности, као и одговорности за радње других, могу применити у случајевима одговорности здравствених установа и медицинског особља. Циљ овог рада је да представи постојеће законске одредбе о одговорности у македонском правном систему које се могу применити у случајевима грађанске одговорности у области медицине, да анализира случајеве који укључују различите врсте одговорности и прикаже разлике међу њима. Утврђивање специфичних разлика између различитих врста одговорности неопходно је у процесу одлучивања о томе која правила важе у конкретном случају: правила о уговорној или вануговорној одговорности. Правни однос између пацијента и лекара је првенствено уговорни однос. У овим случајевима, уговор о лечењу је основ права, дужности и обавеза како пацијента тако и лекара. Упоредном праву преовладава примена правила о одговорности за лекарску грешку. Међутим, масовна употреба медицинских уређаја и увођење високе технологије у медицину довеле су до повећане примене објективне одговорности у пракси. У овом раду, аутор настоји да одговори на следећа питања: које од ових тенденција су прихваћене у македонском правном систему, и под којим условима су примењене у законодавству и пракси?

Македонски правни систем не садржи посебна правила о одговорности здравствених установа и медицинског особља за штету насталу приликом

пружања здравствених услуга. Македонско медицинско право је ограничено у погледу броја и обима одредаба о професионалној одговорности лекара и здравствених установа и накнади штете настале услед повреде ових права. У овим случајевима се примењују општа правила одштетног права, садржана у македонском Закону о облигационим односима (ЗОО). Доминантна основа одговорности у овим случајевима је одговорност на основу кривице, која почива на лекарској грешци, као посебном предуслову одговорности. Међутим, према македонској судској пракси, одредбе о објективној одговорности или одговорности без обзира на постојање или непостојање лекарске грешке, такође су признате као основ за одговорност.

Кључне речи: грађанска одговорност у медицини, грешка, објективна одговорност, лекар, пацијент, материјална штета, нематеријална штета.

Др Александра Јовановић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Београду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23418

UDK: 340.131:33(497.11)

33

Рад примљен: 01.10.2019.

Рад прихваћен: 28.10.2019.

СРБИЈА И ЕКОНОМСКЕ ИМПЛИКАЦИЈЕ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА**

Апстракт: *Владавина права има par excellence политичку и правну природу, али и значајне економске импликације због којих је оправдано говорити о економском концепту владавине права. Владавина права је предмет испитивања економске анализе права и институционалне економије, при чему се користе различити методолошки приступи у анализи њене сложене и вишедимензионалне природе. У раду се даје преглед питања и проблема који се појављују у теоријском оквиру повезивања владавине права и економског раста. Такође, у раду се дискутује како различите економске парадигме владавине права утичу на начин изградње владавине права и на могуће импликације тих схватања на економску ефикасност, трансакционе трошкове, предузетништво, специјализацију, инвестиције и економски раст.*

Рад указује на економске последице слабе владавине права у Србији и испитује адекватни теоријски оквир за истраживање везе владавине права и индикатора економског успеха у Србији. Налази домаћих и међународних извештаја о владавини права континуирано упућују на проблем слабе владавине права у Србији. Извештај Европске комисије о напретку Србије 2019, иако похваљује напредак у одређеним областима, још једанпут истиче слабост владавине права. Овакав налаз се односи на поглавља 23 и 24, али и на проблеме успостављања функционалне тржишне привреде, пословног окружења и структурне реформе. Економске импликације се манифестују у инвестицијама недовољним да покрију вишегодишње подинвестирање. Фискални савет РС, такође, упућује на проблем владавине права који је као фундаментални фактор довео до заостајања привредног раста.

Кључне речи: *владавина права, економија владавине права, економски раст, трансакциони трошкови, тржишна привреда, Србија.*

* sanja@ius.bg.ac.rs

**Рад представља истраживање у оквиру научноистраживачког пројекта „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду.

1. Увод

Владавина права има *par excellence* политичку и правну природу, али и значајне економске импликације због којих је оправдано говорити о економском концепту владавине права. Владавина права је предмет испитивања *економске анализе права и институционалне економије*, при чему се користе различити методолошки приступи у анализи њене сложене и вишедимензионалне природе. У раду се даје преглед питања и проблема који се појављују у теоријском оквиру повезивања владавине права и економског раста. Такође, у раду се дискутује како различите економске парадигме владавине права утичу на начин изградње владавине права и на могуће импликације тих схватања на економску ефикасност, трансакционе трошкове, предузетништво, иновације, специјализацију, инвестиције и економски раст. Рад указује на економске последице слабе владавине права у Србији и испитује адекватни теоријски оквир за истраживање везе владавине права и индикатора економског успеха у Србији.

Економија владавине права је настала зато што владавина права има важну економску функцију да, чувајући економску сферу од политичког утицаја, обезбеди политичку, правну и економску стабилност и предвидљивост, које су неопходне претпоставке заштите својинских права. Економска улога владавине права се нарочито огледа у остваривању једнакости свих економских субјеката (независно од облика својине) пред законом, а посебно у ограничењу државе у односу према приватним привредним субјектима, јер тај однос одређује дистрибуцију трошкова и користи. *Економија владавине права* повезује различите компоненте владавине права (квалитет и примена права и регулаторног оквира, судска независност, вероватноћа експропријације, заштита својинских права и извршење уговора) са различитим аспектима економске успешности (ефикасност, економски раст, инвестиције). Постојање бројних компоненти владавине права пред нас поставља методолошко питање њиховог избора и начина њиховог мерења. Оваква истраживања нам објашњавају зашто неке земље имају снажан економски раст, али и зашто, као изузеци, постоје земље које остварују високи раст упркос нарушеној владавини права.

После уводних напомена, рад се у другом делу бави економском релевантношћу владавине права – укључује економски релевантне дефиниције и економску улогу владавине права. Трећи део рада даје преглед теоријско-методолошких тумачења економског концепта владавине права, која имају различите практичне импликације у изградњи владавине права. Четврти део се бави прегледом питања и проблема у вези са концептуализацијом теоријског оквира који испитује везу владавине права и економског раста.

У петом делу су представљене оцене домаћих и међународних извештаја о владавини права у Србији, након којих следе закључна разматрања.

2. Економска релевантност владавине права

Владавина права је постала важна економска тема јер она представља оквир у коме се манифестују индивидуални економски рационални избори и њима одговарајући економски ефекти.

Владавина права је важно јавно добро које нуди држава. Њена функција је да формализује и одржава здраву институционалну структуру привредне делатности. Владавина права има интринсичну вредност, која се исказује кроз заштиту и одбрану политичких и економских слобода из којих извире и кроз које се манифестује и којима даје вредност, али има и инструменталну вредност, јер омогућава остваривање циљева у различитим сферама друштвеног живота. Дакле, владавина права гарантује индивидуалне, укључујући и економске слободе, које су основа тржишних процеса и економског раста. Ефикасне институције, укључујући владавину права, омогућавају тржишту да ограничи предаторство и приватних тржишних субјеката и предаторство државе, успостави поверење и репутацију учесника, да превазилази проблем неизвесности и асиметричних информација, да редукује трансакционе трошкове, да повећа очекивану вредност приноса од инвестиција и као консеквенцу омогући раст и развој економије. Позитивне економске импликације владавине права на економски раст се емпиријски потврђују независно од извора економског раста – акумулације, повећања ефикасности, иновација (Беговић, Јовановић, 2018: 31).

2.1. Економски концепт и економска улога владавине права

Као економски концепт, за сврхе истраживања везе владавине права и индикатора економске успешности, владавина права се може дефинисати у ужем формално-правном смислу као заштита својинских права и уговора, уз деловање независног и ефикасног правосуђа, што ствара правни оквир за предвидљиво пословање. „У ширем, садржинском смислу се владавина права тумачи као уставна заштита индивидуалних права и слобода, укључујући политичка и грађанска права и демократију. Обе дефиниције владавине права, за заступнике слободног тржишта, подразумевају да су супремација закона над арбитрарном влашћу, једнакост пред законом, као и закон и устав, консеквенце индивидуалних права, а не њихов извор“ (Јовановић, 2014а: 261).

Владавина права, пре свега, подразумева ограничење и контролу власти. Поред политичке и правне димензије, владавина права има и економску димензију јер има значајне економске импликације. Економска улога владавине права јесте да разведе економију од политике, односно да искључи супремацију политике над економијом. Ова супремација је кључни разлог правне несигурности инвеститора и губљења њиховог подстицаја да инвестирају. Ограничење и контрола власти се у економској сфери, пре свега, исказују кроз заштиту својинских права и уговора. Правна инфраструктура, заједно са независним правосудним системом који обезбеђује ефикасно решавање спорова, отклања неизвесност, даје предвидљивост и даје подстицаје за предузетништво, иновације и инвестирање. Емпиријска истраживања потврђују снажну корелацију између економских и правосудних институција.

Улога владавине права је да редукује информациону асиметрију и неизвесност, подстакне поверење, правну сигурност, редукује трансакционе трошкове, односно да омогући да правни систем интернализује екстерне трошкове. Супротно, слаба владавина права ствара опортунитетне трошкове због ниже стопе инвестиција и стварања препрека кретању ресурса ка најпрофитабилнијим употребама, као и због непродуктивне употребе ресурса (криминал, корупција). Претходно је последица високих трансакционих трошкова и промене економских подстицаја привредних субјеката.

„Производња“, примена и одржавање владавине права, као важног јавног добра, ствара трошкове, при чему ниво и оптималан однос појединих компоненти владавине права одређују висину трошкова. С друге стране, високи су опортунитетни трошкови непостојања или слабе владавине права. Они се мере нежељеним економским ефектима – пропуштеном ефикасношћу, гушењем предузетништва и специјализације, недовољним инвестицијама, пропуштеним економским растом и развојем. Владавина права је економски значајна јер, чак и онда када не постоји или када је слаба, законито делује на економско понашање, на раст и развој (Hunter, 2017).

3. Теоријско-методолошка тумачења владавине права и њихове практичне импликације

Сложеност и вишедимензионалност концепта владавине права се исказује у избору дефиниције владавине права, у обухвату њених различитих димензија (политичке, правне, економске), различитих компоненти (независност и ефикасност правосуђа, квалитет права и регулаторног

оквира, заштита својине и уговора, вероватноћа експропријације, итд.) и њиховог пондерисања и у избору индикатора којима се мере компоненте владавине права. Такође, сложеност се огледа и у различитим теоријско-методолошким тумачењима владавине права, која доводе до различитих економско-теоријских и практичних импликација. Наиме, главни ток истраживања везе владавине права и индикатора економске успешности заснива економски концепт владавине права на економској ефикасности и сматра да економска ефикасност (и економски раст) представљају најбољи аргумент за изградњу владавине права. Овакво схватање прихвата да је предвидљивост и стабилност правила основа која даје подстицаје индивидуалном одлучивању о инвестицијама. Овако схваћена владавина права (као стабилност и предвидљивост правила) дозвољава различите облике економског интервенционизма укључујући и регулацију (Colombatto, 2011: 133), односно омогућава да држава чак и неоправдано присваја приносе од приватних инвестиција у физички и хумани капитал. Економска ефикасност постаје оправдање за неоправдано присвајање и државну интервенцију, при чему интервенција само случајно може да погоди ефикасно решење. Нагласимо да није сваки економски интервенционизам предаторство државе, јер опорезивањем, на пример, држава нуди јавна добра, укључујући и владавину права. Економска аргументација за успостављање институција владавине права почива на различитим идејама: на неокласичном схватању владавине права, засноване на изградњи регулисаног тржишта којим се умањују трансакциони трошкови (поред ефикасности као циља), на идеји класичног либерализма о владавини права, заснованој на друштвеном уговору који штити индивидуу од државе, на либертаријанском схватању владавине права, заснованом на економским слободама уз деловање ограничене државе и, на крају, на социјалдемократском схватању владавине права, као инструменту за постизање пожељних друштвених циљева путем економског интервенционизма.

Наведени економски аргументи за успостављање владавине права практично-политички имплицирају различите начине изградње владавине права. Ови начини се разликују по мери државне интервенције коју дозвољавају или, другачије речено, преко простора који отварају економским слободама. Практично, чак и протржишно оријентисани неокласични приступ, заснован на схватању да је улога владавине права да повећава ефикасност и редукује трансакционе трошкове, даје аргумент за релативизацију економских слобода које су недељиве од владавине права, па тиме даје и аргумент за релативизацију владавине права. Не треба заборавити да регулација и интервенционизам настају

у процесима рентоносног понашања различитих интересних група и воде редистрибутивним исходима (Јовановић, А. 2014б: 167–168), који, у коначном резултату, умањују економску ефикасност, а владавину права своде на инструмент за постизање ефикасности или неког другог циља. Из претходно наведених тумачења владавине права и њихових практичних импликација, можемо да закључимо да теоријско-методолошки оквир за изградњу владавине права која подржава ефикасну привреду треба да пође од економских слобода и да из њих изводи владавину права, економску ефикасност и раст као циљеве којима тежимо (Јовановић, А. 2014а: 263).

4. Теоријски оквир за испитивање везе владавине права и економског раста: преглед питања и проблема

Последње две деценије обележава експанзија теоријских и емпиријских истраживања о вези владавине права и економског раста. Економија владавине права испитује економске импликације владавине права, при чему се суочава са низом питања – од различитих дефиниција владавине права, њених различитих димензија, спецификација компоненти и индикатора, њиховог пондерисања, трошкова изградње и оптималног нивоа владавине права, као и трошкова непостојања и слабе владавине права.¹

Мултидимензионалност концепта владавине права ствара проблем упоредивости налаза емпиријских истраживања и робусности резултата добијених коришћењем различитих компоненти. Ипак, истраживања потврђују комплементарну природу и повезаност различитих димензија/компоненти владавине права, али и особеност појединих димензија/компоненти у погледу њиховог утицаја на економски раст. На пример, иако постоји повезаност индикатора својинских права, ограничења државе и корупције, степен њихове повезаности се разликује зависно од узорка земаља одабраних према економској развијености (Haggard, Brashear Tiede, 2011).

Бројна истраживања – теоријска и емпиријска – и њихови налази упућују да је потребно да се у одговарајућем теоријском оквиру специфицирају појединачне компоненте владавине права како би се боље објаснио механизам деловања владавине права на економски раст, а на основу којих се могу упутити економско-политичке препоруке. Управо се експанзија интересовања за економску димензију владавине права развила у правцу специфицирања њених појединачних компоненти које су послужиле за емпиријска истраживања и формулисање економске политике.

1 Проблем представља и субјективност у оцени индикатора од стране експерата, инвеститора и грађана.

Такође, неопходан је мултидисциплинарни приступ, посебно у испитивању односа политичких и економских институција, као и улоге порекла правног система у креирању здравих економских институција које подржавају предузетништво и инвестиције. Економска литература се крајем XX и почетком XXI века бавила питањем економске супериорности англосаксонског у односу на континентално право (и владавину права) (Јовановић, 2013: 196–204), а нарочито питањем супериорности англосаксонског права у вези са развојем финансијских тржишта. Новије студије не налазе да *common law* боље подржава економски развој у односу на систем континенталног права, али потврђују да *common law* јесте заснован на односу индивидуе и владе/власти који је оријентисан на решавање проблема захваљујући чему подстиче предузетништво и економски раст (Nedzel, 2018). У емпиријској литератури су највише испитивани односи владавине права и развоја финансијских тржишта, при чему налази потврђују позитивну и сигнификантну везу владавине права и развоја тржишта капитала (Dima, Barna, Nachescu, 2018).

Посебну тему *економије владавине права* представља корелација индикатора економске успешности са владавином права с обзиром на формални и неформални концепт владавине права. Наиме, непримењивање формалних правила доводи до корупције и разних облика државне заштите „одабраних“ привредних субјеката, што у великој мери може да подрива владавину права и да доведе до редуковања економске ефикасности и раста. Квалитет економске политике и других јавних политика управо зависи од јаза који постоји између формалних правила и степена њихове примене, као и од утицаја који на овај јаз имају неформална правила (обичаји и друштвене праксе економских и политичких актера). Најважније за економски раст, у вези са односом формалних и неформалних правила, јесте питање примене формалних правила, односно питање одступања нормативног од стварног, што је последица такозваног „меког правног ограничења“.² Дакле, економија владавине права потврђује да је важнија примена права него квалитет права, односно да је *de facto* владавина права значајнија од *de iure* владавине права. Зато правна хармонизација и увођење економски здравих институција (правила), које подржавају економску ефикасност, није само техничко питање. То није довољан услов за економски раст, јер је и доследна примена права потребан услов економског раста.

2 Бихевиористичка економија испитује индивидуално понашање економских актера с обзиром на несклад формалних и неформалних институција.

Владавина права и њена веза са економским растом се најчешће смешта у методолошки оквир школе својинских права. Испитује се, наиме, корелација између економског раста и уставног и законског ограничења власти уз независно судство, који спречавају предаторство државе и омогућавају економске слободе. Такође, веза владавине права и економског раста се испитује и у другом теоријском оквиру – који полази од слабе државе која не може да одржи правни поредак што ограничава економски раст.

У условима глобализоване економије, владавина права демонстрира снажну корелацију са економским растом (Lisitsyn-Svetlanov, Mal'ko, Afanas'ev, 2018) и може да објасни међудржавне разлике у економској развијености. Један број истраживања настоји да објасни како је могуће да неке земље, попут Кине, остварују високе стопе економског раста у условима слабе/непостојеће владавине права. Неки аутори виде објашњење економског раста Кине у специфичном политичком фокусу владе на правни систем који подржава национални економски просперитет и неутралише диференциране интересе у друштву. Претходни механизам схватају као супституцију владавине права и начин да обезбеде легитимизацију власти (Mazur, Ursu, 2017). Такође, и друга истраживања налазе да кинеско искуство не води закључку да су институције и владавина права неважни за економски развој (Dam, 2006). Економски раст и развој се могу привремено остварити и уз слабу/непостојећу владавину права, захваљујући социјалним структурама – породичне и пријатељске везе – које могу успоставити поверење независно од владавине права или захваљујући централизованом управљању (Bifford, 2006). Занимљиво је да налази емпиријских истраживања показују да је веза владавине права и економског раста снажнија у економски развијеним земљама него у земљама у развоју (Ozpolat, Guven, Ozsoy, Bahar, 2016).

4.1. Политичке и економске институције и владавина права

Снажна је и сложена веза владавине права и економског раста. За ову везу је посебно важно питање политичких институција које подржавају владавину права као неопходни стуб економског раста. Тржишна економија захтева јасна, стабилна и предвидљива правила за пословање, као и политичку одговорност уз ниску корупцију. Дакле, она почива на економским слободама, здравим институцијама (политичким и економским правилима игре), укључујући и владавину права.

Суштинско обележје владавине права је политичка и правна идеја о ограничењу власти како би се ограничило рентоносно понашање. Наиме, проблем заштите својинских права и уговора је у економској литератури

најчешће повезан са ограничењем власти и независношћу правосуђа, а предаторство јавног сектора се види као кључни фактор који делује на смањење економског раста. Зато је важно испитати везу политичких институција и начина практично-политичке операционализације концепта владавине права. У друштву без владавине права, предаторство (од стране приватног или јавног сектора) у смислу експропријације приноса од инвестирања постаје некажњено понашање, које редукује подстицаје економских субјеката да инвестирају, па тиме редукује и економски раст. Предузетништво и економска активност тада постају неисплативи. Стварају се специјалне интересне групе које овладавају државом и које, бранећи своје привилегије, не допуштају институционалне промене.

Политичке институције (правила игре), као манифестација друштвених интересних група, по неким ауторима, имају имају преовлађујући значај за изградњу економских институција, дакле и за економски просперитет. У том смислу, изградња владавине права постаје стално присутан задатак демократске власти која гради инклузивне економске институције конкурентске привреде, тако да спречава предаторство, односно спречава редистрибуцију приноса од инвестиција у корист привилегованих интересних група (Acemoglu, Robinson, 2012).

Владавина права се гради структурним реформама, односно реформама које одређују начин на који држава интервенише у економској сфери. Оне подразумевају подршку тржишној оријентацији привреде. У овом процесу је значајна улога политичких институција које подршком здравом правном и регулаторном оквиру и „чврстом правном ограничењу“ омогућавају одвајање политике од економије, тако да економске институције подстакну поверење између економских субјеката и државе и економских субјеката међусобно, да смањују ризик и да смањују трансакционе трошкове (смањење корупције и рентносног понашања, односно понашања којим се заобилазе правила) како би се повећао ниво инвестиција и економски раст. Супротно, непродуктивно трошење (високе субвенције које дискриминишу инвеститоре, непродуктивно запошљавање, неефикасности јавних предузећа, итд.) се редукује.

5. Србија и економске импликације владавине права

Упркос декларативном опредељењу и формалном усвајању принципа владавине права и упркос институционалним побољшањима, међународни и домаћи извештаји и истраживањазакључују да је у Србији слаба владавина права. Ова констатација стоји независно од концептуалног дефинисања димензија и аспеката владавине права (у различитим извештајима и

студијама), и независно од одабира индикатора за њену квантификацију и корелирање са економским растом и другим индикаторима економске успешности.

Оцене о економским импликацијама владавине права у Србији и свету које налазимо у домаћим и страним извештајима наглашавају недовољне стопе инвестиција услед проблема слабе заштите својинских права и уговора, услед проблема у раду правосудних институција, нејасних регулаторних правила, нестабилног пословног окружења (трајање процедура и обимна администрација за пословне дозволе), недоследне примене права (пореска амнестија), лошег управљања јавним предузећима, неререформисане државне администрације, високих субвенција и пореза и друго.

5.1. Фискални савет Србије: трошак слабе владавине права

Економетријски налази Фискалног савета Републике Србије показују да је одступање стварне од потенцијалне стопе привредног раста Србије корелирано са slabим институцијама, и то пре свега са slabом владавином права и корупцијом, ниским инвестицијама и лошим квалитетом образовног система (Петровић, Брчеревећ, Глигорић, 2019: 2).³ Недовољан ниво инвестирања, посебно приватних инвестиција је, према налазима студије, настао услед слабе владавине права и високе корупције. Аутори закључују да један процентни поен заостајања стварног од потенцијалног раста може да се објасни фундаменталним разлозима – slabом владавином права и високом корупцијом, а други део заостајања може да се објасни ниским инвестицијама и квалитетом образовног система. У поређењу са земљама Централне и Источне Европе, БДП по становнику Србије је са 62%, почетком деценије, пао на мање од 55% просека ЦИЕ у 2017. години, односно трећину развијених земаља Западне Европе. Економетријски налази показују да је утицај пословног амбијента, владавине права и корупције на величину приватних инвестиција на узорку земаља ЕУ статистички значајан, односно владавина права директно утиче на привредни раст и додатно убрзава економски раст путем утицаја на повећање приватних инвестиција (Петровић et al., 2019: 4). „Резултат који смо добили веома је индикативан јер указује на то да су смањење корупције и повећање нивоа владавине права фундаменталан канал преко ког Влада може да утиче на убрзање привредног раста“ (Петровић et al., 2019: 18).

Међународни извештаји и студије, такође, потврђују слабу владавину права у Србији, нарочито у поређењу са ЕУ просеком, са суседним

³ Аутори закључују да привреда Србије расте по стопи нешто већој од 3% уместо потенцијалних 5%.

земљама – Бугарском, Мађарском Румунијом и Хрватском и у односу на неке земље Западног Балкана.⁴ Реч је о извештајима који на годишњем нивоу квантификују институционални напредак, користе различиту методологију и различите многобројне индикаторе којима апроксимирају и мере владавину права (и друге институционалне карактеристике) у свету и Србији и повезују их, директно или индиректно, са индикаторима економског успеха.

Независно од изабраних индикатора владавине права и методолошких проблема у вези са избором индикатора, наведене студије Србију компаративно сврставају у земље са слабом владавином права (Беговић, Јовановић, 2014: 36–40).

5.2. ЕУ Извештај о напретку Србије

Комисија ЕУ предузима мере снажења владавине права јер је владавина права једно од битних вредносних и идентитетских обележја на којима почива ЕУ. Изазови владавине права са којима се последњих година суочава ЕУ су довели до иницијативе која се ослања на три стуба: промоцији културе владавине права, превенцији могућих проблема и ефикасном реаговању на кршење владавине права.⁵

Годишњим извештајима о напретку Србије, Комисија ЕУ прати испуњавање политичких, економских и критеријума правне хармонизације за ЕУ придруживање Србије. Оцене у претходним, па и последњем Извештају о напретку Србије из 2019. године, показују да Србија остварује напредак, али Комисија у погледу кључне оцене о владавини права указује на слабост различитих димензија и компоненти владавине права, повезујући их са различитим критеријумима (политичким, правним, економским)

4 Оцена владавине права се може пратити и у следећим извештајима:

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

World Bank Group. Doing Business. Преузето 15. 09. 2019. https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf.

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

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

5 Eurobarometer анкета показује да више од 80% ЕУ грађана приписује велики значај владавини права и потреби да се унапреди. European Commission. Strengthening the Rule of Law Through Increased Awareness, Annual Monitoring Cycle and More Effective Enforcement. Преузето 17. 06. 2019. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4169.

приступања⁶. Тако, без претензија да наведем све димензије и њихове компоненте које се директно или индиректно могу подвести под владавину права, наводим само неке. Примера ради, политичка димензија владавине права може да се посматра на основу следећих оцена из Извештаја: проблем постојања услова за фер и слободне изборе, проблем законодавне дебате и парламентарног надзора над извршном влашћу, што нарушава принцип поделе власти, проблем реформе јавне администрације и политичког утицаја на постављање званичника, проблем управљања јавним финансијама итд. Затим, судски систем, по оцени из Извештаја, показује прогрес који је видљив у редукцији старих предмета извршења и у наставку примене мера за хармонизацију судске праксе. Према подацима Врховног касационог суда, у Србији је на крају 2018. године било нерешено 1.701.580 предмета, од којих је 194.864 (плус 40 у Привредном апелационом суду и 216 у привредним судовима) било старије од десет година (Република Србија Врховни касациони суд, 2019: 12 и 27). Иако се наводи да је у току процес уставних промена којима би се увели ЕУ стандарди за правосудни систем и избор судија и тужилаца, закључак је: „Тренутно, простор за политички утицај остаје предмет забринутости“ (EU Commission, 2019: 3). Ограничени су и резултати антикорупцијских реформи, па су и они предмет забринутости јер нема њиховог мерљивог ефекта. Закључак је да корупција значајна у многим областима. Економски део кривичног законодавства се гради, али проблем је у његовој примени, односно у малом броју изречених осуђујућих пресуда.

Као и сваке године, у односу на економске критеријуме, Извештај приписује Србији умерен прогрес и умерену припремљеност за развијање функционалне тржишне привреде, а што се тиче владавине права оцена је следећа: „Држава задржава снажан траг у економији и приватни сектор је неразвијен и оптерећен слабом владавином права и применом фер конкуренције“ (EU Commission, 2019: 4). Оцењује се да је инфлација обуздана, похваљује се фискална консолидација и стабилност финансијског сектора, констатује се да је деловање тржишта рада побољшано, да споро напредују структурне реформе јавне администрације и државних предузећа, што продужава дугорочне неефикасности, и да се споро мењају слабе стране управљања буџетом. Србија је умерено припремљена за конкурентске притиске и тржишне снаге у ЕУ, а економска интеграција са ЕУ остаје

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. Преузето 30. 06. 2019. <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20190529-serbia-report.pdf>.

висока. Инвестиције расту, али су после вишегодишњег подинвестирања недовољне да покрију инвестиционо заостајање. Бројна су искушења за средњи и мали бизнис, укључујући нестално пословно окружење и нефер конкуренцију. Извештај наглашава и проблем државне помоћи, што се поклапа са оценом привредника да државне субвенције највише привлаче страни капитал.⁷

6. Закључна разматрања

Уобичајено закључујемо да су потребна нова теоријска истраживања која доприносе концептуалној јасноћи и спецификацији владавине права, као и нова емпиријска истраживања која додатно објашњавају механизам успостављања везе владавине права и економског раста.

Владавина права је интегрални концепт који у правним, политичким и економским истраживањима добија све више простора због свог значаја за обликовање нашег социјалног, политичког и економског живота. Постојање важних економских импликација владавине права, ставља владавину права у фокус истраживања различитих економских школа. Економске школе (класични либерализам, неолиберализам и либертаријанизам, економија благостања) различито тумаче владавину права и препоручују различите начине за изградњу владавине права, па и некритички концептуализују идеју владавине права, тако да је могуће да постане инструмент за постизање било каквог, па и нежељеног, циља, и да пре свега уруши економске слободе и са њима тржиште. Из наведених тумачења владавине права и њихових практичних импликација, можемо да закључимо да теоријско-методолошки оквир за изградњу владавине права која подржава ефикасну привреду треба да пође од економских слобода и да из њих изводи владавину права, економску ефикасност и раст.

Владавина права се гради структурним реформама, односно реформама које одређују начин на који држава интервенише у економској сфери, и које подразумевају подршку тржишној оријентацији привреде. У овом процесу је значајна улога политичких институција, које подршком здравом правном и регулаторном оквиру и „чврстом правном ограничењу“ омогућавају одвајање политике од економије, тако да економске институције подстакну

⁷ У Министарству привреде, позивајући се на анализу ефеката субвенција кроз висину наплаћених пореза и доприноса и других јавних прихода, број нових радних места, ангажовање домаћих добављача и кретање извоза, тврде да нетржишна мера субвенционирања страних инвеститора представља економску категорију. Субвенционирање не може бити замена за здраво пословно окружење које привлачи и домаће и стране инвестиције. Преузето 22. 07. 2019. <https://www.blic.rs/biznis/vesti/svakog-meseca-300-miliona-evra-strani-investitori-u-srbiju-dolaze-zbog-ovih-osam/kbt1qfv>.

поверење између економских субјеката и државе и економских субјеката међусобно, да смањују ризик и да смањују трансакционе трошкове (смањење корупције и рентоносног понашања, односно понашања којим се заобилазе правила), како би се повећао ниво инвестиција и економски раст. Супротно, непродуктивно трошење (високе субвенције које дискриминишу инвеститоре, непродуктивно запошљавање, неефикасности јавних предузећа, итд.) се редукује.

Налази домаћих и међународних извештаја о владавини права континуирано упућују на проблем слабе владавине права у Србији. Извештај Европске комисије о напретку Србије 2019, иако похваљује напредак у одређеним областима, још једанпут истиче слабост владавине права. Овакав налаз се односи на поглавља 23 и 24, али и на проблеме успостављања функционалне тржишне привреде, пословног окружења и структурне реформе. Фискални савет РС, такође, упућује на проблем владавине права, који је као фундаментални фактор, према економетријском истраживању, довео до заостајања привредног раста.

Литература/References

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

Беговић, Б., Јовановић, А. (2018). Институције и привредни раст – поглед из правноекономског угла, Прашчевић, А. (Прир.). *Економска политика Србије у 2018. години – Квалитет институција и економски раст*. Београд: Економски факултет Универзитета у Београду. 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

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. Преузето 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. Преузето 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}. Преузето 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*. Преузето 17. 06. 2019. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4169

Јовановић, А. (2014а). Проблем транзиције у Србији: Правна сигурност и владавина права у одбрани тржишног решења и економских слобода, У Васић, Р. (Прир.). *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, 257–271.

Јовановић, А. (2014б). Владавина тржишта, владавина права и (анти) либерализам. У Вукотић. В. (Прир.). *(Анти)либерализам и економија*. Београд: Институт друштвених наука – Центар за економска истраживања, Београд. 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. Преузето 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). Преузето 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. Преузето 25. 03. 2019. 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. Преузето 25. 12. 2019. <file:///C:/Users/Pravni/AppData/Local/Temp/9778-32655-1-SM.pdf>

Петровић, П., Брчеревић, Д., Глигорић, М. (2019). *Зашто привредни раст Србије заостаје?*. Радни документ 19/01, Београд: Фискални савет Србије. Преузето 20. 05. 2019. <http://www.fiskalnisavet.rs/doc/istrazivacki-radovi/>

FS-Radni-dokument-2019-01.pdf Преузето 22. 07. 2019. <https://www.blic.rs/biznis/vesti/svakog-meseca-300-miliona-evra-strani-investitori-u-srbiju-dolaze-zbog-ovih-osam/kbt1qfv>

Република Србија Врховни касациони суд. *Годишњи извештај о раду судова у Републици Србији за 2018. годину.* (2019). Београд: Преузето 18. 06. 2019. <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Godisnji%20izvestaj%20o%20radu%20sudova%202018.pdf>

Fraser Institute. *Economic Freedom of the World.* Преузето 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. Повучено 25. 12. 2018. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0305750X10002317?via%3Dihub>

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

Hunter, B. (2017). Why the Rule of Law Matters, Even If It Doesn't Exist?. Преузето 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.* Преузето 15. 09. 2019. https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf

World Bank Group. *World Governance Indicators.* Преузето 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.

Др Зоран Радивојевић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу
Др Небојша Раичевић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpf0-24270

UDK: 347.9:341.645(4)
341.231.14(4)

Рад примљен: 02.12.2019.
Рад прихваћен: 28.12.2019.

НАКНАДА ТРОШКОВА ПОСТУПКА КАО ОБЛИК ПРАВИЧНОГ ЗАДОВОЉЕЊА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

Апстракт: Накнада трошкова које је подносилац имао водећи поступке представља посебан облик правичног задовољења који није изричито предвиђен у чл. 41 Европске конвенције о људским правима. Надокнађују се како трошкови које је подносилац представке имао пред домаћим органима, тако и они у поступку пред самим Европским судом за људска права. Бесплатна правна помоћ за покривање трошкова даје се уколико је то неопходно за правилно вођење поступка и ако подносилац представке нема довољно средстава да их плати. Кроз судску праксу установљена су четири услова који се морају кумулативно испунити да би трошкови били рефундирани, и то: да су настали у вези са повредом Конвенције; да су стварно учињени; да су нужни; и да су разумни у погледу висине. Суд досуђује накнаду трошкова на захтев апликанта и то уколико је он поткрепљен валидним доказима. О поднетом захтеву Суд може одлучити у главној пресуди о суштини спора или га одложити и решити у посебној пресуди.

Кључне речи: трошкови поступка, Европски суд за људска права, Европска конвенција о људским правима, накнада, правично задовољење, бесплатна правна помоћ.

* zoranr@prafak.ni.ac.rs

* raicko@prafak.ni.ac.rs

** Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору”, бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Увод

Чл. 41 (ex чл. 50) Европске конвенције о људским правима (ЕКЉП или Конвенција) предвидео је могућност да Суд пружи правично задовољење оштећеној страни уколико је утврђено кршење Конвенције, а унутрашње право омогућава само делимичну одштету. Наведени члан није прецизирао облике правичног задовољења, али га је Европски суд за људска права (ЕСЉП или Суд) у пракси досуђивао по три основа: накнада материјалне штете, накнада нематеријалне штете и накнада трошкова поступка.

Предмет анализе у овом раду је накнада трошкова поступка као посебан облик правичног задовољења. Судски трошкови су у неким споровима износили неколико десетина, па чак и више стотина хиљада евра, због чега је веома важно познавати праксу коју Суд следи приликом одлучивања о накнади тих трошкова.

У првом делу рада даје се приказ врста трошкова које ЕСЉП надокнађује и указује на принципе које ЕСЉП примењује приликом одлучивања о њиховој накнади. Наредни део посвећен је бесплатној правној помоћи за покривање трошкова поступка пред ЕСЉП. Том приликом се појашњавају услови за добијање те помоћи, категорије трошкова које она покрива, као и слабости постојећег система бесплатне правне помоћи. У трећем делу рада анализирају се услови за накнаду трошкова поступка, који су специфични у односу на друга два вида правичног задовољења. На крају рада пажња се усмерава на процедуру за накнаду трошкова поступка.

2. Трошкови поступка који се надокнађају

Судски и други трошкови које је подносилац представке имао водећи поступке представљају вид материјалне штете претрпљене на имовинским добрима. Међутим, имајући у виду чињеницу да их је Суд увек разматрао одвојено од надокнаде материјалне и нематеријалне штете, они се сматрају посебним и самосталним обликом правичног задовољења из чл. 41 Конвенције.

Већ у првој пресуди из 1974. године, којом је досудио надокнаду трошкова поступка, Суд је истакао да „треба раздвојити штету проузроковану повредом Конвенције и неопходне трошкове којима се подносилац представке изложио како би спречио ту повреду”.¹ Разлика се састоји у томе што трошкови не представљају штету непосредно произашлу из кршења Конвенције, већ резултат напора жртве да спречи повреду или обезбеди накнаду због догађаја за који је утврђено да представља

1 Neumeister v. Austria [1998], §43.

повреду Конвенције. Отуда се накнада трошкова поступка досуђује не због постојања штете, већ кршења Конвенције у које је умешана држава уговорница, а које је установио Суд (Ichim, 2015: 145). Друга разлика у односу на штету, поготово њен нематеријални вид, огледа се у томе што трошкови поступка увек и искључиво представљају финансијски терет за подносиоца представке. Због тога се трошкови поступка не могу покрити констатацијом да сама повреда Конвенције у довољној мери представља правично задовољење, а без додељивања било какве новчане накнаде. Као што је Суд рекао „тешко је замислити да би утврђивање повреде само по себи могло да представља правично задовољење у погледу трошкова“².

Трошкови поступка се не досуђују аутоматски,³ већ једино уколико апликант поднесе такав захтев. У том погледу став Суда је да: „оштећена страна нема овлашћење на надокнаду својих трошкова као право“⁴ пошто се „правична надокнада додељује када је то неопходно“.⁵

Накнада која се досуђује односи се како на трошкове које је подносилац представке имао водећи поступке пред домаћим органима, тако и оне у поступку пред самим ЕСЉП. Суд је то јасно истакао у неким својим ранијим пресудама где се каже „да би на основу чл. 50 (сада чл. 41, прим. аутора) имала право на надокнаду трошкова поступка, оштећена страна мора да је те трошкове претрпела у тражењу спречавања повреде или одштете кроз домаћи правни поредак... а касније и пред Судом“.⁶

Трошкови поступка на националном плану се надокнађују због тога што је процедура исцрпљења унутрашњих правних лекова неопходна претпоставка за обраћање ЕСЉП (Shelton, 2015: 425). Надокнада домаћих трошкова може обухватити различите ставке: хонорар и трошкове адвоката, судске таксе, трошкове вештачења, поштарину, трошкове фотокопирања и куцања, трошкове телефона, факса и електронске комуникације, путне трошкове и смештај ако је седиште домаћег органа у другом граду, као и евентуално трошкове превода (Raičević, 2005: 170).

2 Sunday Times v. UK [1980], §16.

3 President of the ECtHR, Practice Direction – Just Satisfaction Claims, 28. 03. 2007 (даље: Практично упутство) §1.

4 Sunday Times v. UK [1980], §27–28.

5 То јасно произилази и текста чл. 41 Конвенције у коме се каже да Суд додељује правично задовољење само ако је то неопходно (енгл. *if necessary*).

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

С друге стране, поступак пред Судом је бесплатан јер се не плаћа никава посебна такса или накнада за подношење представке.⁷ Све административне трошкове Суда сноси Савет Европе⁸. Међутим, Суд може обавезати подносиоца представке да унапред плати трошкове за извођење различитих доказа (сведоци, вештаци)⁹.

Највећи део трошкова поступка пред ЕСЉП који се надокнађују отпада на хонорар и трошкове заступања од стране адвоката. Њима, затим, треба придодати трошкове превођења на службене језике Суда ако је у поступку одобрена употреба језика неке друге државе уговорнице.¹⁰ Овде спадају трошкови путовања и смештаја у Стразбуру који могу бити надокнађени у случају одржавања усмене расправе (Ichim, 2015: 148). Суд, такође, може наложити накнаду трошкова које је подносилац представке имао у вези са покушајем закључења пријатељског поравнања, као и трошкове које је морао да сноси у поступку који се води поводом досуђења правичног задовољења.¹¹

У погледу досуђивања накнаде трошкова поступка пред ЕСЉП не примењује се принцип „успеха у спору” који обавезује страну која изгуби парницу да плати трошкове противној страни (Jakšić, 2006: 474). Према томе, подносилац представке која није прихваћена или је избрисана са листе случајева пред Судом није у обавези да плати трошкове поступка држави против које је поднео представку. Пословник изричито предвиђа да трошкови поступка падају на терет Суда у случају брисања представке са листе предмета.¹² Исти је случај уколико подносилац повуче представку или ако је Суд решавајући у меритуму огласи неоснованом јер није утврдио да постоји повреда Конвенције. Овакво решење у погледу сношења трошкова поступка сматра се веома важним охрабрењем за подносиоце представке да се обраћају Суду (Пауновић, Царић, 2007: 75)

Кад је реч о међудржавним споровима, важи принцип да свака странка сноси своје трошкове (Поповић, 2012: 149). Сагласно том начелу чак ни

7 Треба рећи да је разматрана могућност плаћања судске таксе или полагања обавезног депозита приликом обраћања ЕСЉП. Циљ тих мера био је смањење броја неприхватљивих представки, али се од њих одустало јер би великом броју жртава отежале приступ Суду (Committee of Experts on the Reform of the Court, DH-GDR(2010)008 Addendum I, 07. 05. 2010).

8 Чл. 50 Конвенције.

9 Правило А 5, ст. 6 Анекса Пословника Суда (Rules of Court, 9 September 2019).

10 Правило 34, ст. 4 Пословника.

11 Brozicek v. Italy [1989], §20.

12 Правило 43, ст. 4 Пословника.

држава која је успела у спору нема право да од супротне стране тражи накнаду трошкова поступка.

3. Бесплатна правна помоћ за покривање трошкова поступка

Као што се могло запазити, поступак пред ЕСЉП изискује значајне трошкове. У погледу могућности њиховог покривања појединци и државе нису у једнаком положају. За државе није превелики издатак да обезбеде средства за вођење поступка, а на располагању имају и читаву државну администрацију која им пружа помоћ током поступка. Насупрот томе, подносиоци представке често не располажу средствима за плаћање заступника и за покривање других трошкова које поступак намеће. Како би се тај несклад донекле ублажио, у европски систем заштите људских права уведен је институт бесплатне правне помоћи¹³, „јер је постало јасно да непостојање бесплатне правне помоћи за особе које желе да изнесу проблем у Стразбур, али немају довољно средстава да плате трошкове настале у поступку пред европским органима, може озбиљно нарушити интегритет Конвенције” (Harris, Gomien, Zwaak, 1996: 52). Бесплатна правна помоћ подносиоцима представки пред ЕСЉП исплаћује из буџета Савета Европе.

Сама Конвенција не регулише пружање бесплатне правне помоћи, већ је та проблематика уређена Пословником Суда (правила 105–110). Додатна појашњења појединих правила из Пословника садржана су у Практичном упутству и бројним пресудама Суда у којима се бавио тим питањем.

Према правилу 105 Пословника, бесплатну правну помоћ одобрава председник већа пред којим се води поступак. Он то чини на основу писаног захтева апликанта или по службеној дужности (*ex officio*). Подносилац представке може добити правну помоћ тек од момента када ЕСЉП прими писано изјашњење државе о прихватљивости представке или истеком рока за његово подношење.¹⁴ Сврха оваквог правила је да се избегне давање правне помоћи и трошење буџетских средстава Савета Европе у ситуацијама где су представке неприхватљиве или очигледно неосноване (Ichim, 2015: 154).

Бесплатна правна помоћ одобрена током поступка пред седмочланим већем аутоматски се продужава и на поступак пред Великим већем. С друге

¹³ Таква могућност није била предвиђена оригиналним пословницима Европске комисије за људска права и Европског суда за људска права.

¹⁴ Уколико ЕСЉП одобри правну помоћ у тој фази, подносилац представке ће тада примити одговарајући износ за надокнаду адвокатских трошкова које је имао приликом подношења иницијалне представке (Leach, 2005: 27).

стране, правна помоћ може бити укинута или умањена уколико наступе околности услед којих подносилац представке више не испуњава услове за њено остваривање.¹⁵

Бесплатна правна помоћ се не додељује свима који је затраже, већ председник већа има дискреционо право приликом њеног одобравања. Он ће ту помоћ одобрити уколико процени да је то неопходно за правилно вођење поступка¹⁶ и да апликант нема довољно средстава за плаћање свих или дела трошкова које тај поступак изискује.¹⁷ У пракси се већи значај придаје другом услову, тако да је за добијање бесплатне правне помоћи пресудно имовно стање апликанта (Leach, 2005: 51). Како би се утврдило његово имовинско стање, апликант попуњава посебан образац који добија од Суда (енгл. *Declaration of Applicant's Means*) и враћа га у Стразбур након што га овери надлежни домаћи орган.¹⁸ На основу те изјаве ЕСЉП сазнаје износ апликантових прихода и вредност имовине, али и обим његових новчаних обавеза.¹⁹

Добијање бесплатне правне помоћи од стране ЕСЉП не утврђује се на основу критеријума који се примењују у националним правним системима. Подносилац представке може добити бесплатну правну помоћ од ЕСЉП иако се према националним прописима за њу можда не би квалификовао (Leach, 2005: 51).

Пословник ЕСЉП предвиђа две врсте издатака које се покривају из бесплатне правне помоћи. Најпре, то су хонорари правних заступника подносиоца представке (енгл. *fees*), за које постоји унапред утврђена тарифа.²⁰ Друга врста издатака су трошкови које апликант има у вези са вођењем поступка (енгл. *expenses*).

Чињеница да је одобрена бесплатна помоћ за заступање не значи да ће ЕСЉП одредити адвоката подносицу представке. Проналажење и избор адвоката обавеза је самог подносиоца представке.

15 Одлуку о укидање правне помоћи такође доноси председник већа (Правило 110 Пословника).

16 Председник већа ће закључити да је бесплатна правна помоћ неопходна када је очигледно да апликант нема правничко знање или када се из његових поднесака види да није у стању да адекватно заступа свој случај пред ЕСЉП (Zwaak, 2006: 102).

17 Правило 106 Пословника. Не постоје писане смернице када ће се сматрати да апликант нема довољно средстава, тако да ЕСЉП по том питању има флексибилан приступ (Reid, 2004: 21).

18 Правило 107, ст. 1 Пословника.

19 Председник већа може затражити од тужене државе писани коментар о поднетој изјави (Правило 107, ст. 2 Пословника).

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

Накнаде које се исплаћују адвокатима кроз установу бесплатне правне помоћи доста су скромне, што може створити тешкоће за подносиоце представки. У највећем броју случајева утврђене надокнаде нису довољне за покривање стварних трошкова заступања, будући да су адвокатске тарифе знатно више. Према томе, бесплатна правна помоћ ЕСЉП фактички покрива само део трошкова заступања, а не њихов пун износ. Суд је у више наврата одбијао захтеве за потпуну надокнаду адвокатских трошкова, чврсто се држећи става да не одобрава износе изнад оних предвиђених важећом тарифом бесплатне правне помоћи.²¹

Ипак, ЕСЉП је у неким својим пресудама указивао на мане постојећег система бесплатне правне помоћи. Он је још 1980. године констатовао да проблем „превише скромног награђивања адвоката, нарочито ризик да се они могу уздржавати од заступања неких подносилаца представки” спада у надлежност Савета Европе, те да је та организација дужна да органима створеним на основу ЕКЉП обезбеди средства за покриће њихових трошкова који треба да „укључе и износ неопходан за плаћање адекватних накнада адвокатима који делују у оквиру програма правне помоћи”.²² У једној каснијој одлуци Суд је приметио „да високи трошкови заступања могу сами по себи представљати озбиљну препреку ефикасној заштити људских права”. У истој пресуди оценио је да приликом подношења представки апликанти не треба да се суочавају са непремостивим финансијским тешкоћама и изразио очекивање да ће адвокати приликом утврђивања својих тарифа допринети остварењу тог циља.²³

Да би адвокат прихватио да пред ЕСЉП заступа особу која није у стању да плати реалну висину хонорара, он мора бити мотивисан постизањем правде у датом случају, тежњом за заштитом људских права или подизањем свог угледа услед одласка у Стразбур (Butler, 2000: 365–366). За сада још увек има адвоката који се руководе неким од напред наведених мотива, нарочито престижом због појављивања пред ЕСЉП. Међутим, дугорочно гледано, неадекватно плаћање адвоката може умањити квалитет и квантитет правних услуга доступних апликантима услед обесхрабривања добрих адвоката да прихватају случајеве пред ЕСЉП (Shelton, 2015: 428).

Уколико апликант који је добио бесплатну правну помоћ не докаже повреду ни једног права на коју је указао у представци, он нема обавезу да врати добијена средства (Erdal, Bakirci, 2006: 190). Уколико пак успе у спору,

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.

Суд ће, у складу са чл. 41 Конвенције, досудити накнаду трошкова коју ће му исплатити одговорна држава, с тим што ће од досуђене суме бити одузет износ који је апликант већ добио по основу правне помоћи (Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, 2014: 158; Ichim, 2015: 146). У овој другој ситуацији, држава нема обавезу да Савету Европе врати новац који је та организација кроз установу бесплатне правне помоћи дала успешном апликанту. На тај начин, тужена држава фактички бива ослобођена плаћања дела трошкова насталих у спору који је она изгубила.

Чини се да би установа бесплатне правне помоћи могла бити унапређена наметањем обавезе одговорној држави, да поред плаћања трошкова поступка успешном апликанту, рефундира Савету Европе износ бесплатне правне помоћи која је том поступку додељена из његовог буџета. На тај начин фонд средстава те организације за пружање бесплатне помоћи био би значајно већи, што би омогућило увећање накнада за адвокате и њихово приближавање реалној вредности.

Поред ЕСЉП, бесплатну правну помоћ подносиоцима представки може пружити и њихова држава. Неке земље су националним законодавством предвиделе ту могућност. На пример, Данска својим сиромашним држављанима пружа бесплатну помоћ пред ЕСЉП током читавог поступка,²⁴ док Холандија и Норвешка то чине само онда кад њихови држављани немају могућност добијања бесплатне правне помоћи од Суда (Gruodyte, Kirchner, 2016: 39). Насупрот томе, већина уговорница Конвенције не познаје ту врсту помоћи (Butler, 2000: 365–366). Иако ЕКЉП у чл. 6 садржи право на правично суђење, он државама не намеће обавезу да својим грађанима обезбеде приступ ЕСЉП тако што ће им пружити бесплатну правну помоћ (Gruodyte, Kirchner, 2016: 37).

4. Услови за надокнаду трошкова поступка

У Конвенцији не постоји еnumerативно набрајање услова под којима се може досудити накнада трошкова поступка, већ је препуштено Суду да то питање решава у сваком конкретном случају. Кроз дугогодишњу и богату јуриспруденцију Суд је установио четворочлани тест који примењује приликом додељивања накнаде трошкова.²⁵ Према том тесту, трошкови морају кумулативно испунити следеће услове да би били рефундирани, и то: а) да су настали у вези са повредом Конвенције коју је Суд утврдио; б) да су стварно учињени; в) да су нужни; и г) да су разумни у погледу висине.

24 Vasileva v. Denmark [2003], §49.

25 Практично упутство, §17–20.

4.1. Трошкови везани за повреду Конвенције

Подносиоцу представке накнада може бити додељена само уколико је Суд установио повреду Конвенције. Суд неће разматрати захтеве за накнаду трошкова који се тичу навода у представци за које није утврђено да су довели до кршења Конвенције или које је прогласио неприхватљивим. Практично то значи да је претпоставка за досуђивање трошкова да Суд утврди бар једну повреду Конвенције (Пауновић, Царић, 2007: 75).

Висина накнаде трошкова поступка зависи од обима успешности представке (Erdal, Bakirci, 2006: 190). Уколико је подносилац представке успео само у неким захтевима, а у неким не, онда му је досуђивана делимична накнада трошкова. Износ накнаде трошкова обично се смањује у случајевима када је већина захтева о наводним повредама Конвенције оцењена као неоснована или је само делимично била успешна.²⁶ Међутим, ЕСЉП неће смањити висину трошкова уколико утврди повреду Конвенције по основној ствари у спору, без обзира што је све остале захтеве одбио као неосноване.²⁷ Када су захтеви за накнаду материјалне или нематеријалне штете одбијени у поступку који се води поводом правичног задовољења, Суд има дискреционо право да одлучи о додели трошкова за тај део поступка.²⁸ У случају да је представка избрисана са листе предмета на основу чл. 37 Конвенције, Суд може наложити да се подносиоцу представке ипак надокнаде трошкови које је претрпео водећи тај поступак.²⁹

4.2. Стварно учињени трошкови

Суд досуђује само накнаду стварно учињених трошкова које је подносилац поднео. То подразумева да их је он платио или је дужан да их исплати на основу законске или уговорне обавезе.³⁰ Тако је у предмету *X против В. Британије* Суд досудио накнаду трошкова адвоката иако заступник није тражио плаћање хонорара од клијента због његовог сиромаштва.³¹ У другом предмету против исте државе, део трошкова подносиоца представке намирила је једна невладина организација, па је влада сматрала да ти трошкови нису подложни рефундацији јер нису стварно претрпљени. Суд је одбио ту аргументацију истичући да је подносилац представке

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.

платио те трошкове и да су аранжмани које је он правдио да би их платио потпуно приватна ствар.³² Међутим, Суд није прихватио захтеве за накнаду трошкова од стране невладиних организација које су у поступку иступале као *amicus curiae* (Shelton, 2015: 429).

Уколико је подносиоцу представке у току поступка пред домаћим органима или пред Судом додељена правна помоћ од стране националног правосуђа или Савета Европе, тај износ биће одбијен од коначне суме која буде досуђена на име трошкова поступка³³. Подносилац представке ће имати право на надокнаду трошкова само преко износа правне помоћи, уколико је такве трошкове имао.³⁴ Неће се сматрати да су трошкови стварно учињени ако је адвокат бесплатно заступао подносиоца представке.³⁵ Ако неки трошкови настали током поступка падају на терет осигуравајућег друштва не може се, такође, тражити њихова рефундација јер нису стварно претрпљени.³⁶

Подносилац представке који је самостално себе заступао не може тражити надокнаду трошкова заступања, али му Суд може надокнадити трошкове поштарине или фотокопирања.³⁷ Посебан је случај када подносилац представке и адвокат закључе споразум којим се клијент обавезује да исплати трошкове заступања у унапред одеђеном проценту од суме коју му на име накнаде додели Суд (енгл. *contingency agreement*). Такав споразум не обавезује Суд, али се ипак може узети у обзир приликом досуђивања трошкова под условом да га признаје унутрашње право државе подносиоца представке.³⁸

4.3. Нужни трошкови

Суд досуђује накнаду само нужних трошкова који су настали у циљу спречавања стања које је довело до повреде Конвенције или добијања накнаде у вези са тим пред домаћим судовима. Уз то, надокнађују се неизбежни трошкови проузроковани наставком поступка пред Судом ради утврђивања повреде Конвенције и обезбеђивања накнаде због те повреде (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 Суд је у предмету *Kamasinski v. Austria* [1989], §115 прихватио такав споразум, док га је одбио у случају *Dudgeon v. UK* [1983], §20.

Утврђивање неопходности трошкова ствар је субјективне оцене Суда. У досадашњој пракси још увек нема јасних критеријума и стандарда о томе који су трошкови били неизбежни. Суд у овом домену располаже широким дискреционим овлашћењем (Јакшић, 2006: 474). Па ипак, правило је да Суд досуђује трошкове превоза и боравка ради присуства подносиоца представке и заступника усменој расправи у Стразбуру или трошкове превођења на службене језике Суда (Ichim, 2015: 147).

Насупрот томе, није сматрао неопходним неке личне трошкове, као што је присуство свих правних саветника усменој расправи или присуство подносиоца представке објављивању пресуде.³⁹ Суд је као непотребне сматрао и трошкове вођења претераног броја домаћих поступака чији је исход исти или трошкове ангажовања више од једног правног саветника (Ichim, 2015: 147). Рецимо у предмету *Sporring and Lönnroth protiv Шведске* Суд је одбио да досуди накнаду јер није био убеђен да се као нужни могу квалификовати трошкови настали припремом докумената који нису узети у обзир, износи плаћени правницима за консултације, истраживачки рад и регистрациону таксу за похађање курса процедуре пред европским институцијама или трошкови за које још нису примљени рачуни.⁴⁰ С друге стране, Суд није прихватио став владе да подносиоцима представке не треба исплатити трошкове произашле због изношења обимних поднеска који касније нису прихваћени. Досуђујући накнаду тих трошкова, Суд је оценио да је обавеза адвоката да предмет свог клијента представи у целости и на најбољи начин, те се не може са сигурношћу знати која се тежина може дати једном или другом поднеску под условом да су везани и битни за конкретан случај.⁴¹

4.4. Трошкови разумне висине

Процену висине трошкова које сматра разумним Суд врши узимајући у обзир различите критеријуме, као што су локална економска ситуација или сложеност предмета и поступка. У вези са првим критеријумом посебан значај имају зараде адвоката које нису исте у свим државама уговорницама Конвенције (Erdal, Bakirci, 2006: 190). Домаће тарифе које примењују адвокати за обрачунавање висине хонорара не обавезују Суд, али могу бити од значаја приликом досуђивања накнаде (Leach, 2005: 408). Претерано високи захтеви у погледу висине хонорара и утрошених сати заступника редовно су били подвргнути смањењу по основу правичности

39 Sunday Times v. UK [1980], §30.

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

41 Sunday Times v. UK [1980], §35.

(Reid, 2004: 588) коју Суд сматра синонимом за оно што је разумно (Ichim, 2015: 147).

Накнада трошкова коју Суд додељује обично је знатно мања од тражених износа у предметима који се односе на дужину поступка или се заснивају на неком од водећих случајева који представља преседан (Reid, 2004: 588). С друге стране, Суд може умањити накнаду трошкова у случају када више подносилаца покрећу исто питање. Овакав став произилази из сличности предмета, као и из потребе да се успостави ефикаснија координација рада и комуникација између различитих правних заступника.⁴² Исто се поступа и у случају када један правни заступник има већи број предмета који су потпуно идентични или суштински исти.⁴³

Кад је реч о сложеним предметима, Суд често одобрава накнаду целокупног износа који подносилац представке тражи на име заступања, чак и када он превазилази домаће тарифе. Том приликом полазио је од става да ограничење постоји само у погледу броја ангажованих правних саветника, али не и кад је реч о њиховом избору (Ichim, 2015: 153). Стога подносилац представке нема обавезу да ангажује заступника из сопствене земље без обзира на ниже тарифе. Апликант може изабрати адвоката из неке богатије земаље, без обзира што то може увећати трошкове поступка.⁴⁴

5. Процедура за накнаду трошкова поступка

ЕСЉП се не бави питањем накнаде трошкова поступка по службеној дужности (*ex officio*), већ једино ако апликант поднесе захтев којим тражи њихову накнаду.⁴⁵ Суд не досуђује ни накнаду трошкова поступка изнад износа који је апликант тражио, тако да су досуђиване суме увек биле једнаке или мање од траженог износа. Дакле, приликом одлучивања о накнади трошкова ЕСЉП је поштовао начело *non ultra petita*.

Захтев за накнаду трошкова поступка може поднети само апликант, тако да његов заступник или било које друго лице немају право да у своје име поднесу такав захтев. ЕСЉП је још 1980. године појаснио да једино подносилац представке има статус „оштећене стране” за сврху чл. 41 Конвенције и да се његов адвокат не може позивати на тај члан како би

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 Правило 60 Пословника. Уколико апликант не поднесе захтев, Суд то констатује у пресуди, и ослобађа себе обавезе да разматра то питање; Olewnik-Cieplińska and Olewnik v. Poland [2019], §152; Janković v. Serbia [2017], §39.

тражио накнаду трошкова поступка за свој сопствени рачун.⁴⁶ Деценију касније, Суд је потврдио тај став, одбивши захтев адвоката да му се исплати 68.000 франака на име изгубљене добити јер је пред француским органима бесплатно заступао апликанта, а у поступку пред Европском комисијом за људска права и Судом само за износ бесплатне правне помоћи која је нижа од уобичајених адвокатских тарифа.⁴⁷

Захтев за накнаду трошкова поступка мора бити поднет у року који одреди Суд.⁴⁸ Суд врло ретко продужава тај рок и то чини само уколико апликант докаже да постоји веома јак разлог за то (Harris et al. 2014: 158). Ако је поднет изван задатог рока, захтев ће бити одбачен. Суд не толерише ни минимална кашњења приликом подношења захтева. У предмету *Буловић против Србије* одбачен је захтев за накнаду трошкова који је поднет само 9 дана након утврђеног рока.⁴⁹ Захтев ће бити одбачен чак и када је апликант у иницијалној представи навео да тражи трошкове поступка, али такав захтев није поновио у одговарајућој фази поступка (приликом подношења писаног изјашњења о меритуму спора).⁵⁰ При томе није довољно да се начелно затражи накнада трошкова, већ се мора прецизирати и њихов износ.⁵¹

Захтев за накнаду трошкова мора се поднети током поступка у којем ЕСЉП расправља о меритуму спора. Уколико Суд одложи одлучивање о правичном задовољењу, апликант не може у том поступку накнадно тражити досуђивање трошкова поступка, ако то већ није учинио у ранијој фази поступка. Суд се о том питању изјаснио у предмету *Brogan*, где је истакао да „пошто приликом доношења главне пресуде није било никаквих захтева за примену чл. 50 у вези са накнадом насталих трошкова поступка, ... та је одлука постала правоснажна ... и Суд у том погледу не може разматрати накнадни захтев подносиоца представке”.⁵²

Уколико нека од страна изјави приговор на првостепену пресуду, апликант ће остварити накнаду трошкова насталих у другостепеном поступку

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

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

48 Након што је захтев проглашен прихватљивим, Суд позива апликанта да поднесе захтев за правично задовољење у одређеном року.

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.

једино уколико поднесе додатни захтев за накнаду тих трошкова.⁵³ Међутим, уколико апликант у првостепеном поступку није поднео захтев за накнаду трошкова, не може у другостепеном поступку захтевати и накнаду ранијих трошкова, већ само трошкова скопчаних са жалбеним поступком.

Уз захтев за накнаду трошкова апликант мора приложити доказе из којих се види да су ти трошкови заиста постојали. Није прописана нека посебна форма којом се доказују трошкови поступка (Leach, 2005: 408), али поднети документи морају бити довољно детаљни како би ЕСЉП из њих могао закључити да ли су испуњени услови за њихову накнаду. Када су у питању адвокатски трошкови, неопходно је да се наведе колико радних сати је адвокат био ангажован на случају и цена једног радног сата. За остале трошкове које је апликант имао, неопходно је да приложи копије рачуна или фактура. Све доказе за настале трошкове апликант мора поднети у року који му је Суд одредио за подношење захтева за накнаду трошкова поступка.⁵⁴

Уколико апликант не приложи потребну документацију, ЕСЉП најчешће одбацује захтев за накнаду трошкова.⁵⁵ Међутим, било је случајева где Суд није одбацио захтев, већ је досудио делимичну накнаду, иако ни за тај део трошкова нису постојали докази.⁵⁶ У једном предмету Суд је, пак, од апликанта затражио додатно разјашњење у погледу тражених трошкова и том приликом прихватио накнадне доказе које је апликант приложио.⁵⁷

О поднетом захтеву за накнаду трошкова поступка ЕСЉП може одлучити већ у самој пресуди којом се решава суштина спора. Уколико то питање у моменту доношења пресуде о меритуму није зрело за одлучивање, Суд ће га одложити и решити у посебној пресуди. Било је случајева где је Суд одлучио о накнади трошкова у главној пресуди, а питање накнаде штете

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. У једној новијој пресуди Суд је изричито потврдио ту могућност. У њој је речено да у случају када захтев за накнаду трошкова поступка (као и остала два вида правичног задовољења) није поткрепљен ваљаним доказима, такав захтев „може“ бити одбачен. Суд је употребио термин „може“, чиме је себи дао широку дискрецију приликом одлучивања о захтевима који нису праћени одговарајућим доказима; *Altay v. Turkey* (no. 2) [2019], §87.

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

одложио за касније решавање.⁵⁸ Нисмо наишли ни на један случај где је Суд једино одложио одлучивање о трошковима поступка, већ је то увек чинио заједно са одлагањем одлучивања о накнади једног или оба облика штете.

Када је одлука о накнади трошкова поступка одложена, а странке се у међувремену договоре око износа који ће држава по том основу исплатити апликанту, Суд ће проверити да ли је тај споразум „правичне природе”, и уколико је то случај, неће се више бавити тим аспектом правичног задовољења.⁵⁹ Могуће је и да се апликант и држава договоре само око дела трошкова поступка, а да о преосталом износу трошкова одлучи Суд. На пример, у предмету *Airey против Ирске* држава и апликант су постигли пријатељско поравнање око трошкова пред домаћим судовима, али се нису могли договорити око трошкова везаних за поступак у Стразбуру, тако да је износ накнаде за те трошкове одредио ЕСЉП.⁶⁰

Уколико прихвати захтев за накнаду трошкова, Суд у пресуди утврђује паушалну суму (енгл. *lump sum*) за све трошкове поступка које је признао апликанту. Досуђивање јединствене суме може створити практичне проблеме када апликант има правног заступника јер се не може утврдити колики новчани износ је Суд одредио за услугу заступања, а ситуација се додатно компликује уколико апликант има више заступника (Harris et al. 2014: 158). Суд је чак одређивао јединствену суму за накнаду трошкова поступка и кад је било више подносилаца представке, без утврђивања појединачних износа накнаде који припадају сваком од апликаната.⁶¹ Има и примера где је ЕСЉП утврдио јединствену суму која је у себи укључивала накнаду трошкова поступка и накнаду нематеријалне штете.⁶²

Подносилац представке мора навести број рачуна на који ће накнада трошкова бити уплаћена. Уколико жели да трошкови буду директно плаћени адвокату, апликант ће Суду дати његов број рачуна.⁶³ Поред тога,

58 *Hutten-Czapska v. Poland* [2005], §196–197. У овом поступку слично је поступило и Велико веће, које је у главној пресуди одлучило о накнади трошкова поступка и нематеријалној штети, а одложило одлуку о накнади материјалне штете; *Hutten-Czapska v. Poland*, GC [2006], §247–251.

59 *X v. UK* (Art. 50), [1982], §25–26. Уколико се постигне споразум и у погледу осталих аспеката правичног задовољења, Суд ће брисати предмет са своје листе (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 Практично упутство, §22. Видети, на пример, предмет *Ruslan Yakovenko v. Ukraine* [2015].

апликант може захтевати да накнада трошкова буде уплаћена на рачун неког трећег лица.⁶⁴

Накнада трошкова поступка, као што је то случај и код остала два облика правичног задовољења, досуђује се у еврима. Уколико апликант жели да добије накнаду у некој другој валути, Суд ће одредити да се утврђени износ конвертује у ту другу валуту по курсу који важи на дан исплате накнаде.⁶⁵ Суд одређује да се накнада трошкова мора исплатити у року од три месеца од доношења пресуде, а ако држава то не учини, по истеку тог рока почиње да се обрачунава камата. Њена висина одређује се према каматној стопи Европске централне банке увећаној за три процента.

На износ који је примио као накнаду трошкова поступка на основу чл. 41 Конвенције подносилац представке не плаћа порез на додату вредност. За разлику од тога, износи које су примили адвокати представљају опорезиви приход (Laffranque, 2014: 86). Када је у питању заплена и извршење на новчаним средствима добијеним путем правичног задовољења, укључујући ту и накнаду трошкова поступка, ЕСЉП сматра да та средства треба да буде изузета од заплене, јер би се у противном осујетила сврха чл. 41 Конвенције. Међутим, Суд је истовремено констатовао да није надлежан да решава то питање, већ се оно мора препустити националним органима.⁶⁶

6. Закључак

У пракси ЕСЉП накнада трошкова поступка је, у начелу, повољна за апликанте, јер садржи одређене погодности које на постоје у националним правним системима. На првом месту, поступак је бесплатан, тако да подносиоци представки немају обавезу плаћања било каквих судских такси. Такво решење је веома повољно за апликанте и омогућава им много лакши приступ ЕСЉП него што је то случај са домаћим судовима.

Међутим, вођење поступка пред ЕСЉП повлачи неке друге трошкове који могу бити препрека за коришћење овог механизма заштите. Због тога је Пословником Суда предвиђена могућност да апликанти слабијег имовног стања добију бесплатну правну помоћ од Савета Европе. Чак и ако изгубе спор, апликанти немају обавезу да ту помоћ врате, што делује стимулативно на њено коришћење.

Наредна повољност огледа се у томе што се у погледу накнаде трошкова не примењује увек принцип „успеха у спору” из домаћег парничног поступка,

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

65 Практично упутство, §24.

66 Selmouni v. France [1999], §133.

тако да апликант који изгуби спор не плаћа судске трошкове туженој држави. Поред тога, подносилац представке нема обавезу плаћања трошкова поступка ни у случају повлачења представке или њеног одбацивања услед неприхватљивости. Међутим, принцип „успеха у спору” примењује се у случају када подносилац представке докаже кршење права из Конвенције. У тој ситуацији одговорна држава је дужна да апликанту надокнади трошкове поступка.

Погодности приликом накнаде трошкова поступка које постоје у европском систему представљају значајан подстицај да се жртве кршења права из Конвенције обраћају ЕСЉП. Наравно, то не искључује потребу за њиховим даљим унапређењем, поготово у погледу пружања бесплатне правне помоћи.

Литература/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.

ОАО Нефтяная Компания 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.
- Parageorgiou v. Greece, No. 24628/94, 22. 10. 1997.
- Пауновић, М. Царић, С. (2007). Европски суд за људска права: надлежност и поступак. Београд: Правни факултет.
- Pérez de Rada Cavanilles v. Spain, No. 28090/95, 28. 10. 1998.
- Pisano v. Italy, No. 36732/97, 24. 10. 2002.
- Поповић, Д. (2012). *Европско право људских права*. Београд: Службени гласник.
- 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

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-24511

UDK: 341.9

342.71

Рад примљен: 10.12.2019.

Рад прихваћен: 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 Act¹ 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 Court² 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.³ 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),⁴ and in the 1980 Hague Convention.⁵ 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,⁶ the 1956 New York Convention,⁷ the 1999 Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF),⁸ 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)⁹, and the 1955 Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR).¹⁰

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.¹¹

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.¹²

On the other hand, the bilateral treaties guarantee exemption from *cautio judicatum solvi* to the nationals of the Contracting States,¹³ or to the nationals who at the same time have the domicile or residence¹⁴ 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.¹⁵

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.¹⁶

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,¹⁷ the issue still arises in the Serbian jurisprudence.¹⁸ 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 FNRY 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,¹⁹ the Universal Declaration of Human Rights,²⁰ the International Covenant on Civil and Political Rights,²¹ and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,²² including Protocol No. 12 to the Convention.²³

At the national level, the Serbian Constitution introduces the prohibition of the direct or indirect discrimination based on the nationality, among other grounds.²⁴ 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.²⁵ 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.²⁶ The Anti-Discrimination Act²⁷ envisages the equal right to legal protection, irrespective of personal properties.²⁸ 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).²⁹ 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.³⁰ 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.³¹

Since the discrimination entails the unjustified different position of the persons in the same or similar situation,³² 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.³³ 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*.³⁴ This unequal treatment constitutes at least indirect discrimination.³⁵

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.³⁶ The limitation could be of financial nature, which confirms that the security for costs does not *per se* lead to the denial of justice.³⁷ In the case *Mogielnicki v. Poland*,³⁸ 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.³⁹ 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*,⁴⁰ the Commercial Court of Liège submitted a request for a preliminary ruling to the Constitutional Court⁴¹ 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.⁴²

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.⁴³ 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.⁴⁴ 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.⁴⁵ 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.⁴⁶

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.⁴⁷

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,⁴⁸ while eleven States do not request the security for costs.⁴⁹ 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.⁵⁰ 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).⁵¹

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).⁵² 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 Законот за меѓународно приватно право, *Службен весник на Република Македонија*. Бр. 87 (2007). Закон за изменување и дополнување, *Службен весник на РМ*. Бр.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).⁵³ 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).⁵⁴ In all other States, except Croatia, the legislation on the security for costs is discriminatory as well.⁵⁵

In respect of the possible solution *de lege ferenda*, the 2014 Draft PIL Act of the Republic of Serbia⁵⁶ 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 domicile⁵⁷, 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).⁵⁸ 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.⁵⁹

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 međunarodnem 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 of 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,⁶⁰ 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.⁶¹ 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,⁶² 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.⁶³ Moreover, the habitual residence could include legal persons as well,⁶⁴ who are also obliged to deposit the security for costs as a result of the interpretation of the courts.⁶⁵ 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 flaws. 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 Pricedural 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 d 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

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

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 (1988).

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 FNRJ 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

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 (COTIF), 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).

Устав на Република Северна Македонија (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);

Законот за меѓународно приватно право (Private International Law Act), *Службен весник на Република Македонија*. Бр. 87 (2007), with amendments of

2010: Закон за изменување и допуњавање, *Службен весник на РМ*. Бр.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>

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.

Др Сања Марјановић,
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу
Др Мирко Живковић,
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

АКТОРСКА КАУЦИЈА И ЗРСЗ – ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ДИСКРИМИНАЦИЈУ?

Резиме

Иако установа акторске кауције сама по себи није у супротности са правом странаца на приступ суду, она може изазвати друге једнако негативне последице. У зависности од тога како је уређена, може водити и кршењу забране дискриминације и Устава Републике Србије. Наметањем обезбеђења парничних трошкова само страним држављанима без икаквих додатних критеријума (изузев узајамности), домаћи држављани који живе у иностранству а немају имовину у Србији неоправдано се стављају у привилеговани положај. Такво законско решење обесмишљава сврху акторске кауције. Туженог, због чије заштите се акторска кауција уводи, једнако тишти неизвесност у погледу извршења судске одлуке о трошковима уколико добије спор, а тужилац нема имовину у Србији. У таквим околностима, чињеница да тужилац има странско односно домаће држављанство постаје ирелевантно. Истовремено, поставља се питање уставности овако конципиране одредбе о обавези полагања акторске кауције. Стога, потребна је хитна измена одредбе члана 82 ЗРСЗ и отклањање дискриминације која је тренутно омогућена.

Кључне речи: акторска кауција, ЗРСЗ (1982), дискриминација, држављанство, Нацрт новог ЗМПП (2014).

Др Мирјана Дреновак-Ивановић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Београду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23687

UDK: 502:34
349.6

Рад примљен: 21.10.2019.
Рад прихваћен: 27.11.2019.

ЕКОЛОШКО ПРАВО ИЗМЕЂУ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ ПРАВА

Апстракт: Угроженост права или интереса појединца проузрокована лошим стањем или повећаним загађењем животне средине никада не остаје повреда нанета само тражиоцу заштите. Нови правни институти који би омогућили ефикаснију, економичнију, благовремену и суштинску заштиту права на животну средину одређеног квалитета треба да уреде питања од значаја за заштиту када је повређен или угрожен интерес појединца или групе, али и даље од тога, када је реч о повреди права на здраву животну средину као посебног јавног интереса. Везивање заштите тог права за јавни интерес, отвара питање значаја који заштита животне средине има у једном друштву и начина на који се врши градирање јавних интереса међу којима је и интерес заштите животне средине. У раду се, полазећи од наведене претпоставке, указује на начела еколошког права и доминантне карактеристике јавноправног карактера које имају утицај на заштиту права на животну средину одређеног квалитета и у примени приватноправних института правне заштите.

Кључне речи: интерес заштите животне средине, јавни интерес, општекорисна делатност, заступници ширих интереса јавности, еколошка штета.

1. Увод

Основу процесноправне заштите права на здраву животну средину налазимо у управноправној заштити. Адекватна заштита тог права, инструментима управног права, захтева трансформацију општег управног поступка. Традиционално једностраначки поступак, у стварима са елементом заштите животне средине, управни поступак постаје по правилу двостраначки, са учешћем странке коју чини заинтересована

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

** Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије” Правног факултета Универзитета у Београду.

јавност. Правни оквир за заштиту имовинских права која угрожавају или нарушавају стање животне средине садржан је у прописима материјалног права, стварноправног и облигационог карактера. Наше позитивно право такву заштиту пружа, пре свега, општим институтима у области накнаде штете, као и институтом суседских права, међу којима најчешће службеностима у оквирима регулисања својинскоправних односа. Судска пракса пружа велики број примера који указују на бројне недостатке и недоследности заштите правних односа у области заштите животне средине у грађанском и управном поступку. Тако, на пример, у складу са позитивним правом Србије, вршиоци општекорисних делатности, који за те делатности имају дозволе надлежних органа, имају обавезу да оштећеним лицима накнаде само штету која прелази нормалне границе. У више наврата, у судској пракси је заузет став да се накнада нематеријалне штете за претрпљене душевне болове, због негативног утицаја индустријских и суседних објеката на животну средину, може доделити само ако је утврђено постојање материјалне штете која превазилази „нормалне границе”. При томе, емисије морају да буду таквог интензитета да проузрокују континуирани душевни бол. Периодичне емисије, чак и када превазилазе граничне вредности у одређеним временским интервалима, према изнетим ставовима суда, не оправдавају надокнаду нематеријалне штете (Дреновак Ивановић 2017: 71).

Разлоге за недовољно развијене правне институте којима се пружа заштита права на здраву животну средину налазимо не само у чињеници да питања од значаја за заштиту здраве/адекватне/одговарајућег квалитета животне средине припадају грани права која се развија тек од 70-их година XX века, већ и у недовољном познавању начела на којима је еколошко право засновано и чија примена значи нужно и прилагођавање јавноправних и приватноправних института правне заштите природе еколошке ствари (Сумес: 29). Након уводног разматрања, у другом делу рада се указује на основна начела еколошког права чија је примена нужна у стварима са елементом заштите животне средине, и јавноправне и приватноправне природе. У трећем делу рада се анализирају правни механизми којима се може постићи заштита права на здраву животну средину као јавног интереса. Полазећи од тога да тужилац у поступку, јавноправне или приватноправне природе у вези са заштитом животне средине, не штити само своје право и интерес, већ и општи интерес заштите животне средине, у четвртм делу рада се анализирају постојећи модели приватноправних института како би се утврдило у којој мери исти омогућавају и заштиту животне средине као јавног интереса. У петом делу рада се указује на новине у општем управном поступку и анализира њихов утицај на заштиту права на здраву животну средину као јавног интереса.

2. Утицај примене начела еколошког права на промену правног оквира који уређује поступање у стварима са елементом заштите животне средине јавноправне и приватноправне природе

У упоредном и домаћем праву наилазимо на уједначен одабир начела која чине основу примене еколошког права (Курил, 2018: 126). Међу једанаест начела које уводи наш Закон о заштити животне средине (2014) издвајамо неколико оних који су значајни за разумевање постојећег положаја правне заштите и праваца условљених како домаћом тако и упоредном праксом, пре свега праксом Европског суда правде.¹ Реч је о начелу одрживог развоја, начелу „загађивач плаћа”, начелу информисања и учешћа јавности и начелу заштите права на здраву животну средину и приступа правосуђу.

На идеју о усклађивању заштите животне средине и економског развоја који за резултат има квалитет животног окружења наилазимо још у Првом принципу Стокхолмске декларације (1972). Након Извештаја Брундланд комисије указано је на резултате тадашњих научних испитивања која су указала да даљи економски раст, без усклађивања са квалитетом животне средине, доводи у опасност живот и здравље људи и води трајном урушавању квалитета животне средине. Брундланд комисија је дала прву, и до данас широко прихваћену, дефиницију која одрживи развој одређује као онај којим се испуњавају потребе садашњости, без ускраћивања могућности будућим генерацијама да задовоље своје потребе.² Годинама је начело одрживог развоја било основ за то да се у примени правних правила и припреми стратешких докумената једнака важност даје заштити животне средине и економском развоју (Дреновак Ивановић, 2017а: 81). Развој права климатских промена донео је нове изазове, међу којима је и питање активне легитимације будућих генерација. Другим речима, отворена је потреба да се пронађе правни механизам који би омогућио учешће у припреми стратешких докумената, планова и програма, као и одлучивању у појединачним случајевима, представницима који штите интерес будућих генерација, као једном од основних елемената начела одрживог развоја (Гордон, 2018: 49).

Начело „загађивач плаћа”, као основно начело у примени правних института који уређују накнаду еколошке штете, по први пут на међународном нивоу

1 Чл. 9 Закона о заштити животне средине, *Сл. гласник РС*, 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон, 43/2011 - одлука УС, 14/2016, 76/2018, 95/2018 - др. закон и 95/2018 - др. закон.

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.

разрађено је Рио декларацијом (1992).³ Принцип 16 Рио декларације уводи приступ по коме загађивач треба да сноси све трошкове загађења „водећи рачуна о заштити јавног интереса”. Анализа упоредне праксе указује на то да је првобитан модел уређења накнаде еколошке штете у складу са општим принципима одговорности за штету, због посебности појма еколошке штете који укључује не само потребу да се заштити приватни интерес појединца коме је штета проузрокована, већ и обавезу да се накнади штета нанета самој животној средини као и јавном интересу очувања здраве животне средине. Након Рио декларације, Европска комисија доноси смернице које ће довести до развоја модела накнаде штете проузроковане животној средини у оквиру ЕУ⁴ и постављање основа у Директиви о штети према животној средини.⁵

Начело приступа еколошким информацијама и учешће јавности је основно начело еколошког права којим је потреба да се одлука о активностима које носе одређени еколошки ризик може донети само уз учешће, са својством странке у поступку, лица која ће таквом ризику бити изложена, унета и у наше право. Његова примена отвара већи број питања која се односе на то која правна и физичка лица могу имати положај странке у поступку (Бостром, Уггла, 2018: 114–127). Док нови Закон о општем управном поступку (ЗУП)⁶ садржи решења која основ за постојање активне легитимације усклађују са природом еколошке управне ствари, закони који уређују заштиту животне средине прописима материјалног права, стварноправног и облигационог карактера не препознају у довољној мери потребу да се кроз облик приватноправне заштите повреда животне средине заштити и као посебна вредност од јавног интереса, што ће бити предмет посебне анализе у четвртој и петом делу рада.

На претходна начела се надовезује начело заштите права на здраву животну средину и приступа правосуђу, чија се примена огледа у увођењу механизма који гарантују да правна и физичка лица имају право на правну заштиту у свим случајевима када је повређен било који закон који уређује питања од значаја за заштиту животне средине. Реч је о праву на жалбу надлежном органу, тужбу надлежном суду, као и обраћање независним органима. Ово начело указује на потребу да се право на правну заштиту у стварима од значаја за заштиту животне средине пронађе у оквирима домаће правне традиције, уз вођење рачуна о трансформацији

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 Закон о општем управном поступку, *Сл. гласник РС*, 18/2016.

традиционалних процесних претпоставки у циљу омогућавања правне заштите и у новим областима друштвеног развоја.

Питања која се даље отварају јесу на који начин постојећи правни оквир укључује начела еколошког права, да ли је заштита права на здраву животну средину као јавног интереса доследно препозната у важећем правном оквиру, и који су правци новелирања у циљу интеграције заштите животне средине као јавног интереса у стварима са елементом заштите животне средине, и јавноправне и приватноправне природе.

3. Правни механизми којима се може постићи заштита права на здраву животну средину као јавног интереса

Даље се отвара питање постоје ли правни механизми који здраву животну средину издвајају у односу на друге јавне интересе, пружајући јој посебну правну заштиту. Другим речима, постоје ли механизми који гарантују да ће, када га има, интерес заштите животне средине бити препознат и, као минимални захтев, мерен једнако са осталим ангажованим јавним интересима у одмеравању претежнијег јавног интереса? Предмет даље анализе ће бити посебни управни поступци који препознају потребу заштите животне средине, и које сврставамо у посебне управне поступке имајући у виду велики број процесних правила која одступају од општег управног поступка у циљу спровођења ваљане процене утицаја различитих активности на животну средину.

Да је интерес заштите животне средине посебан јавни интерес, учавамо у примени посебног управног поступка процене утицаја на животну средину који уређује поступак у коме се могу утврдити све последице планираног пројекта на животну средину и размотрити алтернативна решења како би се пронашло оно које у најмањој мери нарушава стање животне средине. Питање које се даље отвара јесте да ли су механизми који препознају интерес заштите животне средине и гарантују његову правну заштиту унети и у шири правни оквир који претходи или следи процени утицаја на животну средину? Такав механизам препознат је у недавно усвојеном Закону о радијационој и нуклеарној сигурности и безбедности. У смислу тог закона, изградња нуклеарног постројења се може дозволити само ако је реч о изградњи на локацији за коју је донет просторни и урбанистички план и ако је издато решење о грађевинској дозволи у складу са поступком процене утицаја на животну средину.⁷Ако у анализу уведемо правни оквир који уређује поступак планирања и

⁷ Чл. 127, ст. 1 Закона о радијационој и нуклеарној сигурности и безбедности. Од таквог правила су, међутим, изузета мобилна постројења за обраду радиоактивног отпада

изградње, долазимо до другачијих закључака. Тако је, на пример, Закон о планирању и изградњи, као један од основа за издавање грађевинске дозволе, постављао услове дефинисане проценом утицаја на животну средину све до 2014. године.⁸ Но, и такво решење се односило само на одређена постројења и објекте, претежно хемијске индустрије. Важећи Закон о планирању и изградњи такав основ не познаје, а процену утицаја на животну средину не уводи ни као услов за пријаву и извођење радова.⁹ То у пракси често доводи до тога да инвеститор започиње са грађевинским или припремним радовима без завршеног поступка процене утицаја на животну средину, иако заштита посебног јавног интереса управо налаже да се исти процени и адекватно заштити пре спровођења изградње објекта, што укључује и радове који претходе грађењу. Остављајући по страни питање да ли процена утицаја на животну средину може да буде потпуна ако се уведе још у фази када постоји идејно решење или пројекат са којим се захтева издавање грађевинске дозволе, или би је требало укључити касније, када се припрема пројекат за извођење грађевинских радова, овде указујемо на то да постојећи правни оквир интерес заштите животне средине уводи тек у фази техничког прегледа објекта, тј. у фази када је објекат већ пројектован, када је прихваћена и уграђена технологија која ће бити коришћена и када је објекат већ изграђен. То отвара и питање постоји ли адекватно право на правну заштиту, имајући у виду потенцијалне поступке у којима ће, утврде ли се грешке у поступку процене утицаја на животну средину, једина могућност за отклањање недостатака који имају значајан негативан утицај на животну средину бити уклањање објекта и повраћај животне средине у пређашње стање?

Изведена анализа показује да закони који уређују област просторног планирања и изградње не уводе интерес заштите животне средине на адекватан начин. Истим законима се јасно не указује на процесне радње у поступку изградње које се не могу предузимати без прибављања Студије о процени утицаја на животну средину, нити дају основу за усклађену примену Закона о процени утицаја на животну средину, који у том питању има природу *lex specialis*, са Законом о планирању и изградњи, који у том питању има природу *lex generalis*.

што одступа од решења раније важећег Закона о заштити од јонизујућих зрачења и о нуклеарној сигурности, чл. 48.

8 Чл. 133, ст. 2, тач. 4 Закона о планирању и изградњи, *Сл. гласник РС*, 72/2009, ..., 98/2013 - одлука УС.

9 Чл. 54–57 и чл. 135–137 Закона о планирању и изградњи, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2009, ..., 37/2019 - др. закон, чл. 54–57 и чл. 135–137.

У циљу извођења закључака о правцима који би усагласили анализирани правни изворе, указујемо на примере из упоредног права и праксе Европског суда правде, као и основе који су одлучујући у долажењу до одговора на питање треба ли у конкретном случају дати предност интересу заштите животне средине као претежнијем јавном интересу. Одлучујући у поступку по претходном питању у вези са могућношћу да Белгија продужи животни век два нуклеарна реактора, Европски суд правде (ЕСП) је разматрао и питање правилног одмеравања јавних интереса међу којима је и интерес заштите животне средине. Постављајући циљеве енергетског развоја, Белгија је 2003. године донела закон који утврђује обавезу постепеног затварања нуклеарних електрана након истека 40 година од дана почетка рада, што се односи на период између 2015. и 2025. год., уз изузетак да се рок у појединачном случају продужи ако је то неопходно ради спречавања настанка озбиљног прекида у снабдевању струјом, као општекорисне делатности. Од 7 постојећих реактора, затварање 2 (*Доел 1* и *Доел 2*) је одложено. Рад постројења *Доел 1* је продужен за 10 година, а истовремено је за исти период одложено и затварање постројења *Доел 2*, без спровођења процене утицаја на животну средину. Еколошка удружења су тим поводом поднела Уставну жалбу сматрајући да је таква одлука могла да буде донета само након спровођења поступка процене утицаја на животну средину. Разматрајући изнете ставове, у поступку по претходном питању који му је упутио Уставни суд Белгије, ЕСП је разматрао и питање односа интереса континуираног снабдевања струјом и интереса заштите животне средине. Европски суд правде је указао на то да је, доношењем закона којим се оператери обавезују на постепено затварање нуклеарних електрана, указано на опасност коју њихов даљи рад има на животну средину и здравље људи. Трајно или привремено одустајање од програма који је заснован на таквој анализи се може размотрити само након процене утицаја на животну средину, како продуженог рада, тако и свих мера додатне заштите које се планирају, а ако постоји и утицај на заштићена станишта, пројекат се може одобрити само након процене утицаја која показује да он неће имати негативан утицај на целовитост подручја.¹⁰ Одлука о продужењу рада нуклеарних електрана и дозвола које се односе на свако појединачно постројење без спровођења процене утицаја на животну средину била би правно ваљана само ако држава чланица докаже да је иста донета како би се осигурала сигурност снабдевања електричном енергијом, која би била „разумно вероватно” угрожена ако би се предузете мере одложиле предузимањем процене утицаја на животну

¹⁰ Case C-411/17 *Inter. Environment Wallonie ASBL and Bond Neter Leefmilieu Vlaanderen ASBL v Conseil des ministres* [2019] par. 168.

средину.¹¹ Потреба да се осигура снабдевање електричном енергијом, као један од циљева енергетске политике и јавни интерес, може бити преовлађујући у односу на интерес заштите животне средине, само онда када постоји потреба за отклањањем стварне и озбиљне претње од прекида у снабдевању. При томе се, као интерес обављања општекорисне делатности, може узети у обзир само осигурање минималног нивоа снабдевања.¹² Додатну заштиту интересу заштите животне средине пружа обавеза државе да такву претњу најпре чињенично утемељи и утврди да не постоје друга средства и могућности којима се сигурност снабдевања може заштитити.¹³ Подсећајући да је реч о изузетним мерама које дају могућност да се на правној снази одрже мере домаћег права које није у складу са директивама ЕУ, чиме се у односу на интерес заштите животне средине претежнији значај даје другом јавном интересу, ЕСП је истакао да се такве мере могу примењивати само онолико колико је нужно потребно да би се та неусклађеност уклонила, тј. да се спроведе поступак процене утицаја на животну средину.¹⁴

4. Да ли постојећи модели приватноправних института омогућавају и заштиту животне средине као јавног интереса?

Начела еколошког права, садржана у Закону о заштити животне средине и већем броју закона које уређују поједина питања од значаја за заштиту животне средине, указују на обавезу да се посебна заштита интереса заштите животне средине обезбеди и приватноправним институтима (Хенриксен, Понте, 2018: 23–45). Питање које се даље отвара јесте да ли постојећи институти такву заштиту и гарантују. Анализе показују да се у заштити својинскоправних односа не иде даље од повреда које су нанете одређеном лицу у конкретном случају (Дреновак Ивановић, 2015: 107). Стога је тежиште овог истраживања на анализи чл. 156 Закона о облигационим односима, који уређује могућност подношења захтева да се уклони опасност штете. Већ ст. 3 члана 156 указује на одступање од пружања заштите животне средине, указујући на то да у случајевима у којима дође до настанка штете у обављању општекорисне делатности за коју је добијена дозвола надлежног органа, накнада штете може да се захтева само онда када прелази нормалне границе. За тако важан

11 Case C-411/17, par. 101.

12 Издвојено мишљење Општег правобраниоца *Кокотт* од 29. новембра 2018. год. у предмету Ц-411/17, пар. 186–194.

13 Case C-411/17, par. 178–179.

14 Case C-411/17, par. 182.

изузетак нису понуђени додатни критеријуми или ближе одређење које би помогло у идентификовању услова попут оних изнетих у предмету *Интер. Енвиронмент Валлоније АСБЛ*, који претежност над интересом заштите животне средине могу дати интересу обављања општекорисне делатности. То, даље, указује на потребу да се изврши анализа судске праксе.

Један од ретких примера примене тог института, познатог и као еколошка тужба, јесте предмет у коме је корисник рибарског подручја, који рибарско подручје користи за спортски и привредни риболов, поднео тужбу против власника и корисника хидроелектране због помора великог броја риба.¹⁵ Током ремонта хидроелектране, дошло је до смањења нивоа реке и замућења, што је довело до угинућа рибе. Том приликом је отворено питање да ли поседовање лиценце за обављање енергетске делатности, као општекорисне делатности, решења о водопривредној дозволи, којом су утврђене коте нормалног и минималног успора при ремонту, којих се тужени придржавао, као и чињеница да је ремонт био неопходан да се спречи настанак „енормне штете“, која би за последицу имала онемогућавање производње електричне енергије, може да аргументује да је интерес обављања општекорисне делатности претежнији у односу на интерес заштите животне средине? Интерес заштите рибљег фонда као посебан јавни интерес заштићен је Законом о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда (ЗЗОКРФ).¹⁶ Као меру заштите посебног јавног интереса ЗЗОКРФ (чл. 27, ст. 3 и ст. 4) утврђује забрану наглог пражњења вештачких акумулација, чиме се отклања могућност наглог угинућа рибе, као последице до које је пре доношења закона веома често долазило. Ипак, у осталим законима који уређују заштиту јавних интереса и заштиту интереса обављања општекорисне делатности не наилазимо на критеријуме о томе на који начин се наведени интереси могу градирати, чак ни о могућим решењима која су кориснику хидроелектране или кориснику рибарског подручја на располагању ако дође до ванредног или хаваријског пражњења акумулације. Како тужени у предмету није имао званичне потврде до које коте је пражњена акумулација, нити доказ да су ванредне околности условиле пражњење акумулације, суд није даље улазио у постављена питања и није указао на критеријуме на основу којих би се конституисао систем градирања јавних интереса када је један од ангажованих и интерес заштите животне средине. Тужени је аргументовао тврдњу да није нанета штета која прелази нормалне границе тиме да

15 Пресуда Привредног суда у Ужицу, бр. 3. П. 426/2011.

16 Закон о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда, *Сл. гласник РС*, 128/2014 и 95/2018 - др. закон.

је штета настала током принудног испуштања језера, а имајући у виду немерљиву штету која би настала да до таквог испуштања није дошло. У образложењу пресуде се указује само на оцену суда да је реч о штети која прелази границе нормалне штете, без даљег разјашњења основа. Ипак, наилазимо на оцену да поседовање лиценце за обављање енергетске делатности не може бити основ за ослобађање од накнаде причињене штете. То би могао да буде почетак за увођење праксе успостављања јасних параметара на основу којих ће се процењивати шта је општекорисна делатност у конкретном случају, у ком периоду и у ком обиму се може говорити о нужности њеног обављања, и до које границе би њено обављање уживало претежнији интерес у односу на друге јавне интересе?

У наведеном предмету је отворено и питање шта је основна сврха која се накнадом штете постиже: успостављање стања које је постојало пре проузроковања штете или новчана одштета? Закон о облигационим односима наводи четири модела накнаде материјалне штете. Први, који се наводи у чл. 185, ст. 1 је успостављање стања које је постојало пре настанка штете. Четврти модел, одређен у чл. 185, ст. 4, је онај који одређује обавезу да се накнада изврши у новцу „осим ако околности датог случаја оправдавају успостављање ранијег стања“. Чини се да је накнада еколошке штете, имајући у виду да је реч не само о штети која погађа појединца, већ која се посредно чини и ширем кругу лица, управо основ за постојање околности које оправдавају њену накнаду, примарно успостављањем ранијег стања, са или без утврђивања и додатне новчане казне (Хаддоцк, Полсбу, 2018: 118). Такав став, међутим, није заузет у анализираном предмету. Суд је стао на становиште да оштећено лице може одмах да захтева накнаду штете у новцу, а да претходно не затражи успостављање ранијег стања. То указује на потребу да се, имајући у виду природу еколошке штете, начин њене накнаде законом другачије уреди како би се истовремено накнадила и штета која се наноси посебном интересу заштите животне средине и штета која се наноси оштећеном лицу.¹⁷

Наведена анализа показује да интерес заштите животне средине није системски препознат као јавни интерес коме се пружа посебна заштита у постојећим моделима приватноправних института. Чак и када је посебним законима препознат као посебан интерес заштите, такав положај се губи у примени општих института у области накнаде штете.

17 Једно од могућих решења налазимо у ЗЗОКРФ (чл. 16, ст. 3) који одређује дужност корисника рибарског подручја да средства добијена по основу накнаде штете нанете рибљем фонду наменски употреби за заштиту и унапређење рибљег фонда, као и обавезу да о томе извести надлежно министарство. Тиме је у ЗЗОКРФ указано на сврху накнаде штете.

5. Да ли решења новог Закона о општем управном поступку могу да буду основ за заштиту права на здраву животну средину као јавног интереса

Изведене анализе показују да идеја о потреби заштите здраве животне средине као јавног интереса има најјаче упориште у законима који представљају основ еколошког права у одређеној области, који су по правилу *lex specialis*. Следећи уочену матрицу, питање које се отвара јесте да ли Закон о општем управном поступку (ЗУП) даје правну гаранцију да ће у управном поступку одлуке у еколошким стварима бити донете уз препознавање и вредновање интереса заштите животне средине као јавног интереса?

Чини се да нови ЗУП препознавање таквог интереса уноси у одредбе о поступку укључивања заинтересоване јавности, дајући страначку легитимацију не само појединцима, већ и „заступницима јавног интереса овлашћеним посебним законом” и „заступницима колективних интереса”. То значи да је општи управни поступак трансформисан тако да право да у управном поступку учествују у својству странке имају и „заступници јавног интереса овлашћени посебним законом, заступници колективних интереса или заступници ширих интереса јавности који су организовани у складу са важећим прописима, у случају када на те интересе може да утиче резултат управног поступка.”¹⁸ Статус странке сада припада правним лицима и удружењима грађана која се баве заштитом, унапређењем и промоцијом заштите животне средине, као заштитницима колективних и ширих интереса јавности, јер се претпоставља да имају правни интерес за учешће у поступцима од значаја за заштиту животне средине. То, даље, значи да се тежиште права/обавезе да брине о интересу животне средине преноси на: а) појединце који су директно погођени нарушавањем стања животне средине и б) удружења, која у важећем законодавству и даље могу имати различите форме правног статуса и нису ограничена годинама постојања или условима који се односе на квалитет рада, која немају обавезу да доказују статус угрожености и повреде интереса до кога ће доћи доношењем појединачне одлуке у еколошкој ствари ради стицања својства странке у поступку (Ватн, 2018: 170–177).

Целовита заштита процесних права којима се постиже заштита животне средине подразумева истовремено ојачавање положаја различитих субјеката као странке у поступку доношења еколошких одлука. Питање које се даље отвара јесте да ли је шири појам странке у поступку постављен не само у односу на заинтересовану јавност већ и на органе који су

18 Чл. 44, ст. 3 Закона о општем управном поступку.

овлашћени да заступају јавни интерес? Ранији ЗУП је признавао својство странке у поступку јавном тужиоцу, јавном правобраниоцу и другим државним органима који су овлашћени да заступају јавни интерес.¹⁹ Истим органима је дато и право да изјаве жалбу када је решењем повређен закон у корист физичког или правног лица, а на штету јавног интереса.²⁰ Нови ЗУП не даје положај странке у поступку тим органима. Тиме је независним телима, попут Омбудсмана и Повереника за информације од јавног значаја, ускраћено право да покрену управни поступак или изјаве жалбу када је повређен интерес од значаја за заштиту животне средине.

6. Закључак

Заштита здравља људи и животне средине јесте јавни интерес који носи потребу да се у случајевима када дође до његове повреде заштите и права појединаца и права шире заједнице. Без обзира на то да ли је реч о спорности приватноправног или јавноправног карактера, у проналажењу решења треба поћи од природе еколошке ствари која је доминантно јавноправног карактера. Изведене анализе показују да је такав приступ видљив у појединим законима, чији се ефекат, међутим, губи у примени општих института правне заштите.

Резултати анализа показују да би други јавни интерес требало узети као претежнији у односу на интерес заштите животне средине само изузетно, рестриктивно и водећи рачуна да се заштита тог другог интереса узима као заштита, такође, посебног интереса, а не општег, чију би петежност у поређењу са другим ангажованим интересом требало оспорити. Пракса Европског суда правде, на примеру осигурања снабдевања електричном енергијом, указује да обављање општекорисне делатности не значи и апсолутни и безгранични приоритет који се мора задовољити чак и када је угрожен неки други јавни интерес. То отвара потребу да се разликује општи интерес сигурности снабдевања и посебни интерес који подразумева осигурање минималног нивоа снабдевања. Што, даље, значи да када се одређеним правним правилом одреди поступак који има за циљ да се обезбеди заштита животне средине, тиме је приоритет већ дат заштити здравља људи и заштити животне средине као јавном интересу. Изузеци који се односе на супротстављање тих интереса интересу обављања општекорисне делатности могу бити само привремени и дозвољени у оној мери у којој се задовољава минимум постизања јавне сигурности (у овом случају минимална сигурност снабдевања, при чему се узимају у обзир сви

19 Чл. 42 Закона о општем управном поступку.

20 Чл. 213, ст. 2 Закона о општем управном поступку.

извори снабдевања енергијом, а не само снабдевање енергијом из једног извора), а не општи јавни интерес (у овом случају шири јавни интерес у вези са обезбеђењем снабдевања електричном енергијом).

Literatura/References

Boström, M., Ugglä, 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.

Дреновак Ивановић, М., 2017а. *Еколошко право Европске уније – начела и карактеристике посебних управних поступака*. Београд.

Дреновак Ивановић М., Ђорђевић С., Важић С., 2015. *Правни инструменти еколошке заштите – грађанскоправна и кривичноправна заштита*. Београд.

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 pravobраниоца 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. П.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.

Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*. Бр. 18/2016.

Закон о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*. Бр. 72/2009, 81/2009 - испр., 64/2010 - одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 - одлука УС, 50/2013 - одлука УС и 98/2013 - одлука УС.

Закон о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*. Бр. 72/2009, 81/2009 - испр., 64/2010 - одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 - одлука УС, 50/2013 - одлука УС, 98/2013 - одлука УС, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019 и 37/2019 - др. закон.

Закон о радијационој и нуклеарној сигурности и безбедности, *Службени гласник РС*. Бр. 95/18 и бр. 10/19.

Закон о заштити животне средине, *Службени гласник РС*. Бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон, 43/2011 - одлука УС, 14/2016, 76/2018, 95/2018 - др. закон и 95/2018 - др. закон.

Законом о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда, *Службени гласник РС*. Бр. 128/2014 и 95/2018 - др. закон.

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 endan-

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

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-23432

UDK: 352/353:342(438)

Рад примљен: 01.10.2019.

Рад прихваћен: 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 tasks¹. 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-

¹ 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 expenditure².

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”³ 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

³ 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 Act⁴) 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 orphan-ages);
- 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 governments⁵. 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 resources⁶. 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 its 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

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: *Społeczeństwo 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., Gendźwił 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., Szwaś 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,

*Придружени професор, Катедра за управно право,
Департман за правно-административне науке,
Факултет права и администрације, Универзитет у Варшави,
Република Пољска*

УЛОГА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ У ПОЉСКОМ УСТАВНОМ СИСТЕМУ

Резиме

Реформа локалне управе призната је као један од највећих успеха политичке трансформације у Пољској. Општине (gminy) су добиле важна овлашћења у области јавних услуга од кључног значаја за живот локалне заједнице. Окрузи (powiaty) и покрајине (województwa) такође имају важне надлежности у области јавних услуга и одговорност за њихов развој. Њихову аутономију чувају правне, институционалне и финансијске гаранције и јаки локални лидери. Пажљиво осмишљен институционални оквир локалне и регионалне власти деловао је као постојан и отпоран систем, који гарантује снажну децентрализацију и даје локалним и покрајинским властима значајна овлашћења и одговорност у доношењу одлука у погледу већине јавних служби. Међутим, широко поље надлежности локалне самоуправе донело је многе проблеме у погледу тумачења прописа. Централни органи власти су успевали да пронађу адекватан инструментални приступ и очувају независност локалних власти. Држави је одговарало да децентрализује проблеме и изазове, али да задржи контролу над финансијама и другим ресурсима, као и да налази начине да повећа надзорна овлашћења над локалном управом. Скоро 30 година након поновног увођења територијалне самоуправе у Пољској, локална самоуправа би требало да буде добро укореењена у уставном систему Пољске, али да ли заиста тако?

Кључне речи: пољски уставни систем, локална и регионална самоуправа.

Др Жељко Мирјанић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Бањој Луци, Република Српска
Босна и Херцеговина

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23398

UDK: 349.2:342.7]:004.738.5
342.7

Рад примљен: 30.09.2019.
Рад прихваћен: 05.12.2019.

ЗАШТИТА ЛИЧНИХ ПОДАТАКА ЗАПОСЛЕНИХ У УСЛОВИМА КОРИШТЕЊА ИНФОРМАЦИОНИХ ТЕХНОЛОГИЈА

Апстракт: Послодавац путем информационих технологија прикупља, обрађује, користи и чува личне податке запослених потребне за остваривање права и обавеза у радном односу, а запослени има право на заштиту података у току и после престанка радног односа. Да би се обезбједила заштита личних података и приватности запослених, неопходно је дати већи значај правном уређивању начина кориштења ових технологија. Поред увећања ризика од злоупотребе личних података усљед употребе ових технологија, и потребе да се промијени правна пракса да запослени ријетко користе право на заштиту личних података, као важан разлог за правно уређивање може се издвојити обавеза постепеног усклађивања домаћег права са правом Европске уније (према Споразуму о стабилизацији и придруживању). Наведени разлози утичу да преовладава став да је неопходно уградити европске стандарде из ове области, предвиђене Уредбом (ЕУ) 2016/679 Европског парламента и Савјета из 2016. о заштити појединаца у вези с обрадом личних података и о слободном кретању таквих података. Тема текста обухвата и утицај информационих технологија на заштиту личних података запослених „узбуњивача“.

Кључне ријечи: заштита приватности и личних података запослених, утицај информационих технологија на заштиту личних података, заштита запослених узбуњивача.

* zeljko.mirjanic@pf.unibl.org

1. Увод

Заштита личних података запослених у условима кориштења информационих технологија представља посебну тему у оквиру радног права и дио шире правне теме о заштити основних права и слобода грађана у прикупљању, обради, кориштењу и чувању личних података. У оквиру правних истраживања, заштита личних података (података о личности) може се истраживати са аспекта поједине или више правних научних дисциплина унутар једне или више ужих правних научних области, као питање унутрашњег, европског и међународног права. Заштита личних података у условима кориштења информационих технологија представља поред теме правних истраживања, тему информатичких и других истраживања у разним научним областима и научним пољима и тему интердисциплинарних истраживања. У доступној правној литератури недостају резултати пројектних истраживања о заштити личних података и о повезаности права и информатике. Изабрана тема указује на значај истраживања ове везе засноване на томе да су информационе технологије незамјенљиво средство за обраду података. Пред истраживачима је задатак да објасне промјене у области заштите личних података и заштите приватности усљед кориштења информационих технологија које олакшавају обраду, а отежавају чување података и заштиту приватности. Изгледа оправдана констатација да је потреба за сигурношћу информација на мрежи једнака потреби за печатирањем воском стратешки важних докумената у претходној ери комуникација „на папиру” (Васковић, 2014: 40). Заштита личних података запослених у условима кориштења информационих технологија је једна од тема које се могу поставити по питању утицаја информационих технологија на промјене у свијету рада и на радне односе. Као друге актуелне и неистражене теме могу се издвојити рад на даљину, заштита безбједности и здравља запослених који користе ове технологије, итд.

Правно регулисање заштите личних података и приватности запослених се заснива на уставној заштити података о личности којом је забрањена и кажњива употреба тих података изван сврхе за коју су прикупљени, праву свакога да буде обавијештен о прикупљеним подацима о својој личности и праву на заштиту од њихове злоупотребе. Тренд да послодавци све више и масовно користе информационе технологије, подстакнут ефикасношћу и финансијском доступношћу ових технологија, упућује на питање како законским и аутономним правним одредбама правно регулисати кориштење ових технологија у циљу остваривања уставних одредби. Потребно је избјећи повреду безбједности личних података запослених која доводи до уништења, губитка, измјене, неовлашћеног

откривања или приступа подацима. Да би се то избјегло, послодавац је дужан да регулише, организује и контролише обраду података запослених на начин који спречава кршење њихових права и злоупотребе. Полазећи од става да треба регулисати кориштење информационих технологија код послодавца на начин да се обезбиједи заштита података о личности и приватности запослених према конкретним условима рада, може се поставити и теза да је заштита личних података и приватности запослених важна тема за колективне преговоре и социјални дијалог. При томе се полази од схватања да се заштита личних података и приватности не може посматрати одвојено од заштите достојанства на раду и да је људско достојанство данас стандардни садржај европских устава, било самостално или као додатак уз људска права (право на живот, приватност, морални интегритет, идентитет или правичност кривичног поступка) (Ћуло, 2015: 50). Договором социјалних партнера могу се постићи ефикасно и рационално кориштење ових технологија и избјећи радни спорови, а посебно спорови поводом видео-надзора и надзора електронске поште, те утицати на свијест запослених и послодавца. Поред законом утврђених легитимних разлога за увођење видео-надзора у просторијама послодавца, ове разлоге би заједнички могли утврдити и социјални партнери онда када то налаже оправдан интерес послодавца. Но, моћ колективног дјеловања радника није значајније кориштена за заштиту њихових основних људских права на раду, укључујући и право на приватност. Имајући у виду да је савремена технологија омогућила послодавцу да на веома брз и лак начин прикупља и обрађује податке о запосленом и да их континуирано надзире, било би добро да представници радника редефинишу своју улогу у погледу заштите права радника (Ковач Орландић, 2019: 174).

На заштиту личних података запослених примјењују се поједине одредбе из радног законодавства и одредбе закона који регулише заштиту личних података (података о личности), те се поставља питање усклађености заштите података запослених са начелима и правилима заштите личних података која се односе на све грађане, а која су обично написана по узору на европске и међународне стандарде у овој области. Поред ових стандарда, за регулисање заштите личних података и заштите приватности запослених важни су ставови Европског суда за људска права садржани у пресудама које се односе на заштиту личних података и приватности. У овом тексту се полази од опште тезе да је за унапређење нивоа заштите личних података и приватности запослених важно уградити у законске одредбе међународне и европске стандарде из ове области, а разлози за то су повезани са успостављањем информатичког друштва у околностима глобализације и регионализације. У прилог томе може се навести да је у Преамбули

Декларације МОП-а о социјалној правди у циљу праведне глобализације констатовано да садашњу глобализацију карактерише распрострањеност нових технологија и да је она фактор који изазива преобликовање свијета рада из корјена, те да МОП у контексту глобализације мора, између осталог, да промовише филозофију постављања стандарда, као основног елемента својих активности, повећањем њиховог значаја на свијет рада.¹ Подутицајем актуелне фазе глобализације, започете у прошлом вијеку, мијења се и начин заштите људских права, укључујући права запослених и у оквиру тога право на заштиту личних података и приватности. У литератури се обично под утицајем глобализације на стандарде у међународном и европском праву подразумијева неолиберална промјена свијета током претходних деценија. У научној јавности нису до краја разјашњене дилеме о природи, значају и посљедицама актуелне фазе процеса глобализације и европске интеграције као дијела тог процеса и утицај који ови процеси имају на промјене правног система у (пост)транзиционим земљама Југоисточне Европе. У јавности није спорно да се идеја неолибералне глобализације разликују од идеје глобализације као историјског процеса, чији је саставни дио развој међународног права у правцу остваривања прокламованих универзалних вриједности, укључујући развој међународног радног права у правцу остваривања циљева радног права као што су социјална правда, социјални мир и забрана конкуренције. Даљи ток глобализације и карактер њеног утицаја на развој (радног) права није могуће сигурно предвидјети, иако је почетком овог вијека изгледало друкчије. За земље Југоисточне Европе усклађивање домаћег права са правом ЕУ представља континуиран и дуготрајан процес у оквиру европске интеграције. Динамика и обим усклађивања објективно зависе од могућности поједине земље да се приближи степену економског и социјалног развоја ЕУ, а субјективно зависи од капацитета институција власти и воље друштвених партнера да према достигнутом степену развоја земље креирају промјене одређених грана права (Мирјанић, 2014: 130). Али, дуготрајност процеса европске интеграције доноси овим земљама неизвјесност и успорава динамику усклађивања права.

У тексту се полази и од тезе да обим заштите личних података предвиђен за запослене није довољан да се заштите запослени узбуњивачи и да је важна додатна заштита идентитета ових лица стога што ове технологија омогућавају лакше откривање личних података узбуњивача.

1 Декларација МОП-а о социјалној правди у циљу праведне глобализације, енг. *Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, ILC, 97th session, Geneva, 2008.*

2. Европски стандарди заштите личних података

Регулисање кориштења информационих технологија за обраду личних података, укључујући и обраду личних података запослених, у земљи кандидату за пријем у Европску унију јесте важан дио процеса усклађивања (хармонизације) права. Као примјери те обавезе могу се навести члан 81 Споразума о стабилизацији и придруживању који је закључила Република Србија са Европском унијом, који успоставља обавезу да се усклади законодавство које се односи на заштиту података о личности са законодавством Уније,² и члан 79 Споразума о стабилизацији и придруживању који је закључила Босна и Херцеговина, а који исто успоставља обавезу усклађивања законодавства које регулише заштиту личних података са правом Заједнице и другим европским и међународним стандардима, те обавезу да се успостави независно надзорно тијело са довољним финансијским и људским потенцијалима у циљу ефикасног праћења и гарантовања провођења законодавства о заштити личних података.³ Земље у региону у законском регулисању заштите личних података уважавају европске стандарде за заштиту података и постепено са различитом динамиком испуњавају преузету обавезу хармонизације. Тако је Република Србија донијела Закон о заштити података о личности послје доношења Уредбе Европске уније 2016/679, за разлику од Босне и Херцеговине која још није ускладила закон који регулише заштиту личних података са овом Уредбом, а што није посљедица друкчијег односа према преузетој обавези, већ динамике законодавне дјелатности.⁴ Основне одредбе о усклађивању националних прописа с правном стечевином ЕУ садржане су у Уговору о оснивању Европске заједнице, а што се односи и на процес усвајања и примјене права ЕУ у радном праву и свијету рада. Како је подвучено, правна стечевина није само право у ужем смислу, јер обухвата садржај, начела и политичке циљеве оснивачких уговора, законодавство усвојено на темељу оснивачких уговора, пресуде Европског суда правде, декларације и резолуције ЕУ, мјере које се односе на заједничку спољну и безбједносну политику, правосуђе и унутрашње послове, међународне уговоре које је склопила Европска заједница, као и уговоре закључене између држава чланица с трећим земљама у подручју дјеловања ЕУ

2 Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, Сл. гласник РС-Међународни уговори, 83/08.

3 Одлука о ратификацији Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица и Босне и Херцеговине, Сл. гласник БиХ – Међународни уговори, 10/08.

4 Закон о заштити података о личности, Сл. гласник РС, 87/18; У Црној Гори: Закон о заштити података о личности, Сл. лист ЦГ, 79/08, 70/09, 44/12 и 22/17.

(Ušur, 2007: 311). Обавеза усклађивања права утврђена појединачним Споразумима о стабилизацији и придруживању између Европске заједнице и земаља Југоисточне Европе испуњава се постепеним пројенама права које треба да помири европске захтјеве са домаћим правним, економским и социјалним околностима.

Законодавац у регулисању заштите података о личности и приватности полази од стандарда у које је уграђен концепт приватности успостављен током развоја европског правног оквира за заштиту података, а који почиње са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (чл. 8), преко Повеље Европске уније о основним правима која регулише заштиту независно од облика у коме су садржани и медијума на коме су похрањени подаци, других извори права ЕУ који уређују заштиту података, Директиве 95/46/ЕЗ и завршава Уредбом 2016/679 о заштити појединаца у вези с обрадом личних података и о слободном кретању таквих података. Заштита личних података предвиђена је најважнијим актима Европске уније као основно право: према Уговору о функционисању Европске уније (члан 16) свако има право на заштиту својих личних података, а према Повељи Европске уније о основним правима (члан 8) свако има право на заштиту личних података; подаци морају се обрађивати поштено, у утврђене сврхе и на основу сагласности лица о коме је ријеч, или на некој другој легитимној основи утврђеној законом; свако има право на приступ прикупљеним подацима који се на њега или њу односе и право на њихово исправљање; поштовање тих правила подлијеже надзору независног тијела. Како примјеђују аутори, у општој еволуцији концепта приватности, постепено је успостављено право на приватност, тако што је препознавање и признавање права на приватност настало из потребе да се обезбиједи што ефикаснији механизми приватности јер су, са друштвеним и технолошким напретком, могућности њене повреде постале све доступније, а начини на који се те повреде чине све софистициранији (Поповић, Јовановић, 2017: 123).

За регулисање заштите личних података у процесу усклађивања домаћег права са правом Европске уније посебна важност припада Уредби 2016/679 Европског парламента и Савјета од 27. априла 2016. о заштити појединаца у вези с обрадом личних података и о слободном кретању таквих података, те о стављању изван снаге Директиве 95/46/ЕЗ (Општа уредба о заштити података)⁵, чија је примјена обавезна за чланице од 25. маја 2018. године.

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).

Она ставља ван снаге Директиву 95/46/ЕЗ донијету 1995. године када је интернет још био у повојима и, с обзиром на дигитално доба у којем се биљежи рапидан развој технолошких достигнућа која омогућавају пуно бржи проток роба и услуга, и размјену података, циљ доношење Уредбе је било осигурање једнаковриједног нивоа заштите појединаца и слободног протока личних података широм Европске уније (Bet-Ra-detić, 2017: 9). Према Уредби, начела и правила о заштити појединаца у вези с обрадом личних података поштују основна права и слободе. Општа уредба о заштити података се примјењује директно без могућности интерпретација, а што свим европским грађанима обезбјеђује уједначено право на заштиту личних података. Као један од разлога за уређивање заштите личних података у Европској унији наводи се нужност доношења правног инструмента који ће осигурати заштиту права и личних слобода појединаца у вези с обрадом личних података.⁶ Она се примјењује на фирме и појединце који обављају одређену професионалну активност, удружења, болнице, клубове, на физичка лица када обрађују личне податке изван оквира потреба домаћинства, на државне институције (осим у случајевима кривичноправних активности, попут спречавања кривичних дјела или прогона починилаца истих, те у подручјима изван надлежности права Европске уније). Општа уредба о заштити података се сматра веома значајним корак у правцу успостављања јединственог дигиталног тржишта у Европској унији, и ствара савременији и детаљнији оквир за правно уређење заштите података о личности (Поповић, Јовановић, 2017: 137). Правила која она садржи служе као примјер у земљама ван Уније, као што је, на примјер, правило да грађани имају надзор над обрадом властитих података. Општа уредба о заштити података као и Директива 95/46/ЕЗ садржи право на обавијештеност, право на приступ подацима, право на протест лица чији се подаци обрађују, а садржи и нова права: право да се ограничи обрада и право на преносивост података.

Општа уредба о заштити података оставља могућност земљама чланицама да у случајевима обраде података запослених пропишу посебна правила за обраду личних података у оквиру запослења. То се првенствено односи на услове под којима се лични подаци могу обрађивати на основу сагласности запосленог за потребе запошљавања, извршавања уговора

6 У прилог томе, може се навести да у извјештају из 2010. године Агенције ЕУ за основна права, у коме се говори о потреби заштите личних података запосленог лица као субјекта у неравноправном положају, наводи да су у земљама чланицама уочене различите неправилности у погледу заштите личних података. European Union Agency for Fundamental Rights, *Data Protection in the European Union: the role of National Data Protection Authorities*, преузето 28. 9. 2019. http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Data-protection_en.pdf, стр. 37.

о раду, испуњавања законом или колективним уговорима утврђених обавеза. У питању су управљање, планирање и организација рада, заштита здравља и безбједности на раду, остваривање права из радног односа и престанак радног односа. Према овој Уредби, да би био могућ надзор, потребно је да послодавац то уреди општим актом чији су предмет услови, кориштење и надзор службене електронске поште, службених мобилних телефона, кориштење биометријских података и сл. Видео-надзор није директно неведен у Уредби, али кроз дефиницију личних података посебно осјетљиве природе даје му се значај надзора за који су потребне посебне мјере заштите, односно она снимак са видео-надзора класификује као лични податак посебно осјетљиве природе. Кориштењем видео-надзора могу се обрађивати лични подаци посебно осјетљиве природе, као што су подаци о етничком поријеклу, здравственом стању, економски и социјални статус, итд. Постављање видео-надзора је право власника некретнине, али видео-надзор намијењен да се обезбиједи сигурност лица и имовине не може да се постави на начин да се крши право запосленог на приватност. Околности могу оправдати видео-надзор ако вриједност добара која се желе заштитити и степен угрожености који пријети преовладава у односу на заштиту личних података. Поред наведеног, за регулисање начина кориштења видео-надзора, прихватљивости надзора електронске поште и сл. важне су пресуде Европског суда за људска права донесене поводом повреде заштите личних података и приватности запослених. Пресуде овог Суда утичу на формирање правних схватања о правима и одговорности послодавца и запосленог у вези са заштитом личних података. Пракса Суда показује да кориштење информационих технологија прати кршење права на заштиту права приватности, конкретно члана 8 о заштити података и приватности Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, а по коме свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке, и држава се неће мијешати у вршење овог права осим ако то није у складу са законом и ако је то неопходно у демократском друштву у интересу националне и јавне безбједности, економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, заштите права и слобода других. Као примјер могу се издвојити пресуде у предмету *Copland* (Copland) против Уједињеног Краљевства⁷ и предмету *López Ribalda* (López Ribalda) и други против Шпаније⁸. Први судски предмет се односи на услове под којима послодавац може да надзире кориштење телефона, електронске поште и интернета на послу и важност да се регулише праћење и истакне

7 *Copland v. United Kingdom*, Judgment of 3 April 2007, no. 62617/00.

8 *López Ribalda and others v. Spain*, Judgment of 9 January 2018, no. 8567/13.

упозорење запосленима о праћењу, а други судски предмет се односи на тајно праћење уз помоћ видео-надзора. Према пресуди донесеној 2007. године у предмету Копланд (Copland) против Уједињеног Краљевства, прикупљање и чување личних података о телефонским позивима, кориштењу електронске поште и интернета без знања подносиоца јесте повреда права на поштовање приватног живота и преписке. Суд је закључио да су телефонски позиви упућени са посла покривени појмом „приватни живот“ и „преписка“ у смислу члана 8 Конвенције, као и да се то односи на кориштење електронске поште и интернета, а при чему је небитна чињеница да подаци нису објављени или употребљени против подносиоца пријаве у дисциплинском или другом поступку. У периоду на који се представка односи ни у домаћем законодавству ни у актима послодавца није било прописа о томе под којима условима послодавац може да надгледа како запослени користе телефон, e-mail и интернет, те да се не може третирати да је мијешање у приватни живот било „у складу са законом“ као што захтијева члан 8, став 2 Конвенције. Суд не искључује могућност да се праћење кориштења телефона, електронске поште или употребе интернета на радном мјесту може сматрати „неопходним у демократском друштву“ у одређеним ситуацијама када постоји легитиман циљ. У предмету Лопез Рибалда (López Ribalda) и други против Шпаније је повријеђено право на приватност зато што подносиоци, упркос законским одредбама, нису упозорени да су током читавог радног времена под видео-надзором, иако су ухваћени скривеним камерама да краду због чега су добили отказ. Европски суд је закључио како, без обзира на то што је за спорни видео-надзор одговоран власник приватне фирме, држава има позитивну обавезу успоставити одговарајућу равнотежу између заштите приватног живота грађана и интереса послодавца. Према шпанском закону, појединце се мора на јасан начин обавијестити о прикупљању и обради личних података. Европски суд је утврдио да је видео-надзором повријеђено право на приватни живот подносилаца, али је оцијенио да кориштењем снимака надзорне камере у судском поступку није повријеђено право на поштено суђење у радном спору, јер су, међу осталим, осим снимака кориштени и други докази.

3. Регулисање заштите личних података запослених

Заштита личних података и приватности запослених је регулисана у оквиру заштите права запослених, а може се теоријски посматрати и као дио заштите здравља и безбједности на раду у ширем смислу. Како се наводи, заштита здравља и безбједности на раду у ширем смислу, поред скупа мјера и средстава којима су циљ безбједни услови рада (заштита у

ужем смислу), обухвата и скуп мјера и средстава за стварање удобности на мјестима рада, хумане радне средине, очувања приватности, људског достојанства и моралног интегритета запосленог на раду. Појам заштита здравља и безбједности на раду у ширем смислу треба да створи свим категоријама запослених физичко и ментално здравље, заштити морални интегритет и достојанство личности, пружи задовољство и удобност на послу. Мјере заштите приватности запосленог треба сагледати и у контексту (не)допуштености вођења евиденција о личности запосленог које нису у вези са пословима радног мјеста (Лубарда, 2013: 145). Колико је важно регулисати мјере заштите приватности показује примјер заштите података о физичком или менталном здрављу, укључујући и податке о пружању здравствених услуга, који откривају информације о здравственом стању. Како је констатовано, послодавац има легитимно право да буде обавијештен о здравственом стању запосленог на радним мјестима са повећаним ризицима на основу периодичних љекарских прегледа, како би могао предузети мјере заштите здравља и безбједности на раду (Лубарда, 2013: 146). Послодавац може да упути запосленог на одговарајуће прегледе у здравствену установу ако одбије оцјену здравствене способности, а ради на пословима за чије је обављање као посебан услов утврђена посебна здравствена способност, али може да то учини и у случају ако запослени не достави потврду о привременој спријечености за рад или злоупотреби право на одсуство за вријеме привремене спријечености за рад.⁹ У овом случају упућивање запосленог на одговарајуће прегледе у здравствену установу служи да се утврди да ли постоји разлог за отказ уговора о раду. Кориштење информационог технологија отежава чување података о здравственом стању и других „осјетљивих“ личних података и увећава опасност од тога да подаци буду неправилно кориштени или злоупотребљени. Стога је важно обезбиједити cjеловитост и повјерљивост да се подаци обрађују на начин којим се постиже одговарајући ниво безбједности, укључујући заштиту од неовлашћене или незаконите обраде, те од случајног губитка, уништења или оштећења, а што тражи и Уредба (ЕУ) 2016/679.

Предмет одредби у радном законодавству је прикупљање, кориштење, чување и заштита личних података потребних за закључивање уговора о раду, за остваривање права у радном односу, за заштиту безбједности и здравља на раду, итд. Послодавац може користити ове податке послуже престанка радног односа зависно од дужине времена у коме је неопходно да се они користе због одређеног разлога, као што је стицање права на пензију, регулисање здравственог осигурања, итд. У прилог наведеног

⁹ Члан 179 Закона о раду Републике Српске, *Сл. гласник РС*, 1/16.

ограничења може се навести правило у препоруци Савјета Европе да не треба чувати личне податке дуже него што оправдава сврха обраде или захтијевају интереси садашњег или бившег запосленог лица,¹⁰ као и то да према Уредби Европске уније 2016/679 подаци морају бити чувани тако да је могућа идентификација испитаника само толико времена колико је потребно у сврху ради које се лични подаци обрађују, а даља обрада података је могућа ради архивирања у јавном интересу, истраживања и статистичке обраде. Анализирани закони о раду прописују које податке послодавац не може тражити, а које податке обрађује уз право запосленог да оствари увид, захтијева исправљање нетачних и брисање података који нису од непосредног значаја за послове које обавља.¹¹ То је у складу са Уредбом (ЕУ) 2016/679, према којој подаци морају бити тачни и ажурни и морају се предузети мјере да се лични подаци који нису тачни, узимајући у обзир сврху за коју се обрађују, без одлагања избришу или исправе. Запослени може ускратити одговоре на питања која крше приватност и достојанство (питања која се односе на брачни статус, сексуалну оријентацију, мајчинство и планирања породице, итд.). Послодавцу није допуштено да захтијева непотребне податке који откривају приватни живот запосленог, али и поред те забране и права запосленог да тражи брисање сувишних и исправљање нетачних података, да тражи заштиту ако послодавац непрописно користи информационе технологије, запослени није у равноправном односу са послодавцем ни у погледу обраде личних података. Поред правних прописа, како се наводи, правни основ за обраду личних података радника од стране послодавца налази се у склапању и извршењу уговора о раду. Уговори о раду се заснивају на добровољној основи између радника и послодавца, па можемо казати да се радни однос заснива и на међусобном повјерењу између послодавца и радника, али никако не смијемо занемарити да је послодавац у односу на радника у супериорнијим положају (Bet-Radetić, 2017: 4). У прилог томе, може се навести да посљедица кориштења електронског надзора може бити дисциплинска мјера или отказ од стране послодавца ако се путем надзора докаже да је запослени учинио тежу повреду радне обавезе, да није поштовао радну дисциплину, да постоји оправдан разлог за отказ уговора о раду. У овом случају кориштење информационих технологија служи да се утврди да ли запослени испуњава дужности због чијег кршења

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 Закон о раду, *Сл.гласник Републике Србије*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17,113/17 и 95/18. Закон о раду, *Сл. гласник Републике Српске*, 1/16 и 66/18; Закон о раду, *Сл. новине ФБиХ*, 26/16 и 89/18; Закон о раду, *Сл. лист ЦГ*, 49/08, 26/09, 88/09, 26/10, 59/11, 66/12, 31/14, 53/14 и 4/18; *Zakon o radu, Narodne novine*, 93/14 и 127/17.

може да престане радни однос, као што су забрана дискриминације, дужност да обавијести послодавца о битним околностима које утичу на обављање послова, односно о потенцијалној опасности за живот и здравље, на опасности од настанка материјалне штете, итд. Да би се заштитила приватност запослених, послодавац је дужан да регулише кориштење електронског надзора запослених и да обавијести запослене и њихове представнике о томе, начину обраде и заштите података. Уз нужност свеобухватног нормативног регулисања електронског надзора законским текстом, поједина питања би се могла додатно уредити и интерним актима послодавца. Надзор треба користити само у случају остваривања легитимних циљева, он мора бити транспарентан, сразмеран и нужан. Интерни акти послодавца треба да садрже одредбе којима се јасно дефинишу поље примјене, циљеви и разлози увођења система надзора, а са увођењем мјера електронског надзора морали би се сложити и запослени (Жарковић, 2015: 179).

Право на заштиту личних података и приватности запослених не може се посматрати одвојено од права на заштиту података о личности (личних података грађана), које означава заштиту приватности лица у ширем смислу, односно свега онога што неко лице одређује и по чему се оно разликује од других лица. Поред закона који чине радно законодавство, на заштиту личних података запослених се примјењују одредбе закона који регулише заштиту личних података, уз обавезу да посебни закони буду у складу са општим. За регулисање заштите личних података запослених вриједе начела обраде података утврђена општим законом о заштити личних података: подаци се морају обрађивати законито, поштено и транспарентно у односу на лице на које се подаци односе, подаци морају бити тачни и, ако је то неопходно, ажурирани, прикупљање података је ограничено у односу на сврху обраде, врши се минимизација података, ограничење чувања, поштују интегритет и повјерљивост.¹² Према Закону о заштити података о личности у Републици Србији (чл. 91), на обраду у области рада и запошљавања примјењују се одредбе закона којима се уређује рад и запошљавање и колективни уговори, уз примјену одредби овог закона. Ако закон који уређује рад и запошљавање или колективни уговор садрже одредбе о заштити података о личности, морају се прописати и посебне мјере заштите достојанства личности, легитимних интереса и основних права лица на које се подаци односе, посебно у односу на транспарентност обраде, размјену података о личности унутар мултинационалне компаније, односно групе привредних субјеката,

12 Члан 5 Закона о заштити података о личности, *Сл. гласник РС*, 87/18.

као и систем надзора у радној средини.¹³ На који начин кориштење информационих технологија увећава опасност од штетних посљедица за запослене указује и профилисање облика аутоматизоване обраде, које се користи да би се оцијенило одређено својство личности, посебно у циљу анализе или предвиђања радног учинка физичког лица, његовог економског положаја, здравственог стања, личних склоности, интереса, поузданости, понашања, локације или кретања.¹⁴ Лице на које се подаци односе има право да се на њега не примјењује одлука донијета искључиво на основу аутоматизоване обраде, укључујући и профилисање, ако се том одлуком производе правне посљедице по то лице или та одлука значајно утиче на његов положај, осим у законом одређеним случајевима.¹⁵

У земљама у региону је прихваћен нормативни приступ да је неопходно посебно уредити заштиту лица која пријаве корупцију како би учествовали у заштити јавних интереса, што показују доношење закона чији је циљ и предмет заштита узбуњивача.¹⁶ У питању је заштита радноправне сигурности лица која воде борбу против корупције ризикујући да буду шиканирани од стране послодавца. Законско регулисање заштите права узбуњивача, по узору на законе у појединим европским државама, може из нове законодавне праксе прерасти у нормативни тренд у региону. Заштита радноправног статуса запослених који открију информације о корупцији и другим незаконитим радње код послодавца је обезбијеђена у оквиру заштите права која припада свим запосленим и без законског регулисања заштите узбуњивача, али постепено преовладава став да та заштита није довољна. Ризик од корупције је појачан у оним срединама гдје није пружена одговарајућа заштита узбуњивача (Мирјанић, Чошабић, 2016: 132). Заштита идентитета и личних података ових лица је додатно угрожена у условима кориштења информационих технологија, а као примјер за то може се навести псеудонимизација, а под којом се подразумијева обрада података на начин који онемогућава приписивање података о личности одређеном лицу без кориштења додатних података, а под условом да се додатни подаци чувају посебно и да су предузете техничке, организационе и кадровске мјере које обезбјеђују да се податак о личности не може приписати одређеном или одредивом лицу.¹⁷

13 Члан 91 Закона о заштити података о личности, *Сл. гласник РС, 87/18.*

14 Члан 4 Закона о заштити података о личности, *Сл. гласник РС, 87/18.*

15 Члан 38 Закона о заштити података о личности, *Сл. гласник РС, 87/18.*

16 Закон о заштити узбуњивача, *Сл. гласник РС, 128/14*; Закон о заштити лица која пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине, *Сл. гласник БиХ, 100/13*; Закон о спречавању корупције, *Сл. лист ЦГ, 53/14 и 42/17.*

17 Члан 4 Закона о заштити података о личности, *Сл. гласник РС, 87/18.*

Псеудонимизација може смањити ризик од повреде личних података. Када се информационе технологије користе за пријављивање корупције од стране запослених, чак и ако се не захтијевају очигледни лични подаци, тијело којем се врши пријава мора водити рачуна о томе да се и IP адреса сматра личним податком, јер је у пресуди Суда правде Европске уније у предмету Breyer против Њемачке одлучено да чак и динамична IP адреса може у одређеним околностима представљати лични податак (Mirjanić, Čošabić, 2017: 135).

4. Закључак

Послодавци користе информационе технологије за контролу присуства запослених на радном мјесту, за заштиту безбједности и здравља на раду, за заштиту имовине и смањења ризика од насиља и крађа, итд. Стога је важна тема како законски регулисати кориштење нових технологија на начин да се обезбједи заштита личних података и приватности, који су угрожени усљед ширења праксе електронског надзора, софистицираног праћења запослених који раде на рачунару и прикупљања биометријских података запослених. Посматрана тема обухвата и питање заштите личних података запослених узбуњивача. Регулисање кориштења информационих технологија за обраду личних података је и важан предмет колективног уговора, општег акта послодавца и других облика аутономног правног регулисања по питањима која нису регулисана законом. То се односи на аутономно регулисање услова за кориштења и начин њиховог кориштења за обраду личних података који се траже ради закључивања уговора о раду и током трајања радног односа, као и других питања која се односе на заштиту личних података. Задатак правника је да, стварањем правних прописа и успостављањем правне праксе, одреде границу између права запослених на заштиту личних података и приватности и права послодавца да обрађује личне податке и за то користи информационе технологије. Уз афирмацију права на приватност и правну заштиту тог права, неопходно је развијање свијести о значају поштовања приватности запослених. За унапређење нивоа заштите личних података и приватности запослених важно је уградити у законске одредбе међународне и европске стандарде из ове области. Поређење законских одредби о заштити података о личности у земљама региона показује да се уважавају европски стандарди за заштиту података и постепено испуњава обавеза хармонизације права. У том смислу, прилагођавање законодавства најважнијим промјенама које доносе информационе технологије, укључујући и промјене у свијету рада, зависи од развоја европског права и права Европске уније које има за циљ да одреди права појединаца и обавезе субјеката који обрађују личне податке.

Литература/References

Вет–Radetiћ В. (2017). *Zaštita osobnih podataka u radnim odnosima, Radno pravo*. 9/17.

Васковић, В. (2014). *Електронско пословање у јавној управи eGovernment*, Београд: Београдска пословна школа.

Жарковић, И. (2015). Мере електронског надзора запослених и право на приватност на радном месту. *Наука, безбедност, полиција*. 20(3), 165–182.

Ковач Орландић, М. (2019). Видео-надзор у просторијама послодавца. *Зборник Правног факултета у Нишу*. 82/19. 165–182.

Лубарда, Б. (2013). *Увод у радно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Мирјанић, Ж. (2014). Значај социјалног дијалога у процесу усклађивања домаћег права са правом Европске уније. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 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.

Поповић, Д. Јовановић, М. (2017). *Право интернета: одабране теме*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. Уџур, М. (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*, преузето 28. 9. 2019. 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.

Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране. *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 83/08

Одлука о ратификацији Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица и Босне и Херцеговине. *Сл. гласник БиХ – Међународни уговори*. Бр. 10/08

Закон о заштити података о личности. *Сл. гласник РС*. Бр. 87/18.

Закон о заштити података о личности. *Сл. лист ЦГ*. Бр. 79/08, 70/09, 44/12 и 22/17.

Закон о раду Републике Српске. *Сл. гласник РС*. Бр. 1/16 и 66/18.

Закон о раду. *Сл. гласник Републике Србије*. Бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17 и 95/18.

Закон о раду. *Сл. лист ЦГ*. Бр. 49/08, 26/09, 88/09, 26/10, 59/11, 66/12, 31/14, 53/14 и 4/18.

Закон о раду. *Narodne novine*. Бр. 93/14 и 127/17.

Закон о заштити личних података. *Службени гласник БиХ*. Бр. 49/06, 76/11 и 89/11.

Закон о заштити узбуњивача. *Сл. гласник РС*. Бр. 128/14.

Закон о заштити лица која пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине. *Сл. гласник БиХ*. Бр. 100/13.

Закон о спрјечавању корупције. *Сл. лист ЦГ*. Бр. 53/14 и 42/17.

Пресуда ЕСЉП у случају Лопез Рибалда и др. (López Ribalda and others) против Шпаније од 9. јануара 2018. године (поднесак бр. 8567/13).

Пресуда ЕСЉП у случају Копланд (Copland) против Уједињеног Краљевства од 3. априла 2007. године (поднесак бр. 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.*

Др Горан Обрадовић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-24999

UDK: 378.11(497.11)
Раd примљен: 20.01.2020.
Раd прихваћен: 03.02.2020.

ПРЕСТАНАК ДУЖНОСТИ ОРГАНА ПОСЛОВОЋЕЊА УНИВЕРЗИТЕТА И ФАКУЛТЕТА**

Апстракт: Ректора универзитета и декана факултета, као органе пословођења тих установа, бира и разрешава одговарајући савет, као орган управљања. Ближи услови, начин и поступак избора и разрешења органа пословођења уређују се статутом високошколске установе, у складу са принципом аутономије универзитета. Законом о високом образовању Републике Србије прописана су извесна ограничења везана за избор органа пословођења, као и случајеви када до престанка дужности долази по сили закона. Закон, за разлику од ранијих прописа из ове области, уводи и неке нове разлоге за престанак дужности органа пословођења универзитета и факултета. Осим тога, новина је и овлашћење министра просвете да, на предлог просветне инспекције, разреши ректора и декана, уколико буду испуњени услови за разрешење а орган управљања то не учини. Овом овлашћењу министра посвећена је посебна пажња, као и тежој повреди етичког кодекса и препоруци Агенције за борбу против корупције као разлозима за разрешење.

Кључне речи: универзитет, факултет, ректор, декан.

* obrad@prafak.ni.ac.rs

** Овај рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије. У виду усменог саопштења рад је изложен на Међународној научној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, одржаној на Правном факултету Универзитета у Нишу 12. и 13. априла 2019. године.

1. Увод

Аутономија универзитета подразумева право универзитета (и факултета у његовом саставу – уколико имају својство правног лица) да, између осталог, самостално бирају своје органе. Та самосталност није апсолутна, већ је ограничена одређеним правима оснивача. Оснивачка права, с друге стране, разликују се у зависности од тога да ли је универзитет/факултет у државном или у приватном власништву.

Уставом Републике Србије¹ аутономија универзитета, високошколских и научних установа зајемчена је на начин да оне самостално одлучују о своме уређењу и раду, у складу са законом.² Закон којим се то ближе уређује јесте Закон о високом образовању Републике Србије³. Аутономија универзитета и других високошколских установа у Републици Србији подразумева, између осталог, и „право на доношење статута и избор органа управљања и других органа“⁴.

Прокламовано право на избор органа управљања и других органа⁵ ограничено је на начин да ће то бити „...у складу са овим законом“. „Усклађеност са законом“ обезбеђена је на начин да чланове савета универзитета, факултета и уметничке академије у саставу универзитета и академије струковних студија представници оснивача чине са 30% заступљености.⁶ Када је оснивач Република, представнике оснивача именује Влада.⁷

1 „Сл. гласник РС“, бр. 98/2006

2 Чл. 72 Устава.

3 „Сл. гласник РС“, бр. 88/2017, 73/2018, 27/2018-др. закон и 67/2019.

4 Све ово у складу са овим законом. Осим наведеног, у аутономију спадају и: право на утврђивање студијских програма, право на утврђивање правила студирања и услова уписа студената; право на уређење унутрашње организације; право на избор наставника и сарадника; право на издавање јавних исправа; право на располагање финансијским средствима, у складу са законом; право на коришћење имовине, у складу са законом; право на одлучивање о прихватању пројеката и међународној сарадњи. Чл. 6 Закона о високом образовању Републике Србије.

5 Чл. 6, ст. 1, т. 4 Закона о високом образовању.

6 У односу на 55% представника високошколске установе и 15% представника студената.

7 Потребно је да то буду, макар по слову Закона, истакнуте личности из области науке, културе, просвете, уметности и привреде.

2. Сметње за избор на функцију и престанак дужности ректора и декана

Установе високог образовања у Србији су, између осталих, универзитет и факултет.⁸ Универзитет, као самостална високошколска установа⁹ јесте орган управљања самосталне високошколске установе (у даљем тексту: универзитет). Орган пословођења универзитета је ректор, а факултета декан.¹⁰

Законом о високом образовању прописане су неке чињенице чије постојање представља сметњу да неко лице буде изабрано на функцију ректора или декана или да, ако наступе после избора, доведу до разрешења. По свом карактеру, сметње за избор на функцију ректора и декана умногоме су сличне сметњама за заснивање радног односа, и то како по сврси због које су уведене, тако и по последицама. Осим тога, многе од њих су идентичне са сметњама за заснивање радног односа, нарочито када су у питању службеници (државни, покрајински и локални).

Сметње за заснивање радног односа најчешће се дефинишу као „праве чињенице које лицу које испуњава услове за заснивање радног односа привремено (ређе трајно) правно онемогућавају заснивање радног односа, стицање звања, односно чије наступање има за последицу престанак радног односа“¹¹. Уобичајена подела сметњи за заснивање радног односа је на привремене и трајне (најчешће је то постојање другог радног односа и инвалидности), као и на отклоњиве и неотклоњиве, при чему наступање неке од њих доводи до спречавања заснивања радног односа, стицања неког звања или до престанка радног односа.¹² Сметње заснивању радног односа чине исти недопуштеним, односно неваљаним¹³.

Законски разлози за престанак дужности/спречавања избора могу се сврстати у четири групе: 1) правоснажна осуда за кривично дело; 2) правоснажна осуда за теже кршење кодекса професионалне етике; 3) разрешење дужности и 4) правоснажна препорука за разрешење дата од стране Агенције за борбу против корупције.

8 Чл. 43, ст. 1, т. 1 и 2 Закона о високом образовању.

9 Чл. 44, ст. 1 Закона о високом образовању.

10 Чл. 64, ст. 1 Закона о високом образовању.

11 Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет у Београду, 2012, стр. 299.

12 *Ibid*, стр. 303–306.

13 N. Tintić, *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: radni odnosi (II), Zagreb, 1972, стр. 74.

3. Осуда за кривично дело

Правноснажна осуда за кривично дело везује се, конкретно, за неколико кривичних дела из главе XVIII Кривичног законика Републике Србије¹⁴, за кривично дело примања мита у обављању послова у високошколској установи и кривично дело фалсификовања службене исправе. Поред тога, разлог за неизбор на функцију или разрешење са ње је правноснажна осуда на казну затвора за друго кривично дело. Кривичних дела против полне слободе (глава XVIII) има укупно једанаест,¹⁵ и њихов број се постепено повећавао у нашем казненом законодавству. Осуда за било које од њих представља сметњу за избор на функцију ректора или декана, односно разлог за престанак те функције. Полазећи од циљева због којих су ова кривична дела приписана,¹⁶ неспорно је да орган пословођења универзитета и факултета не може бити лице које је правноснажно осуђено за неко од њих.

Кривично дело „фалсификовања исправе коју издаје високошколска установа“ може се уподобити са кривичним делом „Фалсификовање службене исправе“ из чл. 355 Кривичног Законика Републике Србије. Јавне исправе које, на основу Закона о високом образовању, издаје високошколска установа, јесу: студентска књижица (индекс), диплома о стеченом високом образовању и додатак дипломи.¹⁷ Као сметња за избор на функцију ректора и декана, тј. за разрешење са исте, јавља се и правоснажна осуда за „примање мита у обављању послова у високошколској установи“. Кривично дело примања мита¹⁸ може учинити службено или одговорно

14 „Сл. гласник РС“, бр. 85/2005; 88/2005-испр.; 107/2005-испр.; 72/2009; 111/2009; 121/2012; 104/2013; 108/2014; 94/2016 и 35/2019.

15 То су: силовање (чл. 178), обљуба над дететом (чл. 180), обљуба злоупотребом положаја (чл. 181), недозвољене полне радње (чл. 182), полно узнемиравање (чл. 182а), подвођење или омогућавање вршења полног односа (чл. 184), приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (чл. 185), навођење детета на присуствовање полним радњама (чл. 185а), искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу (чл. 185б).

16 По Д. Јовашевићу, циљеви су: 1) да се обезбеди слобода опредељења човека у погледу ступања у полне односе, при избору партнера и осталих услова сагласно својим осећањима и 2) да се очувају природни и здрави полни односи између лица различитог пола, у складу са схватањима и осећањима која чине јавни морал. Више о томе у: Д. Јовашевић, *Кривично право-посебни део*, Досије студио, Београд, 2014, стр. 83.

17 Чл. 125 Закона о Високом образовању.

18 Чл. 367 Кривичног законика РС.

лице.¹⁹ Тумачењем одредаба Кривичног законика које се односе на значење израза, закључујемо да се ректор и декан не могу подвести под појам „службеног лица“, већ само под појам „одговорног лица“.²⁰ У погледу одговорности то суштински ништа не мења, с обзиром да одговорно лице које учини дело примања мита подлеже истој казни као и службено лице.²¹

Напоследку, а у вези осуде за кривично дело као сметње/разлога за разрешење ректора и декана, Законом о високом образовању прописана је и осуда на казну затвора за друго кривично дело. У овом случају, потпуно је небитно дело за које је неко лице осуђено на казну затвора, већ сама врста казне. Осим тога, произилази да је без утицаја и да ли је изречена казна затвора изречена као мера упозорења, тј. као условна осуда.²² Сматрамо да је наведени приступ погрешан, те да се осуђиваност као сметња за избор, тј. разлог за разрешење мора везивати искључиво за кривична дела чија природа неко лице „дисквалификује“ за вршење ових функција. Ово тим пре што правне последице осуде нису, по својој суштини, ништа друго него одмазда.²³ Правне последице осуде нису кривичне санкције нити мере о којима би одлучивао суд, већ наступају услед осуде за одређено кривично дело²⁴ а престају или им се трајање скраћује актом помиловања.²⁵ Иначе, оне се сматрају једним од сложенијих питања везаних за ресоцијализацију и рехабилитацију осуђене особе, као и за криминалну, посебно казнену политику.²⁶

19 Кривични законик РС санкционише и примање мита у обављању привредне делатности (чл. 230).

20 „Одговорним лицем у правном лицу сматра се лице које на основу закона, прописа или овлашћења врши одређене послове управљања, надзора или друге послове из делатности правног лица, као и лице коме је фактички поверено обављање тих послова...“ Чл. 112, ст. 3, т. 5 Кривичног законика РС.

21 Чл. 367, ст. 6 Кривичног законика РС.

22 У Глави V Кривични законик приписује мере упозорења: условну осуду и судску опомену. Условном осудом се учиниоцу кривичног дела утврђује казна (укључујући и затворску), али се истовремено одређује да се она неће извршити ако осуђени за време које одреди суд (време проверавања) не учини ново кривично дело. Чл. 65, ст. 1 Кривичног законика РС.

23 Б. Чејовић, *Правне последице осуде и слободе и права грађана*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 4/1991, стр. 103.

24 И. Живковски, И. Рилаковић, *Правне последице кривичне осуде кандидата за запослење и запосленог*, Бранич, Београд, бр. 1-2/2014, стр. 85.

25 Д. Миладиновић, *Осврт на концепт помиловања у кривичном законодавству Србије*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 47/2006, стр. 136.

26 Н. Сјерчић-Ћолић, *Казнена политика и превенција криминалитета: правне последице осуде и рехабилитација*, у: *Казнена политика и превенција криминалитета*, Зборник радова са међународне

По питању осуде за кривично дело као сметње за избор на функцију ректора или декана, Закон о високом образовању не прописује временски период у коме је та сметња на снази, тј. колико дуго трају правне последице осуде. Без обзира на то, по нашем мишљењу, оне могу трајати најдуже онолико колико је то прописано матичним законом за ту област, тј. Кривичним закоником. Њиме су предвиђене две врсте правних последица осуде: оне које се односе на престанак или губитак одређених права и оне које се састоје у забрани стицања одређених права.²⁷ Правне последице осуде које се огледају у забрани стицања одређених права могу трајати најдуже десет година.²⁸ Према томе, осуда за кривично дело може бити сметња за избор на функцију ректора или декана најдуже десет година.

4. Тежа повреда кодекса професионалне етике

За етичка правила обично се узима да делују *pro foro interno*, тј. да су обавезна за савест, разум саме особе која их примењује, а не – као код правних правила – *pro foro externo*, тј. као заповед другоме коју он мора испунити.²⁹ Ипак, за одређене професије постоје одређени акти (кодекси) који прописују правила етичког поступања и чије кршење повлачи последице по радноправни статус прекршиоца. Тако, нпр. Кодекс понашања државних службеника³⁰, кога доноси Високи службенички савет Републике Србије, уређује правила етичког понашања државних службеника. Повреда Кодекса, под условом да није већ обухваћена неком од повреда дужности из радног односа, санкционише се као лакша повреда радне дужности, на основу Закона о државним службеницима.³¹

научно-stručne konferencije, Ministarstvo pravde Republike Srpske, Trebinje, 2019, стр. 91.

27 У прву групу спадају: престанак вршења јавних функција; престанак радног односа или престанак вршења одређеног позива или занимања и губитак одређених дозвола или одобрења која се дају одлуком државног органа или органа локалне самоуправе. Другу групу чини: забрана стицања одређених јавних функција; забрана стицања одређеног звања, позива или занимања или унапређења у служби; забрана стицања чина војног старешине и забрана добијања одређених дозвола или одобрења која се дају одлуком државних органа или органа локалне самоуправе. Чл. 95 Кривичног законика.

28 Чл. 96, ст. 3 Кривичног законика.

29 N. Tintiћ, *Radno i socijalno pravo, knjiga prva: radni odnosi (I)*, Narodne novine, Zagreb, 1969, стр. 332.

30 „Сл. гласник РС“, бр. 29/2008, 30/2015, 20/2018, 42/2018 и 80/2019.

31 „Сл. гласник РС“, бр. 79/2005, 81/2005-испр., 83/2005-испр., 64/2007-испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017 и 95/2018.

Кршење професионалне етике знатно се строже санкционише у делатности високог образовања, али само када су у питању органи пословођења универзитета и факултета.³² Примера ради, кршење Кодекса понашања државних службеника није сметња запошљавању у државном органу, нити је разлог за разрешење државног службеника на положају.³³

Примера ради, Кодекс професионалне етике Универзитета у Нишу³⁴ утврђује „етичка правила наставног, научноистраживачког и уметничког рада на Универзитету у Нишу“, ближе одређујући шта је професионална слобода, какав треба да буде однос према студентима, шта је „морално неприхватљиво понашање“, „колегијални односи“ и „односи према институцији“. Штавише, Кодекс прописује и да ће се „на академске односе и понашање свих чланова академске заједнице која нису описана Кодексом примењивати неписана правила и начела академских институција“.³⁵

Поступак пред Комитетом је двостепен. У првом степену поступак води Веће комитета, а у другом (по приговору) одлучује Комитет у пуном саставу. Уколико Веће нађе да у понашању лица против кога се поступак води има елемената повреде Кодекса професионалне етике, изриче одговарајућу меру, у складу са тежином повреде. Три су мере предвиђене за кршење Кодекса: јавна опомена, јавна осуда изречена на седници Сената и јавна осуда саопштена преко средстава јавног информисања и на веб страници Универзитета. С обзиром да Кодекс не степенује повреде на лакше и теже, није прописано ни у којим се случајевима која мера може изрећи. Овакав концепт умногоме подсећа на режим дисциплинске одговорности судија и носилаца јавнотужилачких функција, где дисциплинска дела нису унапред подељена на лакша и тежа, већ ће квалификација бити извршена у поступку, а у зависности од последица које су наступиле. Другим речима, ако је дошло до наступања тежих последица³⁶, ради се о тежем дисциплинском преступу.³⁷ Сматрамо да је концепт по коме нема унапред дате поделе

32 Тежа повреда кодекса професионалне етике није сметња за стицање звања наставника, односно сарадника. То су само осуда за кривично дело против полне слободе, фалсификовање исправе коју издаје високошколска установа или примање мита у обављању послова у високошколској установи.

33 Види чл. 45 Закона о државним службеницима.

34 <https://www.ni.ac.rs/dokumenti/category/140-komitet-za-profesionalnu-etiku>, приступљено 13.1.2020. године

35 Ст. 3, т. 4.1. Кодекса.

36 Нпр. ако је дошло до озбиљног нарушавања угледа и поверења јавности у судство, а нарочито ако је дошло до застаревања предмета због несавесног рада судије и ако је наступила већа штета у имовини странке у поступку.

37 Више о томе у: Г. Обрадовић, С. Ковачевић Перић, *Дисциплинска одговорност запослених*, Правни факултет у Нишу, 2016, стр. 213.

дисциплинских дела (или, у овом случају, повреда Кодекса професионалне етике) исправнији. Али, и у том случају је неопходно да се општим актом јасно прецизира за која се дела која мера може изрећи, што није случај са Кодексом професионалне етике Универзитета у Нишу. То представља проблем из разлога што Закон о високом образовању као сметњу за избор и разлог за разрешење ректора и декана прописије само тежи прекршај кодекса професионалне етике. Сматрамо да се од три побројане мере две могу изрећи за тежу повреду Кодекса: јавна осуда изечена на седници Сената и јавна осуда саопштена преко средстава јавног информисања и на веб страници Универзитета, те да оне повлаче разрешење.

Посебно је питање тренутка када су се испунили услови за разрешење, тј. за покретање поступка разрешења. Закон о високом образовању одређује да органу пословођења престаје дужност даном правноснажности пресуде (којом је осуђен за неко од наведених кривичних дела или на затворску казну уопште), односно од дана правноснажности одлуке, односно препоруке Агенције за борбу против корупције.³⁸ То, даље, отвара питање карактера одлуке Комитета (као и препоруке Агенције за борбу против корупције). Оне су по својој природи несумњиво управни акти, с обзиром да се применом управног акта одлучује о одређеном праву или обавези неког лица, странке (једне или више њих), непосредном применом меродавних прописа који уређују поједине управне материје.³⁹ Закон о општем управном поступку⁴⁰ као управне акте одређује решења и закључке, с тим да они могу имати и други назив, ако је то посебним законом предвиђено.⁴¹

Али, да ли је сама коначност одлуке којом је неком лицу изречена нека од мера за кршење професионалне етике довољна за покретање поступка за разрешење? Сматрамо да није, с обзиром да Закон о високом образовању тренутак престанка дужности органа пословођења везује за правоснажност одлуке, односно препоруке. С тим у вези, поставља се питање тренутка правоснажности управног акта.

Закон о општем управном поступку, правоснажним назива оно решење против кога се не може изјавити жалба, нити покренути управни спор,

38 Чл. 64, ст. 6.

39 З. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Службени гласник, Београд, 2019, стр. 39.

40 „Службени гласник Републике Србије, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење. “Управни акт”, у смислу Закона о општем управном поступку, јесте појединачни правни акт којим орган, непосредно примењујући прописе из одговарајуће управне области, одлучује о праву, обавези или правном интересу странке, или о процесним питањима (чл. 16 Закона).

41 Чл. 16, ст. 3 Закона.

што значи да правоснажност обухвата два кумулативна елемента: а) да против решења нема или нема више места жалби (искоришћена или је рок за жалбу истекао), када се ради о коначности решења и б) да није могуће о његовој законитости тужбом покренути управни спор, било да је он већ вођен, било да је унапред недозвољен, било да је рок за подношење тужбе истекао.⁴²

У конкретном случају, то значи да ректору и декану дужност услед теже повреде кодекса професионалне етике престаје када протекне рок за приговор, када је приговор изјављен али је одбачен, одбијен или је одлука по њему преиначена. Такође, ректору и декану дужност престаје када по коначности приговора протекне рок за покретање управног спора подношењем тужбе или када је он вођен и окончан (неповољно по покретача). Дакле, тек од тог тренутка надлежном органу (сенату универзитета или савету факултета) тече рок у коме је дужан да поступа, тј. да констатује престанак дужности и именује вршиоца дужности органа пословођења.

5. Препорука Агенције за борбу против корупције

За ректора или декана не може бити изабрано лице за које је Агенција за борбу против корупције дала препоруку за разрешење. Такође, постојање ове препоруке представља разлог за престанак дужности. Агенција за борбу против корупције основана је Законом о агенцији за борбу против корупције⁴³ 2008. године. Њиме је Агенцији дато овлашћење да може да покреће поступак у коме се одлучује да ли постоји повреда закона, као и да изриче мере.⁴⁴ За повреду закона предвиђене су три мере: мера упозорења, мера јавног објављивања препоруке за разрешење и мера јавног објављивања одлуке о повреди закона.⁴⁵ Првостепени орган у поступку пред Агенцијом је директор а другостепени, по жалби, Одбор Агенције⁴⁶, у

42 *Ibid*, стр. 152.

43 „Службени гласник Републике Србије“, бр. 97/2008, 53/2010, 66/2011–одлука УС, 67/2013 – одлука УС, 112/2013 – аутентично тумачење, 8/2015 – одлука УС и 88/2019.

44 Чланови 50-54 Закона.

45 Последња се изриче функционеру који је изабран на јавну функцију непосредно од грађана, функционеру коме је престала јавна функција и повезаном лицу. Њима се може изрећи и мера упозорења, с обзиром да им се, по природи ствари, не може изрећи мера јавног објављивања препоруке за разрешење.

46 Одбор Агенције има девет чланова, који се бирају на четири године и то тако што по једног предлажу: Административни одбор Народне скупштине, Председник Републике, Влада, Врховни касациони суд, Државна ревизорска институција, Заштитник грађана и Повереник за информације од јавног значаја, путем заједничког договора, Социјално-

року од 15 дана. Одлука Одбора Агенције је коначна и против ње се може покренути управни спор.

Као и у случају тежег кршења кодекса професионалне етике, и овде се тренутак престанка дужности везује за наступање правоснажности. Она ће наступити ако је жалба искоришћена или је прошао рок за њено изјављивање, или, ако је покренут управни спор, да је он окончан. Такође, и ако је протекао рок за његово покретање. С тим у вези, недоумицу може да створи однос одређених норми Закона о борби против корупције и Закона о високом образовању.⁴⁷ Први овлашћује Агенцију да, по изрицању мере јавног објављивања препоруке за разрешење, одмах поднесе иницијативу за разрешење функционера органу који га је изабрао, поставио или именовано, а исти је дужан да о предузетим мерама обавести Агенцију у року од 60 дана од дана објављивања мере. С друге стране, Закон о високом образовању прописује да „органу пословођења престаје дужност ...даном правоснажности пресуде, одлуке, односно *препоруке*“. Другим речима, да ли је надлежни орган дужан да поступи по иницијативи за разрешење одмах по њеном добијању, или, ако је то случај, може да сачека окончање управног спора? Мишљења смо да се у овом случају мора дати предност Закону о високом образовању, као *lex specialis*-у. Штавише, сматрамо да је Агенција, пре подношења иницијативе, дужна да сачека да протекне рок за покретање управног спора, па да тек након тога упути иницијативу.

На крају, посебно је питање „обавезности“ препоруке, где је Закон о високом образовању строжи у односу на Закон о Агенцији за борбу против корупције. Док потоњи за надлежни орган установљава само обавезу да Агенцију извести о предузетим мерама поводом јавног објављивања препоруке за разрешење, односно иницијативе, Закон о високом образовању садржи експлицитну норму да ће у овом случају ректор или декан бити разрешени. Сматрамо да је овакво решење погрешно и супротно самом значењу речи „*препука*“. На овај начин, уместо да се надлежном органу пружи слобода избора да нешто учини или не, он се, *de facto*, обавезује на чињење.

6. Поступак за престанак дужности

Орган управљања универзитета и факултета, између осталог, бира и разрешава орган пословођења,⁴⁸ тј. сенат или савет. Иако Закон о високом

економски савет, Адвокатска комора Србије и удружења новинара у Републици Србији, путем заједничког договора.

47 Конкретно, однос ст. 4 чл. 51 Закона о Агенцији за борбу против корупције и ст. 6 чл. 64 Закона о високом образовању.

48 Чл. 63, ст. 1, т. 2 Закона о високом образовању.

образовању садржи безличну норму⁴⁹, евидентно је да орган управљања, у случају наступања неког од наведених разлога, мора да донесе одлуку о разрешењу. Тренутак доношења те одлуке разликује се у зависности од разлога за разрешење. Уколико се ради о правоснажној осуди за кривично дело, тренутак од кога је орган управљања дужан да донесе одлуку о разрешењу јесте правоснажност осуђујуће пресуде. Тачније, то је тренутак од дана њеног достављања универзитету, односно факултету.

У случају осуде за теже кршење кодекса професионалне етике и препоруке за разрешење дате од стране Агенције за борбу против корупције, орган управљања је дужан да реагује тек након правоснажности одлуке, како је горе већ наведено. Другим речима, мора да сачека да се управни спор оконча или да протекне рок у коме се он може покренути. Орган управљања је дужан да најкасније у року од 15 дана од дана правоснажности одлуке констатује да је органу пословођења престала дужност и именује вршиоца дужности,⁵⁰ а ова одлука је декларативног карактера.

Новину представља овлашћење министра просвете у погледу разрешења ректора и декана.

Наиме, уколико орган управљања не донесе одлуку о разрешењу у предвиђеном року, просветни инспектор има овлашћење да у року од осам дана од дана сазнања министру предложи доношење одговарајуће одлуке, тј. разрешење. Осим из наведеног, Законом је предвиђен и разлог за разрешење органа пословођења самосталне високошколске установе која у свом саставу нема високошколске јединице,⁵¹ а он се односи на непоступање по акту инспектора ради отклањања незаконитости, штетних последица и испуњавања прописаних обавеза.

7. Закључак

Значај и улога високог образовања у друштву захтева да услови за избор на челне позиције буду знатно строжи од услова за многа друга места. Самим тим, ако током трајања мандата неки од њих отпадне, нужно долази до разрешења. Разлози за разрешење органа пословођења универзитета и факултета предвиђени Законом о високом образовању спадају у општеприхваћене у академској заједници. Спорна је, по нашем мишљењу, препорука Агенције за борбу против корупције, с обзиром да препорука не може бити обавезујућа. Овлашћење министра да, под одређеним

49 „Органу пословођења престаје дужност...“, чл. 64, ст. 6.

50 Чл. 64, ст. 7 Закона о високом образовању.

51 Чл. 135, ст. 7 Закона о високом образовању.

условима, може да разреши орган пословођења, иако ранијим прописима није било предвиђено, сматрамо оправданим, јер се на тај начин спречава изигравање закона непоступањем органа управљања.

Литература/References

Лубарда, Б., *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет у Београду, 2012.

Живковски, И., Рилаковић, И., *Правне последице кривичне осуде кандидата за запослење и запосленог*, Бранич, Београд, бр. 1-2/2014.

Јовашевић, Д., *Кривично право – посебни део*, Досије студио, Београд, 2014.

Миладиновић, Д., *Осврт на концепт помиловања у кривичном законодавству Србије*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 47/2006.

Обрадовић, Г., Ковачевић Перић, С., *Дисциплинска одговорност запослених*, Правни факултет у Нишу, 2016.

Šijerčić-Čolić, H., *Kaznena politika i prevencija kriminaliteta: pravne posljedice osude i rehabilitacija*, у: *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.

Томић, З., *Коментар Закона о општем управном поступку*, Службени гласник, Београд, 2019.

Чејовић, Б., *Правне последице осуде и слободе и права грађана*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 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

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23283

UDK: 341.231.14-053.2
591.5:34
179.3

Раџ примљен: 23.09.2019.
Раџ прихваћен: 29.11.2019.

CHILDREN'S RIGHTS AND ANIMAL WELFARE**

Abstract: *In light of the 30th 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 30th anniversary of the Convention on the Rights of the Child (CRC),¹ 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 Comments²) 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

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 it³.

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.⁴ The World Organization for Animal Health (OIE)⁵ defines animal welfare in relation to the way in which an animal is coping with the conditions in which it lives.⁶ 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 fish⁷. 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/DGDDoutcomereport-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; the World Health Organization (WHO) 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 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)⁸.

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.⁹ 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.¹⁰

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_co-operation/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).¹¹ 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: xvii), https://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).¹² 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)¹³, 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 products¹⁴. 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 humans¹⁵. Good public health largely depends on the prevention of infectious diseases and zoonoses, which can be achieved by proper animal care.¹⁶

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

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/

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

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).¹⁷

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 production¹⁸. 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

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 slaughtering¹⁹. 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)²⁰.

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 18th 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).²¹ 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

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.

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.²² 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 Goals²³ 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 (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_co-operation/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

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

Food and Agriculture Organization of the United Nations (2009). *Capacity building to implement good animal welfare practices: Report of the FAO Expert Mee-*

ting, Rome, 2009 (p. xvii); retrieved 4 Sept. 2019 from 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., Vlasses, F.R., Vlasses, 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 (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, 48th 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

World Health Organization: *Neglected zoonotic diseases*; accessed on 4 September 2019 at 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

Др Невена Вучковић Шаховић,

Професор Правног факултета Унион, у пензији

Елвир Буразеровић,

Мастер правник,

Директор ORCA - Организације за поштовање и бригу о животињама, Београд

ПРАВА ДЕТЕТА И ДОБРОБИТ ЖИВОТИЊА

Резиме

У светлу глобалних друштвених и економских промена, и промена у животној средини, јавља се растућа потреба за проширењем разумевања и примене Конвенције о правима детета и на области какве су: климатске промене, употреба обновљивих извора енергије, биоинжињеринг, генетичка истраживања, употреба и утицаја информационих и комуникацијских технологија, и друго. Аутори овог рада пружају аргументе да је добробит животиња такав механизам који директно обезбеђује остваривање бројних дечјих права као што су право на: живот, опстанак и развој (члан 6); здравље (члан 24); храну (чл. 27 и 24); хигијену (чл. 27 и 24); заштиту од свих видова насиља (чл. 19 и 31); опоравак жртви (члан 39), циљеве образовања (члан 29); слободно време и игру (члан 31), и здраву животну средину. Аутори објашњавају међусобну повезаност и пружају литературни преглед на тему како обезбеђивање доброг стања добробити животиња утиче на остваривање, за ову сврху одабраних, дечјих права на: здравље и заштиту од свих видова насиља. Унапређено здравље и добробит животиња директно смањују ризик по људско здравље кроз производњу здраве и квалитетне хране и смањењу вероватноће за пренос заразних болести заједничких за одређене животноске врсте и људе. Све већи број научних доказа говори у прилог постојању везе између насиља према животињама и насиља међу људима. Злостављање животиња може бити индикатор насиља у породици и злостављања деце, или ако деца злостављају животиње, индикатор каснијег агресивног и девијантног понашања. Са друге стране, животиње имају значајан терапеутски потенцијал у процесу развоја детета и његове рехабилитације. С тога је од ширег друштвеног значаја важно препознати међусобну зависност добробити животиња и дечјих права, јер, као што је у овом раду доказано, добробит животиња директно позитивно утиче на добробит деце и остваривање њихових права.

Кључне речи: права детета, добробит животиња, право на здравље, право на заштиту од свих видова насиља.

Др Душица Миладиновић-Стефановић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23419

UDK: 343.8(73)

Рад примљен: 01.10.2019.
Рад прихваћен: 20.11.2019.

„МАТЕМАТИЗОВАЊЕ” ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ: ЕФИКАСАН МЕТОД ЗА УЈЕДНАЧАВАЊЕ СУДСКЕ КАЗНЕ ПОЛИТИКЕ ИЛИ НЕУСПЕЛИ ЕКСПЕРИМЕНТ?*

Апстракт: Основне контуре одмеравања казне какве данас познајемо, постављене су у француском кривичном праву 19. века, увођењем система релативно одређених казни и института олакшавајућих и отежавајућих околности. Овакав приступ задржан је до савременог доба, јер представља неку врсту баланса или компромиса између различитих захтева постављених пред кривично право – прво, захтева *lex certa* проистеклог из начела законитости као основног начела ове гране права, и друго, начела индивидуализације, које подразумева да се, на основу слободне судијске оцене свих релевантних околности, казна прилагођава конкретном случају, од чега зависи не само остваривање специјалне превенције, већ посредно остваривање и других циљева кажњавања. Међутим, систем релативно одређених казни често бива остварен кроз прилично широке казнене оквире у посебном делу, што може да доведе до неуједначене казнене политике судова. Негативне последице ове појаве нису безазлене и могу бити далекосежне, пошто она, у крајњем, има капацитет да умањи поверење грађана у правни поредак и правосудни систем. Потреба за решавањем проблема диспаритета у кажњавању навела је поједине државе да излаз потраже у тзв. нумеричким правилима за одмеравање казне, у којима олакшавајуће и отежавајуће околности нису препуштене судској оцени, већ су унапред оцењене приписивањем одређених бројчаних вредности, чијим се збрајањем долази до врсте и висине казне коју треба изрећи у

* dusica@prafak.ni.ac.rs

** Рад представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет у Нишу, у периоду од 2013. до 2020. године. Рад је представљен на међународном научном скупу „Право и мултидисциплинарност“, одржаном 12. и 13. априла 2019. године, на Правном факултету у Нишу.

конкретном случају. Овакво „математизовано“ одмеравање први пут је примењено у САД, осамдесетих година прошлог века, и до недавних реформи у македонском праву није имало следбеника. Како је оно нормативно уобличено у назначеним правима, како функционише у пракси и које су последице његове примене, представљају централне теме истраживања у овом раду.

Кључне речи: *одмеравање казне, уједначавање судске казнене политике, кривично законодавство САД, кривично законодавство Македоније.*

1. Уводне напомене

Процес одмеравања казне представља круну целокупног рада суда и истовремено тежак задатак, некада комплекснији од доказивања чињеница, правне квалификације или утврђивања кривице. Истовремено, може се констатовати да је он и најизложенији анализи и критици, и то не само стручне, већ веома често и лаичке јавности, управо због тога што су око казне манифестно испреплетани до супротности различити интереси субјеката повезаних извршењем дела – жртве и друштва, са једне, и учиниоца, са друге стране. Проналажење адекватне казне по врсти и мери отуда треба да задовољи криминално-политичке захтеве сузбијања и спречавања криминалитета, али и захтеве проистекле из гарантованих права учиниоца, и тиме допринесе још једном, на први поглед не тако видљивом циљу, утемељивању легитимности читавог кривичног права и успостављању поверења грађана у правосудни систем. Наведени разлози говоре у прилог томе да је веома важан начин на који је нормативно устројен систем одмеравања казне, јер од тога зависи да ли ће и у којој мери наведено моћи да буде остварено.

Историјски посматрано, редовно одмеравање казне је прошло различите фазе, а корени онога што бисмо могли да назовемо савременим уређењем сежу до француског права 19. века, у којем је Казненим закоником из 1810. године (*Code penal* или *Code Napoleon*) извршен прави заокрет у регулисању, због увођења система релативно одређених казни и института олакшавајућих и отежавајућих околности.¹ Овакав приступ задржан је до савременог доба, управо због тога што успешније од других балансира између различитих захтева о којима је већ било речи. Међутим, то

1 Детаљна анализа историјског развоја института у Миладиновић-Стефановић, 2012: 91 и надаље.

„успешније од других” не значи и „апсолутно успешно”, пошто систем релативно одређених казни често бива остварен кроз прилично широке казнене оквири у посебном делу, а то у комбинацији са отвореним листама унапред невреднованих релевантних околности може да доведе до неуједначене казнене политике судова. Потреба за решавањем проблема диспаритета навела је поједине државе да осмисле тзв. нумеричка правила за одмеравање казне, у којима олакшавајуће и отежавајуће околности више нису препуштене слободној судијској оцени, већ су унапред оцењене приписивањем одређених бројчаних вредности, чијим се збрајањем долази до врсте и висине казне коју треба изрећи у конкретном случају. Овакво „математизовано” одмеравање било је донедавно карактеристично само за САД, све док није добило неку врсту копије у кривичном законодавству Македоније. Како оно изгледа, како функционише у пракси и да ли „погађа” проблем диспаритета, представљају окоснице излагања које следи.

2. Америчко Упутство за одмеравање казне (*Sentencing Guidelines Manual*)

Одмеравање казне је до средине осамдесетих година прошлог века у САД било недовољно регулисано, те су услед непостојања јасних и прецизних критеријума одлуке о казни биле превише препуштене слободној оцени суда, уз напомену да често нису биле ни довољно образложене, па се стицао утисак да су засноване пре на неким интуитивним осећајима о примереној казни, него на рационалним разлозима подложним контроли. Прихватање концепта ресоцијализације учиниоца и неодређених осуда као метода за његово остваривање још је више продубљивало кризу одмеравања, умањујући значај (ионако спорних) судских одлука и концентришући превише моћи у комисијама за условни отпуст, које су често редуковале казну до неприхватљивих размера.² Готово да не треба наглашавати да је неуједначеност казнене политике, само логична консеквенца предочених проблема, и то алармантно распрострањена, како је доказано у десетинама емпиријских студија.³ Из наведених разлога је 1984. године донет Закон о реформи одмеравања (*Sentencing Reform Act*) који је предвидео оснивање Комисије за одмеравање казне (*United States Sentencing Commission*), посебног независног тела у оквирима судске власти, са задатком да преиспита постојећу праксу и формулише егзактна нумеричка правила. Закон је уопштено трасирао рад Комисије, постављањем упутства

2 Детаљније о овим проблемима у Robinson, 1997: 2 и надаље.

3 Више у Robinson, 1997: 6 или у Kempf-Leonard, Sample, 2001: 115, где је наведено четрдесетак таквих истраживања.

да се формирају категорије кривичних дела и категорије криминалне прошлости учинилаца, како би се њиховим укрштањем дошло до казненог распона у којем се изриче казна. Изричито је прописано постављање уских оквира, при чему минимум не сме прећи више од двадесет пет процената максимума казне, или разлику од шест месеци у односу на максимум за казну затвора.

Комисија је на основу својих овлашћења подвргла статистичкој анализи више од 40.000 пресуда, као и велики број одлука о условном отпусту, да би после вишегодишњег проучавања, сачинила Упутство за одмеравање казне (*Sentencing Guidelines Manual*), које је ступило на снагу новембра 1987. године.⁴ Почетак примене Упутства обележио је отпор судија, јер је учињен потпуни заокрет у правном резонувању – од слободне оцене до тарифирања казне са минималним одступањима. Многе судије су Упутство прогласиле механичким, арбитрарним и беживотним актом, који гарантује једнакост само у формалном, али не и у суштинском смислу. У више наврата покретано је и питање његове уставности, мада је у овом контексту најзначајнији случај *Booker*, од којег је Упутство изгубило обавезну снагу.⁵ Без обзира на његов консултативни значај, пракса показује да га се судије и даље придржавају, како погађа циљеве ради којих је и пројектовано, те су процес одмеравања након 2005. године поједини аутори сликовито означили као „варијације на тему Упутства” (Gertner, 2016: 165). Само Упутство представља веома обиман акт од преко пет стотина страна, што онемогућава детаљно приказивање, тако да ће наредно излагање више бити усмерено на откривање духа и принципа на којима је постављено.⁶

2.1. Одређивање тежине кривичног дела

Упутство се увек примењује по прописаном редоследу (Увод, §1B1.1). Суд најпре на основу правне квалификације проналази кривично дело у другом поглављу (*Offense Conduct*), где је извршено градирање тежине. Кривична дела су систематизована према објекту заштите, при чему је за сва заједничко то што су заступљена у тзв. основном нивоу тежине, који носи одређену нумеричку вредност. Разумевања ради, основни ниво тежине није минимум прописане казне, већ просечна казна изрицана за

4 Податак преузет са сајта Комисије https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1987/manual-pdf/Chapter_1.pdf, приступ 11.02.2019. године. Више о томе у Berman, 2005: 657.

5 Текст одлука доступан на сајту Комисије. Детаљнији коментар случаја *United States v. Booker* видети у Berman, 2005: 675 и надаље.

6 Упутство са последњим изменама је доступно на <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>, приступ 11. 02. 2019. године.

дато дело, утврђена статистичким истраживањем. Од основног нивоа тежине судија може да одступи, услед постојања одређених околности, које су углавном прецизиране Упутством, да би се избегла различита тумачења у судској пракси. Како се одвија први корак одмеравања биће илустровано на примеру појединих кривичних дела против живота и телесног интегритета. Убиству првог степена или убиству са предумишљајем одговара 43. ниво тежине, без могућности одступања наниже (§2A1.1.). Овај ниво је резервисан за најтежа кривична дела и води изрицању доживотног затвора или смртне казне. Убиство другог степена (§2A1.2.) је на 38. нивоу, при чему може прећи у вишу категорију, ако је извршено на посебно одвратан, суров, бруталан или понижавајућ начин, што је детаљно регулисано у тзв. усаглашавањима на основу екстремног понашања (§5K2.8). Невољном убиству (§2A1.4.) одговара 12. ниво, али ако је предузето са одређеним степеном кривице (*recklessness*) прелази у 18. категорију тежине, а ако је до смрти дошло са овим степеном кривице и при управљању возилом, тежина се подиже на 22. ниво. Тежем нападу на телесни интегритет (§2A.2.2.) одговара основни ниво 14, осим у случају када је дело подразумевало више од минималног планирања, што води увећању за 2 степена; када је повреда настала испалењем из ватреног оружја (за 5 степени); када је на други начин употребљено ватрено оружје или друго опасно средство (за 4 степена); када се учинилац машао за ватрено оружје или друго опасно средство или је њима претио (за 3 степена). Поред начина извршења, параметар озбиљности дела представљају обим и природа нанетих повреда, са могућим увећањем од 3 до 7 степени, у зависности од облика повреде. Упутство поставља ограничење увећавања тежине на основу начина извршења и насталих последица за максимално 10 степени. Конкретно, то значи да се из категорије 14, којој одговарају казне у распону од 15 до 46 месеци (скупно посматрано и без укрштања са криминалном прошлошћу), дело уз поменуте околности може пребацити у категорију 24 са распоном од 51 до 125 месеци (уз горњу напомену). Међутим, ово нису једине околности које утичу на тежину, пошто је законодавац предвидео и следеће: ако је дело укључивало и дављење, гушење или покушај да се удави или угуши супружник, ванбрачни друг или партнер (плус 3, али кумулативно са претходним не преко 12 степени); ако је дело учињено из користољубља (плус 2); ако је дело извршено повредом судског реда (плус 2) и ако се ради о посебним таксативно набројаним осудама из 18 U.S.C. § 111b или § 115 (плус 2). Укупно посматрано, казна би се теоретски, са овим повећањима, нашла у опсегу од 78 до 175 месеци. Да не би било погрешно схваћено, суд нема толику слободу избора, она је ограничена тиме што се она тежине укршта са осом криминалне прошлости, када

се добија одређени распон у којем између минимума и максимума казне затвора постоји разлика од само шест месеци.

Сви ови примери указују на екстремну казуистичност. Творци Упутства су буквално за свако кривично дело стварали самосталне листе околности и приписивали им одређене бројчане вредности. Пошто природа излагања не допушта детаљисање, може се уопштено рећи да су у питању чињенице које представљају атрибуте радње (начин, средство, време, место предузимања, објект на којем се врши и слично), чињенице које одсликавају природу и обим штетне последице, говоре о степену кривице учиниоца, а понегде и механизму преласка на дело.

Међутим, овде се не завршава одређивање тежине. Добијена категорија из описане фазе бива коригована тзв. подешавањима или усаглашавањима (поглавље *Adjustments*), односно нумерички израженим подацима који се односе на жртву кривичног дела, улогу учиниоца у делу, опструирање кривичног поступка и слична понашања, као и на прихватање кривице. Подешавањима припада и тзв. вишеструко урачунавање, под чиме се заправо подразумевају правила за одмеравање казне за дела у стицају. Због ограниченог обима рада, функционисање подешавања биће приказано на примеру жртве кривичног дела (§3А.1.1.).⁷ Овде је изабрано неколико основних параметара: мотив мржње (увећава тежину за 3 нивоа); посебна рањивост жртве (померање навише за 2 нивоа, односно за додатна 2 нивоа, ако је било више таквих жртава). Уколико жртва спада у тзв. *official victim* (§3А.1.2.),⁸ њен статус дело подиже за 3 категорије, осим када је у питању дело против личности, када се степен тежине увећава за 6, што важи и за ситуације када је жртва полицијски службеник или службеник пенитенсијарне установе, а учинилац лице лишено слободе. Следећи разлог за увећање тежине дела су различита стања жртве због којих није у могућности да пружи отпор и да се брани, што повећава тежину за 2 нивоа (§3А.1.3.). Строжи третман је предвиђен и ако су у питању жртве дела у вези са тероризмом, која померају тежину за 12 категорија. Ако ни тада укупан скор не досеже 32. ниво тежине дела, дело се аутоматски мора повећати до тог нивоа. Највеће померање настаје ако је учинилац осуђиван за геноцид, мучење, ратни злочин, регрутовање деце или њихово

7 Објашњење осталих подешавања видети у Миладиновић-Стефановић, 2012: 210–213.

8 *Official victim* је тешко преводиво, а да не изгуби нешто од значења. Није у питању појам аналоган нашем службеном лицу, јер обухвата државне службенике или запослене у државној служби, бивше државне службенике или бивше запослене у државној служби, као чланове уже породице ових лица, под условом да је извршење дела мотивисано управо овим њиховим статусом.

коришћење у оружаним снагама, када долази до померања за 4 нивоа, односно до 37 категорија, ако је дело имало смртни исход (§3A.1.4.).

2.2. Одређивање категорије криминалне прошлости учиниоца

Пошто је на основу претходних правила суд лоцирао дело на вертикалној оси тежине, прелази на израчунавање степена криминалне прошлости, како би добио вредност хоризонталне осе. Криминална прошлост има шест нивоа тежине, који се добијају збрајањем бодова по одређеном принципу (§4A1.1.). Свака претходна осуда на казну затвора преко годину и месец дана носи 3 бода; претходна осуда на казну од 60 дана до годину и месец дана 2 бода; док је 1 бод остављен за све остале осуде (осуде на казну затвора краћу од 60 дана, условну осуду, новчану казну, осуде на кућни затвор и полузатвор), уз ограничење да се по основу других осуда не може добити више од 4 бода. Додатна 2 бода добијају се ако је дело учињено у току извршења казне затвора за претходно дело, за време условне осуде, условног отпуста или неког другог облика отпуштања са казне, као и за време бекства, са којим је изједначено и неодрживање на налог за извршење казне. Кривична дела насиља, под одређеним условима, добијају по допунски бод, с тим што се тако могу додати највише 3 бода.

На први поглед одређивање криминалне историје делује много једноставније од утврђивања тежине дела. Међутим, не треба изгубити из вида да су ово само основна, полазна правила и да свако од њих има и низ пратећих.⁹ Када сабере укупан број бодова, учинилац бива сврстан у прву (0–1 бода), другу (2–3), трећу (4–6), четврту (7–9), пету (10–12) или шесту категорију (13 и више). Слично као код тежине дела, постоји могућност корекције, у случају да суд процени да бодовање не одсликава реално озбиљност криминалне прошлости и вероватноћу рецидивирања, на пример због тога што постоје осуде које нису коришћене за рачунање нумеричке вредности и сврставање у одређену категорију (на пример, осуде страних судова, осуде административних органа итд).¹⁰

Требало би истаћи да посебна правила важе за професионалне делинквенте који су аутоматски сврстани у највишу (шесту) категорију (§4A1.5.), те се рад суда своди на утврђивање да ли конкретни учинилац припада овој групи. Постоји неколико кумулативних захтева за статус професионалног

9 Видети аутентично тумачење дато на стр. 380–390 Упутства.

10 Видети §4A1.3. и детаљније тумачење начина усаглашавања криминалне прошлости у Миладиновић–Стефановић, 2012: 216–220.

делинквента: дело за које се суди мора да представља злочин насиља или злочин у вези са контролисаним супстанцама; пунолетство учиниоца у време извршења; постојање најмање две претходне осуде за злочине насиља или у вези са контролисаним супстанцама. Такође, строжи третман професионалних делинквената остварен је не само сврставањем у најтежу категорију криминалне прошлости, већ и посебном табелом за одређивање тежине дела, а сличан статус имају и тзв. опасни учиниоци сексуалних кривичних дела према малолетницима.¹¹

2.3. Одређивање казненог распона, одмеравање у његовим оквирина и могућности изласка из казненог оквира

Следећа фаза одмеравања јесте одређивање казненог распона укврштањем категорија тежине дела и криминалне прошлости на посебној табели, у којој су дела сврстана по тежини у зоне А, Б, Ц и Д са различитим правним режимима (§5Ц1.1.). За дела из А зоне није увек неопходно изрицање казне затвора, могућа је замена условном осудом или новчаном казном. У зони Б долазе у обзир казна затвора, казна затвора са надзираним условним отпустом, затварање у заједници, кућни затвор, али и тзв. полузатвор. Ако је дело у зони Ц, онда се поред казне затвора у одређеном трајању, може изрећи и казна затвора са надзираним условним отпустом, који се може применити тек по издржаној најмање једној половини казне затвора. У случају када је учинилац дела из зоне Б или Ц зависник од дроге, других контролисаних супстанци или алкохола, или када има одређене душевне сметње, суд је овлашћен да одступи од поменутих правила. Пресудна је процена да ће посебни третмани елиминисати или умањити проблем и тиме смањити ризик од рецидивирања. Зона Д, за разлику од претходних, садржи дела такве тежине за која је процењено да замена алтернативама није оправдана.

Када се определи за казну затвора, суд се креће у распону из пресека тежине дела и криминалне прошлости. Међутим, за таксативно набројана дела минимум није обавезан, под условом да је криминална прошлост изражена кроз прву категорију, да при извршењу дела није примењена сила или озбиљна претња, да учинилац није носио оружје или друго опасно оруђе, да дело није резултирало смрћу или тешком телесном повредом, да учинилац није организатор, вођа, нити је управљао или надзирао процес извршења дела, као и да је најкасније у току поступка дао информације о делу (§5Ц1.2.).¹²

11 Детаљна објашњења у Миладиновић Стефановић, 2012: 218.

12 Пракса је показала да се ове одредбе често злоупотребљавају, Greenblatt, 2008: 5.

Пошто одреди распон из табеле, суд треба да изабере конкретан износ казне, што се чини на основу посебних карактеристика учиниоца (део Х Упутства). Овим околностима се спорадично и у малој мери поклања пажња у нижим стадијумима одмеравања. Правила о посебним карактеристикама су саветодавне природе, она обезбеђују извесну флексибилност, а како опредељују казну у веома уским оквирима (шест месеци) нису у стању да створе значајније диспаратите. Упутство прави разлику између три скупине личних околности – оне чије је урачунавање забрањено (раса, пол, национално порекло, вероисповест и социјално-економски статус); оне које су статистички најчешће имале утицај на казну (године старости, образовање и професионалне вештине, емоционално и ментално стање, стање физичког и психичког здравља);¹³ и оне које, уопштено посматрано, нису неподобне за избор казне, али могу добити на важности ако су у комбинацији са другима и то за избор у датим оквирима, ређе ван њих.¹⁴

На крају, последњи сегмент одмеравања чине тзв. одступања од Упутства (део К – *Departures*) која омогућавају излазак из утврђеног распона, било наниже, било навише. Чињеница које ово омогућавају има на десетине таксативно набројаних, те не могу бити предмет детаљне обраде у оквиру овог рада.¹⁵

3. Македонски Закон о одређивању врсте и одмеравању висине казне (Закон за одредување на видот и одмерување на висината на казната)

Идеја о „математизованом“ одмеравању казне била је примењена једно време и у македонском праву, мада је генеза ових правила нешто другачија него у САД. Наиме, поред тога што се у теорији и пракси и раније говорило о проблему неуједначености казнене политике и њеној неефикасности коју потврђује висока стопа поврата, и извесне промене у процесном законодавству, тачније увођење споразума са јавним тужиоцем, довеле су до потребе да се изграде критеријуми којима ће се тужиоци руководити приликом примене наведене могућности, како се она не би банализовала и свела на пуко „цењкање“ око казне (Арнаудовски, 2014: 42–43, Божуровска-Лажетиќ, 2014: 56-59). Тако је најпре 2013. године у оквиру тужилаштва донето нумеричко Упутство за утврђивање врсте и одмеравање висине

13 Само изузетно, оне могу довести и до изласка из датог оквира, ако је мера у којој су изражене или скупно дејство са другим факторима такво да случај веома одступа од типичног, те и типична казна престаје да буде адекватна.

14 Видети коментар на стр. 459 Упутства.

15 Детаљније у Миладиновић-Стефановић, 2012: 223–226.

казне, као акт за интерну употребу (Божуровска-Лажетић, 2014: 61). У следећој фази се отишло корак даље у примени овог концепта, пошто је новелирањем Кривичног законика 2014. године,¹⁶ постављен основ за доношење посебног правилника, који је требало да уреди читав процес одмеравања казне на новим основама, а не само у случају споразума са тужиоцем. Доношење правилника стављено је у надлежност председника Врховног суда. Евидентна је нервоза и журба у спровођењу овог процеса, пошто је остављен рок од 45 дана од ступања на снагу Закона за доношење правилника, при чему би са његовом применом требало отпочети већ после истека рока од 30 дана од његовог објављивања у службеном гласилу. Правилник о начину одмеравања казне¹⁷ изазвао је оправдано негодовање у тамошњој теорији, како се њиме евидентно нарушавају принцип законитости, принцип поделе власти, јер Врховни суд нема надлежност да донесе овакав акт, али и независност судијске функције, која се између осталог огледа и у праву на слободну судијску оцену (Арнаутовски, 2014: 43, Божуровска-Лажетић, 2014: 63–66, Тупанчевски, Деаноска-Трендафилова, 2014: 2). Критика Правилника довела је до његовог укидања, али не и до напуштања концепта математизованог одмеравања, те је на оваквој идејној платформи донет Закон о одређивању врсте и одмеравању висине казне.¹⁸

3.1. Одређивање тежине дела и ранијег живота учиниоца

Методологија одмеравања у великој мери подсећа на америчку, пошто се заснива на категоризацији кривичних дела према њиховој тежини (хоризонтална оса) и ранијем животу учиниоца кривичног дела (вертикална оса), мада је прилично поједностављена. Сва кривична дела сврстана су према прописаним казнама у педесет и пет категорија, почевши од оних најлакших, за која је прописана само новчана казна, до најтежих за које је забрањена казна затвора од најмање 15 година или доживотни затвор (чл. 10). Ранији живот учиниоца разврстан је у шест категорија, од неосуђиваности као прве, до последње у коју спадају лица са пет или више ранијих правноснажних пресуда, или са две раније пресуде од најмање пет година затвора, или са једном пресудом од најмање осам година затвора, при чему је изричито наглашено да се урачунавају и осуде које су застареле

16 Видети Закон за измењивање на Кривичниот законик, *Службен весник на РМ*, бр. 28/14.

17 Правилник за начинот на одмерување на казните, *Службен весник на РМ*, бр. 28/14.

18 Закон за одредување на видот и одмерување на висината на казната, *Службен весник на РМ*, бр. 199/14.

у фази извршења, али не и брисане осуде и осуде на казну затвора до три године које испуњавају законске услове за брисање (чл. 11).

На основу прописаних критеријума у сваком хоризонталном реду прописани су минимални и максимални износи казне који могу бити изречени учиниоцу кривичног дела, у зависности од тога у коју вертикалну категорију спада учинилац. У свакој вертикалној категорији утврђена је вредност висине казне, од које ће суд започети да цени релевантне околности.¹⁹ Релевантне околности су подељене у девет основних категорија: степен кривичне одговорности; побуде из којих је дело учињено; јачина угрожавања или повреде заштићеног добра; околности под којима је дело учињено; допринос жртве извршењу дела; ранији живот учиниоца;²⁰ личне прилике и понашање по извршењу дела; друге околности које се односе на личност учиниоца; раније дело које је исте врсте као ново дело, учињено из истих побуда, време протекло од раније осуде, од опроштене или извршене казне (чл. 14). Свака од околности представља заправо комплекс чињеница, сврстаних по дејству или у олакшавајуће или у отежавајуће.²¹ Тако степен кривице обухвата следеће олакшавајуће околности – психичке и физичке сметње (10);²² прекорачење нужне одбране (10); крајња нужда (10); битно смањена урачунљивост (7); нехат уколико није елемент дела (6); покушај ако није предвиђено посебно кажњавање за њега (6); јака раздраженост у коју је учинилац доведен без своје кривице, под условом да није елемент дела (5); смањена урачунљивост (4); учествовање у криминалном подухвату, али не у својству директног извршиоца (4); евентуални умишљај, ако није елемент дела (3).²³ Са друге стране, као отежавајуће су постављене

19 Рецимо, ако је у питању дело за које је прописана казна затвора од шест месеци до пет година, а учинилац није раније осуђиван, казна се креће у распону од шест до двадесет четири месеца, а полазну тачку за вредновање олакшавајућих и отежавајућих околности чини казна затвора од петнаест месеци.

20 Није јасно зашто су творци правила ранији живот вредновали у хоризонталној, а потом и у вертикалној оси. Не само што је то противно забрани двоструког вредновања, него је и у несагласности са Препоруком Савета Европе (*Recommendation of the Council of Europe No. R(92)17*), пошто она предвиђа да претходне осуде не могу бити механички коришћене као отежавајућа околност. Више у Миладиновић-Стефановић, 2012: 229 и надаље.

21 Видети табеле у Прилозима 2, 3, 4 које чине саставни део Закона.

22 У загради је приказан број бодова. Не може остати непримећено да се ради о недовољно јасно дефинисаној околности.

23 Већ на први поглед видљиве су извесне нелогичности у оквиру релевантних околности. Прво, прекорачење нужне одбране је постављено као олакшавајућа околност у оквиру степена кривице, док је по одредбама КЗ-а у питању факултативни основ

само две чињенице – планирање кривичног дела (8) и велика упорност у извршењу (6). Када су у питању побуде, законодавац није био много инвентиван код олакшавајућих околности, вреднујући само помоћ другом лицу (6), док је листа отежавајућих обимнија, обухватајући националну, верску и расну мржњу (8); други вид мржње због пола, узраста, сексуалног опредељења, хендикепа и сл. (6);²⁴ непостојање повода или разлога за извршење дела (5); безобзирност (3), подмуклост и користољубље, под условом да не представљају квалификаторне околности (3); љубомору (2); и завист (2). Јачина повреде или угрожавања заштићеног добра разграђена је на изостанак штетне последице или одсуство трајне последице (2)²⁵ и незаинтересованост оштећеног за кривично гоњење (1),²⁶ као олакшавајуће, односно дрскост, свирепост, иживљавање, ако нису елемент дела (10) и учесталост извршења кривичног дела (9), као отежавајуће. Код околности под којима је дело учињено, такође, постоји доминација оних отежавајућих, у које су сврстане: искоришћавање немоћи жртве (10); остварена противправна имовинска корист или проузрокована штета троструко већа од износа одређеног КЗ-ом за дато дело (8); извршење дела на јавном месту, у присуству деце, у саставу групе,

за ублажавање казне (чл. 9). Тачно је да суд, када утврди да постоји неки од основа за ублажавање, не мора аутоматски и да ублажи казну; ако се сврха кажњавања не може остварити ублаженом казном, суд може по логичком правилу *a maiore ad minus* да одмери казну у прописаном оквиру. Али, ово функционише у систему одмеравања заснованом на слободној оцени, а не у систему обавезних нумеричких правила, по којима се суд ставља у немогућ положај, да бира између КЗ-а и одредаба Закона о одређивању врсте и одмеравању висине казне. Друго, није јасно ни због чега се крајња нужда нашла међу олакшавајућим околностима, када је тамошњи Кривични законик исправно третирао као основ за искључење противправности (чл. 10). Треће, нехат је монолитно постављен, док се у „класичном“ одмеравању води рачуна о томе да ли је дело остварено из свесног, несвесног или професионалног нехата, што овде није могуће, јер увек вуче исти број бодова. Четврто, неразрађеност категорија је везана и за покушај, те су се у „истом кошу“ неоправдано нашли свршени и несвршени, као и квалификовани покушај. Пето, слична напомена као и за претходну околност, онемогућено је градирање смањене урачунљивости.

24 Док је на другим местима присутна недовољна издиференцираност околности, овде је управо супротно, мотив мржње је разложен на два облика, са упитном разликом у бодовању.

25 Овде постоји пробем недовољне издиференцираности околности, није оправдано потпуни изостанак последице третирајући на исти начин као постојање последице која, додуше, није трајног карактера.

26 Недовољно промишљено аутоматски сврстано у олакшавајуће околности, јер незаинтересованост може да буде резултат притиска, претњи учиниоца, мада стоји да је могуће и супротно, да незаинтересованост за кривично гоњење потиче од ранијих добрих односа са учиниоцем.

ако не представља посебно дело, или ако изазива згражавање других лица (7); искоришћавање одређеног положаја, својства или поверења жртве (7); већи број жртава (три или више), без обзира на то да ли су поднеле имовинскоправни захтев (4). Једина олакшавајућа околност је чињеница да је учинилац и сам повређен код кривичних дела из нехата (2). Допринос жртве извршењу дела представља монолитну околност, вредновану као олакшавајућу (4). У комплексу под називом ранији живот, казну умањује чињеница да се не води поступак за друго кривично дело (5), а увећава чињеница да је учинилац и раније узнемиравао оштећеног (7); да су му изрицане мере безбедности (4); да је прекршајно кажњаван (2). Личне прилике су разрађене на надокнаду штете и отклањање штетних последица пре започињања поступка (8); пружање помоћи жртви пре почетка кривичног поступка (5); образовање учиниоца (2); изражено жаљење и кајање због учињеног дела (2);²⁷ закључење брака (1); заснивање радног односа (1); коректно понашање у току кривичног поступка (1); допринос ефикасном окончању кривичног поступка (1), као олакшавајуће околности. Отежавајуће дејство имају уништавање трагова и доказа (10), утицај на сведоке, обучавање лица у циљу лажног приказивања чињеница (10), односно обећавање награде сведоцима, њихово обучавање и слично, ради лажног приказивања чињеница, ако то не представља самостално кривично дело (10); непостојање кајања и признања окривљеног (2). У остале околности које се односе на личност учиниоца сврстане су: лоше здравствено стање (4); лоше здравствено стање чланова уже породице са којима учинилац живи у породичној заједници (3); лоше материјално и имовинско стање, коришћење социјалне помоћи, незапосленост (3); породично стање: у браку – има децу, једини хранитељ породице, брига о другим лицима (2); старост учиниоца изнад 60 година или припадност категорији млађих пунолетних лица (2); углед у друштву, односно у заједници у којој живи, само за кривична дела учињена из нехата (2); запосленост (1); образовање (1); културни ниво и однос према општеприхваћеним вредностима (1);²⁸ друштвена признања, награде, одликовања и слично (1). Отежавајуће дејство имају чињенице да је кривично дело извршено за време издржавања казне викенд-затвора,

27 Очигледно је неуважавање чињенице да жаљење и кајање могу бити искрени, а не само формално, да не кажемо манипулативно, изречени, о чему се води рачуна код традиционалног начина одмеравања.

28 Недовољно прецизно дефинисана околност, није јасно како би суд утврдио њено постојање. Ако су се већ угледали на америчко Упутство за одмеравање казне, могли су да примете и то да су релевантне околности одређене аутентичним тумачењем. У том смислу, само бодовање неће моћи да допринесе уједначености, ако судови некој категорији придају исти број бодова, али је различито тумаче.

у току бекства и слично (10), за време условног отпуста (9), или времена проверавања код условне осуде (9); углед у друштву или у заједници где живи, само за кривична дела учињена са умишљајем или у вези са говором мржње и слично (8); насилни карактер учиниоца (5);²⁹ болести зависности (4); посебна склоност или способности учиниоца кривичног дела (2); асоцијално понашање (1);³⁰ искуство учиниоца (1); ниски културни ниво учиниоца и негативан однос према друштвеним вредностима (1).³¹ Код ранијих осуда за дело исте врсте води се рачуна о времену протеклом од претходно издржане казне затвора – ако је протекло више од 10 година, казна се умањује (4), а ако је прошло краће време, до три године казна се увећава (4).

Постоји могућност да суд узме у обзир и друге околности које нису наведене на листи, које могу да носе највише 10 бодова.³²

Пошто одреди категорију дела на хоризонталној оси и категорију ранијег живота на вертикалној оси, суд по извршеном вредновању свих околности предвиђених у радном листу А и Б утврђује да ли преовладавају олакшавајуће или отежавајуће околности (тј. уноси број бодова за олакшавајуће и отежавајуће околности и израчунава њихову разлику). Ако утврди казну затвора у трајању до 24 месеца, а притом установи да преовладавају олакшавајуће околности, са разликом од најмање пет поена у њихову корист, може изрећи условну осуду или неку од алтернативних мера, уколико се њима може остварити сврха кажњавања (чл. 16).³³ Законом је остављена и могућност рекласификације, тј. преласка у строжу вертикалну колону и то у две ситуације, код специјалног поврата или продуженог кривичног дела, при чему суд не може да помери дело за више од две колоне надесно, рачунајући од оне у којој је основна квалификација дела.³⁴

29 Исто.

30 Исто.

31 Исто.

32 Видети радни лист који се непосредно користи за одмеравање казне (стр. 30) и чл. 15 Закона о одређивању врсте и одмеравању висине казне.

33 У македонском правном систему у алтернативне мере спадају: условна осуда, условна осуда са заштитним надзором, условно прекидање кривичног поступка, раду општем интересу, судска опомена и кућни затвор, чл. 48а, Кривичен законик, *Службен весник на РМ*, број 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 и 248/18.

34 Видети радни лист на стр. 38 тач. 5.

У Македонији је спроведено и емпиријско истраживање о резултатима примене гореописаног начина одмеравања, са основним циљем да утврди да ли су остварени очекивани утицаји на казнену политику судова. Налази су негативни, јер се показало да нумеричка правила не доприносе нужно уједначавању.³⁵ Уочене су и неке друге појаве – у једном делу пресуда нема образложења, вероватно због тога што су судије сматрале да је довољно попуњавање радних листова, а у највећем броју пресуда судије су се заправо држале само оних (проверених) околности, предвиђених раније КЗ-ом. Поред наведеног, истраживање је показало да су нумеричка правила, уз извесне изузетке, довела до строже казнене политике у односу на период пре њихове примене. Посебан сегмент истраживања представљао је интервју са практичарима, који су навели низ замерки, почевши од тога да нису учествовали у стварању ових правила, преко предимензионираног значаја отежавајућих околности, до тога да су нека од правила оценили као нелогична, тешко примењива и слично.

За разлику од америчког Упутства, македонски Закон није био дугог века, пошто је 2017. године, после само неколико година важења, укинут као неуставан.³⁶

4. Закључна разматрања

Иако су малобројна законодавства у којима је спроведено тзв. математизовано одмеравање казне, чини се да су и ти примери довољни да би се извео закључак о томе да ли је овај концепт прихватљив или не. Посматрано са аспекта судије, када се стави по страни приговор да нарушава њихову независност анулирањем слободне оцене, он може чак и бити примамљив, јер штеди њихово време, менталну енергију и на известан начин умањује одговорност. Посао судије је поједностављен, свођењем на просте математичке операције, посебно у сегменту образложења, где се у класичном приступу за сваку околност морају пронаћи рационални, логички одрживи аргументи који поткрепљују њену релевантност у датом случају, објашњавају због чега јој је приписано олакшавајуће или отежавајуће дејство и одређена мера тог дејства у склопу осталих околности. Све то овде изостаје, осим у случају када суд процени да је нужно да се у процес одмеравања уведе нека нумеричким правилима непредвиђена околност, што би изискивало детаљније образложење. Практична последица „математизованог“ одмеравања јесте увећање

35 Резултати истраживања из Г. Лажетик-Божуровска, Л. Нанев, 2017: 44–47.

36 Одлука Уставног суда Македоније, У бр. 169/2016-1, од 27. 09. 2017. године, преузето са <http://ustavensud.mk/?p=11736>, приступ 26.01.2019. године.

учинка и ефикасности судија, али и смањење ризика да пресуда „падне” због одлуке о казни.

Један од приговора овом приступу одмеравања казне лежи у чињеници да је потребно унапред издвојити што је могуће обимнију и разрађенију листу релевантних околности, чиме се оставља скучен простор за слободну судијску оцену и тако избегава или своди на значајно мању меру неуједначеност судске казнене политике. Претпостављену omnipotentност твораца нумеричких правила лако је оборити, посебно уколико се ради о системима какав је македонски, који садржи не тако бројне и недовољно разрађене олакшавајуће и отежавајуће околности. Када се томе дода да није познато како су оне одабране, мада донекле подсећају на оне из ранијег члана 39 КЗ-а, за разлику од америчких које су уведене на основу статистичког истраживања судске праксе, проблем постаје још упечатљивији. Мали број категорија поједностављује процес одмеравања, али га и опасно удаљава од реалности, те се овде враћамо на исте оне приговоре који су некада упућивани кривичним законцима XIX века и њиховим *numerus clausus* листама олакшавајућих и отежавајућих околности.³⁷

Такође, идеја математизованог одмеравања је до сада реализована тако што је релевантним околностима унапред одређено дејство и фиксна нумеричка вредност која дефинише меру тог дејства. То значи да се у математизованом одмеравању заправо примењује аналитички метод за вредновање олакшавајућих и отежавајућих околности. У логици овај метод подразумева мисаоно растављање сваког сложеног предмета на његове саставне делове, чиниоце или аспекте, док у контексту одмеравања он диктира издвојено посматрање свих релевантних околности случаја и издвојено утврђивање њиховог утицаја на казну. У основи овог метода налази се механицистичко виђење стварности, те се као његов основни недостатак појављује то што се случај не посматра као јединствена целина, већ као мозаик састављен из „расцепканих” сегмената. Њиме се раскидају „живе” везе између околности, те основна мана оваквог угла посматрања лежи у томе што се губи из вида њихово корелативно дејство, међусобна интеракција и преплитање. Ниједна појава у реалности није аутархична и потпуно у себе затворена, а аналитички метод полази од управо супротне претпоставке. Он се заснива на тзв. моделу простог идентитета, по којем је свака појава увек исто, непромењиво једно, или идентична самој себи. Тако се занемарује противречна природа сваке чињенице, која варира у различитим комбинацијама са другим чињеницама. Другим речима, могуће је да се у спојевима примарно, изоловано процењено дејство

37 Више о томе у Миладиновић-Стефановић, 2012: 107 и надаље.

појединачних фактора некада модификује, те се неки од њих могу међусобно неутралисати или, попут катализатора у хемији, појачавати или умањивати дејство један другоме. Није искључено ни то да неки фактори, када се посматрају у тоталитету, потпуно метаморфозирају, претварајући се у супротност резултату самосталне оцене.

Треба додати и да је оваква логика супротна ономе што судије традиционално раде приликом одмеравања, јер се у теорији истиче да су они наклоњенији примени синтезе (Бавџон, 1966: 228, Хорватић, 2003: 200, Камбовски, 2006: 708, Стојановић, 2010: 274 и др). Синтеза се темељи на схватању појава као динамичких система, у којима у једној равни постоје међусобни односи између различитих, некада и супротних елемената, али и односи између елемената и целине, у другој равни. И сами елементи се посматрају као поларизовано дијалектичко јединство, а не као прости идентитети. Евидентно је да се то у многоме разликује од претходног схватања о појавама као простим механичким скуповима у себе затворених елемената. Примењен у поступку одмеравања, синтетички метод значи формирање јединствене слике о делу и учиниоцу, да би се на основу таквог утиска одредила казна. Оно што је пресудно за избор казне јесте та укупна импресија, а не збир појединачних оцена, као код анализе. Када се све узме у обзир, постаје јасно да аналитички и синтетички метод није исправно посматрати као сукобљене супротности, које се међусобно искључују, те се у теорији кривичног права зато и препоручује њихово комбиновање (Стојановић, 2010: 274).

Поред тога што је спорно априорно и искључиво сврставање околности у олакшавајуће или отежавајуће, као и придавање фиксних бројчаних вредности, спорно је и то како је одређиван број бодова који носе појединачне околности. Док су у САД они настали на основу статистичке анализе судске праксе, чему се такође, може наћи замерка, нема података како је македонски законодавац дошао до њих, што читав концепт још више дискредитује, јер је тешко избећи утисак да се свему приступило некако произвољно. Чак и да је за одређивање нумеричких вредности коришћена судска пракса као емпиријска база, у македонском случају ситуација не би била „чистија”, пошто би се могао истаћи приговор да она, као ни у другим системима европско-континенталног типа, не представља извор права.

Надаље, у македонском закону је *a priori* дата превага отежавајућим околностима; њихова доминација није толико заснована на бројности (има их 35, у односу на 36 олакшавајућих), колико на већим приписаним вредностима (у укупном збиру олакшавајуће околности носе 131,

а отежавајуће 200 бодова). У том смислу, систем није неутралан и избалансиран, већ пројектован тако да води ка заштравању казнене политике судова, што је потврђено у истраживању примене Закона о одређивању врсте и одмеравању висине казне, иако то званично није један од његових циљева, како се помињу само уједначеност и објективност у одмеравању (чл. 2).

Анализирани примери показују да „математизовање“ одмеравања казне може бити спроведено мање или више вешто, али остаје утисак да је питању вештачки конструктор, посебно непримерен европско-континенталној правној традицији и логици. Македонски пример је показао да он не погађа нужно циљеве ради којих је уведен, а уз то деформише и квари процес одмеравања, па би пре могао да понесе одредницу неуспелог експеримента, као и уосталом многи други правни транспланти преузимани некритички и без дубљег промишљања.

Литература/References

Арнаудовски, Љ. (2014). Казнена политика. *Македонската ревија за казнено право и криминологија*. 21. 35–50.

Бавцон, Љ. (1966). Неколико примедба у вези са применом кривичних санкција у пракси наших судова. *ЈПККП*. 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.

Божуровска-Лажетиќ, Г. (2014). Невоедначената казнена политика и нејзиното влијание врз спогодувањето за кривична санкција според Законот за кривична постапка. *Македонската ревија за казнено право и криминологија*. 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.

Закон за изменување на Кривичниот законик. *Службен весник на РМ*. Бр. 28/14.

Закон за одредување на видот и одмерување на висината на казната. *Службен весник на РМ*. Бр. 199/14.

Камбовски, В. (2006). *Казнено право, Општ дел*. Скопље: 2-ри август РС

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.

Кривичен законик. *Службен весник на РМ*. Бр. 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 и 248/18.

Лажетиќ-Божуровска, Г., Нанев, Л. (2017). *Анализа примената на Законот за одредување на видот и одмерување висината на казната во основните судови Тетово, Велес, Кочани и Кавадарци*. Кавадарци: СППМД

Миладиновић-Стефановић, Д. (2012). *Редовно одмерување казне у кривичном праву (необјављена докторска дисертација)*. Београд: Правни факултет

Robinson, P. H. (1997). One Perspective on Sentencing Reform in United States. *Criminal Law Forum*. 8 (3). 1–41.

Одлука У бр. 169/2016-1, Уставен суд МК, од 27.09.2017. године, преузето са <http://ustavensud.mk/?p=11736>, пристап 26.01.2019. године

Правилник за начинот на одмерување на казните. *Службен весник на РМ*. Бр. 28/14.

Стојановић, З. (2010). *Кривично право, Општи део (седамнаесто издање)*. Београд: Правна књига

Тупанчевски, Н., Деаноска-Трендафилова, А. (2015). Една годината од примената на Законот за одредување на видот и одмерување на висината на казната – проблеми и предизвици. *Македонската ревија за казнено право и криминологија*. 1–17.

US Sentencing Guidelines Manual, <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>, пристап 11.02.2019. године

Хорватић, Ж. (2003). *Казнено право, Опћи дио*. Загреб: Правни факултет

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 have 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.

Др Михајло Цветковић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23438

UDK: 347.44:004.738.5
004.738.5

Рад примљен: 01.10.2019.
Рад прихваћен: 15.11.2019.

SMART УГОВОРИ: РЕВОЛУЦИЈА ИЛИ КОМПЛИКАЦИЈА?*

Апстракт: Синергија између рачунарских програма и уговора привлачи пажњу академских правника. Описани још 1996, smart уговори су заживели са развојем криптовалута. Анализирајући радове објављене у Европској ревији приватног права, аутор приказује проблеме и дилеме настале дигитализацијом уговора. Образложене су најважније врсте smart уговора, као и њихова примена са именованим уговорима. Било да се ради тек о једном новом начину за закључење и реализацију уговора или о револуционарној промени, аутоматско испуњење уговорне обавезе и непроменљивост smart уговора дубински мењају постојећу уговорну праксу. Класични појмови, као што су услови настанка уговора, тумачење и немогућност испуњења, добијају нова значења и функције. Заштита уговарача, потрошача и јавног поретка online захтева реформу прописа, али паралелно треба заговарати и прилагођавање технологије правним пословима. Smart уговор је упоредив са аутоматом за уличну продају, непроменљив је и функционише на blockchain-у. Нема вештачку интелигенцију, а оспорено је и његово правно дејство. Ипак, smart уговори носе велики потенцијал, олакшавају правни промет и смањују ризик повреде уговорне обавезе.

Кључне речи: blockchain, форма, потрошачи, интернет, кодирање, уговор.

* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“, Правног факултета Универзитета у Нишу.

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право и мултидисциплинарност“.

1. Увод

1.1. Појмови

Паметни уговори заснивају се на blockchain технологији, бази података у којој су подаци након уноса непроменљиви (иреверзибилност). База је дистрибуирана, тј. похрањена истовремено на већем броју рачунара, те не постоји могућност да се из једног центра утиче на њен садржај. Заснован на криптографији, blockchain је сигуран, транспарентан и анониман, има примену у свим гранама права где се тражи веродостојна јавна књига, непромењиве историје. Пружа уговарачима поуздан промет без посредника.

Популарност биткоина допринела је развоју Ethereum-а, јавне отворене платформе за трансакције, много сложеније од пуке размене криптовалута. У њеном оквиру развијен је програмерски језик Solidity за кодирање уговора. Кодирање означава превођење уговорних клаузула у линије рачунарског кода, што повлачи специфичан стил уговарања “ако А, онда Б”. Правници у одређеним делатностима већ сада морају да знају основе кодирања.

Smart уговор је електронска инструкција, што значи да компјутер може да је обрађује и испуњава. Од електронског уговора на људском језику се разликује по томе што је записан у рачунарском коду (Dimatteo, 2019: 806). Алтернативна имена су крипто уговори, паметни уговорни код, паметни уговорни програм.

Smart уговор је упоредив са аутоматом за уличну продају. Аутомат прима новац, враћа кусур и издаје производ по приказаној цени. Након што купац убаци новац није потребна никаква људска интервенција да би се уговор закључио и испунио. Он је непроменљив и самоизвршан. Чак и када је купац принуђен, аутомат би опет издао производ, иако је уговор ништав. Свако са новцем је потенцијални купац, без обзира на пословну способност. Попут уличног аутомата, smart уговор има три функције: 1. чува правила (цена лименке је 100); 2. верификује поштовање правила (да ли је купац убацио тачан износ); 3. у стању је да правила самостално спроведе, односно испуни чинидбу (избацује лименку и враћа кусур). За разлику од уличног аутомата, smart уговор промеће најразличитија добра, глобално, уз занемарљиве трошкове, на инфраструктури без власника. Уместо механике, ослања се на софтвер и рачунар.

1.2. Особине

Smart уговори нису нека нова врста уговора већ сваки уговор може постати „паметан“. Појаву треба схватити као иновативно уговарање ослоњено на информациону технологију, скуп аутоматизованих начина за закључење, извршење и раскид уговора (Tshibende, 2019: 872).

Важна особина smart уговора је аутоматско испуњавање обавеза – самоизвршност, тако да класична заштита потраживања коју нуди правни поредак делује, на први поглед, сувишно. Blockchain реализује уговор без интервенције уговарача или трећих лица, систем не зависи од људског фактора. Smart уговори функционишу независно од међусобног поверења између уговарача. Зато се говори о дигитализацији поверења преко извесности испуњења, односно подизању ефикасности елиминисањем посредника и њихових трошкова (Durovic, 2019: 758). Потреба за посредницима, као што су заступници, адвокати, судови, извршитељи, банке, осигуравајуће куће и сл. се смањује.

Smart уговори су врло актуелна тема у правној доктрини. Дигиталне технологије брзо еволуирају, што утиче на бројне правне парадигме. Академски правници испитују компатибилност традиционалних правних правила и новог дигиталног окружења, разматрајући да ли је уговорно право довољно флексибилно за smart уговарање. Доктрина је отворила лезу питања, од сумње да су smart уговори заиста правно обавезујући, па до тврдње да представљају дисруптивну иновацију у правном систему. Уговорно право се мења: да ли су хакерски напад или грешка у коду нови примери за вишу силу? Расправља се о користима и ризицима smart уговора, указује на техничка ограничења неприлагођена сложеним односима реалног света. Било да су smart уговори самодовољни, јер функционишу независно од правног система, или су само још једна од многих новина, потребно је указати на доктринарне, легислативне и практичне дилеме поводом појаве са којом се правни поредак до сада није суочио.

1.3. Дефиниције

Концепт паметних уговора осмислио је 1996. Nick Szabo, компјутерски научник, правник и криптограф, дошавши на идеју да чува уговоре у дистрибуираној бази података, желећи уговорну праксу без посредника, независну од поузданости сауговарача. Он је дефинисао smart уговор као компјутеризовани трансакциони протокол за извршавање уговорних клаузула (Durovic, 2019: 755).

Smart уговор је скуп обећања, укључујући и протоколе за њихово испуњење. Извршава се дигитално путем софтвера на рачунарској мрежи. Отуда израз „smart“, иако вештачка интелигенција није укључена. То је самоизвршавајући компјутерски програм. Израз „smart уговор“ је оспорен, јер нема вештачку интелигенцију, а расправљиво је и његово правно дејство.

Smart уговор је рачунарски код створен да аутоматски извршава уговорне обавезе када се испуне задати услови; споразум где је испуњење обавеза аутоматизовано компјутерским програмом. Smart уговор је сачињен од уговорних клаузула написаних на компјутерском језику, заснива се на Буловој логици „ако А, онда Б“, где А и Б дефинише творац уговора (De Caria, 2019: 737).

Дефиниције правних аутора су сличне, smart уговори су: Самоиспуњавајуће електронске инструкције записане рачунарском кодом, који прати, испуњава и принудно извршава споразум; Софтвер похрањен на blockchain-у, који путем рачунара повезује две или већи број уговорних страна испуњавајући њихове обавезе на основу предефинисаних фактора; Дигитални уговори базирани на обавезујућим клаузулама, самоизвршни и имуни на злоупотребе; Рачунарски програм који на основу задатих правила и података трансферише добра на blockchain-у (De Caria, 2019: 735).

Уочавају се најважнији елементи горњих дефиниција и њихов значај. Smart уговор је: 1. Дигитални споразум записан у рачунарском коду (софтвер „разумљив“ рачунару); 2. Функционише на децентрализованом blockchain-у (аутономно од трећих лица и од самих уговарача, непроменљив је, отворен за сваког, са глобалним домашајем); 3. Аутоматски се извршава без људске интервенције (елиминисане су злоупотребе, пословање без обзира на поверење).

1.3. Подела

Код детерминисаних smart уговора Ethereum има довољно информација за њихово извршење. Недетерминисани уговори потражују спољне информације да би остварили циљ (Cannarsa, 2019: 778). Канал комуникације, Oracle, представља везу између виртуелног и материјалног окружења. Пример аутоматског канала комуникације (Oracle) је аутомобил који шаље извештај након удеса. Oracle може да буде и човек као треће непристрасно лице (нпр. курир обавештава систем да је испоручио ствар коју је продавац послао купцу).

„Чисти“ smart уговори ограничени су на виртуелни, дематеријализовани свет. Не изазивају промене у физичком свету, нити захтевају признање правног поретка да би деловали. До њихове експанзије је дошло са развојем биткоина, јер омогућавају размену криптовалута и дигиталних добара (Цветковић 2018: 119). „Хибридни“ smart уговор је класичан уговор, у целини или делом кодиран, ради аутоматизације. Мада првобитно намењени виртуелном свету, паметни уговори сада делују шире (нпр. smart уговор ускраћује улаз у хотелску собу путем браве са шифром; прекида рад аутомобилског мотора) (Tjong, 2019: 790). Највише проблема јавља се управо приликом контакта два света. Са тзв. интернетом ствари (IoT) хибридни уговори се шире. Фрижидер наручује храну када остане празан. Smart уговор о осигурању возила одређује премију на основу пређених километара (“плати колико возиш” клаузула). Агресивнији возачи плаћају више, и обрнуто. Аутомобил има blockchain интерфејс, а smart уговор утврђује износ премије према параметрима вожње (Durovic, 2019: 759).

„Паметни уговорни код“ (Smart contract code) служи за једноставне трансакције. На пример: трговачки ланац издаје промотивне купоне мноштву купаца. Паметни уговорни код верификује да ли је промотивни купон већ искоришћен. „Правни паметни уговор“ (Smart legal contract) је фузија горње категорије и класичних уговора. Пример: закључен је уговор о закупу некретнине на online платформи. Сваког 30. дана, smart уговор исплаћује закупнину закуподавцу; ако је купац великвидан – закључава врата. Штити закупца тако што спречава закуподавца да повиси закупнину или изда трећем лицу.

1.4. Smart уговори у пракси

Smart уговори су се доказали у финансијском сектору где се захтевају бројне уплате и исплате, мада је питање колико су ефикасни у комплексним уговорним односима. Банке их користе за одобравање кредита и за аутоматска плаћања; осигуравајуће куће за обраду захтева; курирске службе за исплату након доставе итд. Економски циљеви smart уговора јесу превенција несавесног понашања уговарача, елиминација принудног извршења обавеза и смањење трансакционих трошкова.

Smart уговор допуњује постојећу уговорну праксу: продавац сачињава smart уговор и поставља га на Ethereum. Smart уговор има јединствени идентификациони број и функционише аутономно у оквиру система. Купац прихвата општу понуду уплатом цене самом уговору, не продавцу. Након верификације, smart уговор преноси добро купцу и цену продавцу.

У неким ситуацијама smart уговор је једино решење. Рецимо да су истраживачу потребна средства за реализацију одличне идеје. Са друге стране, бројни ситни финансијери заинтересовани су да га подрже. Истраживач креира smart уговор и наводи буџет. Финансијери уплаћују новац који се акумулира у smart уговору. Уколико се до одређеног датума сакупи довољно новца, укупна сума се трансферише истраживачу и финансијери добијају оснивачки удео сразмерно уплати. Финансирање науке без банке или фонда! Обрнуто, уколико нема довољно интересовања, smart уговор враћа новац уплатиоцима. Цео посао одвија се на blockchain-у, аутоматски. Две главне особине smart уговора јесу непроменљивост и дистрибуција. Истраживач није у стању да промени буџет или уделе финансијера. Дистрибуција, тј. децентрализованост, значи да одлуке не доноси један центар (нпр., да ли акумулирана средства проследити истраживачу или вратити финансијерима). Захваљујући овим особинама злоупотреба једне на рачун друге уговорне стране је искључена.

2. Услови настанка smart уговора

Сагласност воља. Поставља се питање колико су општи услови настанка уговора присутни у smart уговорима. У принципу, правила о понуди и прихвату нису препрека smart уговарању. Кад једно лице објави свој smart уговор на Ethereum-у, ради се о општој понуди, јер он садржи све битне елементе (мада због јавне објаве личи на позив да се понуда упути).

Овакав smart уговор, тј. понуду, понуђени прихватањем претвара у класичан уговор. То чини тако што smart уговору шаље накнаду у криптовалуту или дигитално добро. Upload ка smart уговору представља недвосмислен прихват понуде и истовремено испуњење уговорне обавезе. Када верификује пријем, smart уговор обавља размену између уговорних страна. Њу не могу да осујете ни понудилац ни понуђени, сада већ уговарачи. Вратимо се аналогiji са аутоматом за уличну продају: убацивањем новчића купац конклюдентном радњом прихвата понуду. Прећутно је закључен уговор између власника аутомата и купца (Durovic, 2019: 757).

Иако је испуњење smart уговора аутоматско, воља уговарача, тј. њихова сагласност, постоји. Њу је манифестовао понудилац креирањем smart уговора, а понуђени конклюдентном радњом у складу са понудом. Воље су се "суреле" у smart уговору, и он је њу реализовао. Слобода уговарања обухвата и слободу избора језика уговора. То може бити латински, али и рачунарски код (Durovic, 2019: 764).

Пословна способност. Ethereum, попут већине других blockchain платформи, не проверава пословну способност корисника. Свако може отворити налог, без обзира на узраст или ментално стање, довољна је веза са интернетом. Систем је отворен, па дозволе трећих лица нису потребне, а ни могуће. То значи да је због пословне неспособности могуће једино накнадно поништење smart уговора, праћено реституционим захтевом по правилима о стицању без основа. Оваква заштита пословно неспособног лица је неефикасна, јер корисници Ethereum-а користе псеудониме и немогуће је против воље сауговорача доћи до правог идентитета. Без идентитета нема ни кондикције. Мимо ситуације када Ethereum користи лице без пуне пословне способности, правила о капацитету нису препрека smart уговарању (Durovic, 2019: 768).

Форма. У одређеним ситуацијама форма је такође услов за настанак уговора. Већ је речено да су smart уговори погодни за стандардизоване уговоре, а такви су свакако потрошачки уговори. Европско право заштите потрошача није искључено smart уговарањем, мада неке одредбе стварају забуну, иако су прописане са најбољим намером. У чл. 5 Директиве о непоштеним клаузулама у потрошачким уговорима стоји: “У случају уговора у којима се потрошачу све или одређене одредбе нуде у писаном облику, те одредбе увек морају бити срочене јасно и разумљиво”.

По једном тумачењу, рачунарски алгоритми нису у текстуалној форми, тако да се Директива (и национални прописи који је имплементирају) не односи на паметне уговоре. Са друге стране, апсурдно је да smart потрошачи уживају мањи степен заштите. Напротив, да би потрошачки уговори постали smart, неопходно је да трговци омогуће потрошачима разумевање уговора, будући да рачунарски код свакако није “јасан и разумљив” просечном потрошачу. Само тако ће потрошачки smart уговори бити правоваљани (Durovic, 2019: 769).

Без обзира што се у smart уговору препознају општи услови за настанак уговора, адвокати саветују клијенте да сачине и пратећи традиционални уговор са својим сауговорачима, ради правне сигурности. Овај уговор “легализује” smart уговор. Ту се повлачи паралела са већ старим и познатим “I agree” дугметом приликом инсталирања софтвера, ради потврде паралелизма воље и радње. Тешкоћа је што овај пратећи уговор није једноставан попут нпр. “Овим потписом прихватам и обавезујем се smart уговором”, јер таквом прети ништавост због неодређености предмета (Durovic, 2019: 771).

3. Форма као препрека smart уговарању

Blockchain је погодан за пренос својине, нарочито када се не захтева форма *ad validitatem*, односно код уговора са формом *ad probationem*, као и код неформалних уговора (нпр. продаја покретне ствари). У таквим ситуацијама алгоритам “ако А, онда Б” је сасвим довољан. Код уговора са конститутивном формом, њен недостатак повлачи ништавости па би пренос својине био без основа, уколико blockchain трансфер није признат законом. То је случај када се захтева “јавнобележнички запис”, солемнизација или нека слична радња, макар била обична регистрација. Зато уговори попут поклона *inter vivos*, продаје објекта у изградњи и одређених хартија од вредности тренутно нису погодни за smart облике у француском праву (Tshibende, 2019: 875).

Поједине савезне државе САД експлицитно признају пуноважност уговора који су “процесирани, закључени или испуњени преко уговорног компјутерског кода”. Француски законодавац такође препознаје потенцијал blockchain-а и постоје тежње да се он призна регулативом, макар секторски (Tshibende, 2019: 874).

Сличан проблем се јавља и код средстава обезбеђења (Tshibende, 2019: 876). У међународној и националној пракси уобичајено је да се ради о формалним пословима (нпр. хипотека). Поред тога, често се код заложних права, поред уговарача јавља и треће лице, као залогодавац или чувар заложене ствари. Ове особине средстава обезбеђења су у сукобу са начелима blockchain-а која подразумевају самодовољност уговарача. Са друге стране, пошто код “чистих” smart уговора уговарач не може да избегне своју обавезу – онда средства обезбеђења нису ни потребна.

Упркос тези да smart уговори воде ка “де-монополизацији државне моћи употребом рачунара”, државу неће скоро потиснути из уговорног права (Tshibende, 2019: 877). Већина континенталних права условљава пуноважност појединих уговора, и то најважнијих, захтевом да у закључењу учествује и нотар, као носилац јавноправног овлашћења. У супротном, уговор је ништав, па је пренос права без основа, макар се одвијао и виртуелно. Поред тога, држава увек може да забрани криптовалуте, најважније средство плаћања у smart уговорима.

Елиминисање људског фактора није увек оптимално решење, иако је то ‘*raison d’être*’ smart технологије (Tshibende, 2019: 881). Тако нпр. код уговора о закупу, уколико smart уговор деактивира електронски кључ, можда угрожава право закупца иако закупнина није плаћена. Зато је у оваквим ситуацијама нужна сарадња кодера и правника, како би се smart уговор прилагодио прописима о заштити слабије стране.

4. Нефлексибилност рачунарског кода

Традиционални уговорни односи су амалгам чврстих клаузула и флексибилних правних стандарда. Уговорно право се ослања на ширину правне доктрине и прилагодљивост својих института. Тако се нпр. промењене околности, понашање у складу са начелом савесности и поштења или обавеза обзирности према уговорном партнеру сагледавају према конкретним околностима сваког случаја (Dimatteo, 2019: 813).

Ова отвореност и прилагодљивост омогућава примену уговорног права у широком спектру правног саобраћаја и најразличитијим делатностима. Пластичност је од суштинског значаја у дугорочним правним пословима, привредном праву, као и када се однос између уговарача гради постепено поверењем.

Smart уговори су погодни за уговоре са стандардизованим и фиксираним клаузулама, па је логично да се најшире примењују у финансијском сектору (Dimatteo, 2019: 813). Некономична је њихова употреба код нестабилних уговорних односа или уколико постоји било каква доза несигурности како ће се уговорни однос развијати (алеаторност). Паметни уговори су иреверзибилни. Како онда помирити њихову непроменљивост и нпр. право на покајање потрошача у дистанционом уговору? Основни појмови уговорног права, као што су сагласност воља, пристанак, мере заштите потраживања, као и стандарди попут изненађујућих клаузула, треба да се прилагоде виртуелном окружењу.

Smart уговор је непроменљив, његова најпривлачнија особина је висока извесност обостраног испуњења намирењем, повреда уговорне обавезе је мало вероватна. Ова тврдња се заснива на претпоставци да су електронска форма и Булова логика искоренили нејасноће и потребу за тумачењем. Аутоматизација спречава уговарача да опортунистички одступи од своје обавезе. Упркос томе, треба омогућити уговарачу да одустане од уговора, тако што ће се у smart уговор уградити одустаница, фиксна сума коју уговарач плаћа уколико одабере да се ослободи своје обавезе (Dimatteo, 2019: 818).

Традиционални уговорни односи, нарочито дугорочни пословни, заснивају се на поверењу. Smart уговори функционишу независно од поверења, али пошто су записи у blockchain-у перманентни, транспарентни и претраживи, историја трансакција одређеног уговарача представља његову репутацију (Dimatteo, 2019: 820). Репутационе мреже, још из еснафских времена, тако добијају поново значај, мада у сасвим другом окружењу.

Имајући у виду разноликост уговорних односа, smart уговори су за сада ограничени на једноставне, махом финансијске послове. Њихова примена у сложеним уговорним односима је непрактична на овом степену развоја. Неке уговорне обавезе су погодне за кодирање (фиксне, масовне, стандардизоване клаузуле). За разлику од њих, дугорочни флексибилни односи боље подносе регулацију на људском језику (Dimatteo, 2019: 823). Одређене уговорне клаузуле је немогуће кодирати јер захтевају људску процену, нпр. да ли је уговарач посветио “дужну пажњу”.

5. Тумачење

Рачунарски језик се суштински разликује од људског. Он је детерминисан (има једно значење и један резултат), док је људски језик отворен и вишезначан, што повлачи тумачење. Проблем тумачења рачунарског језика не постоји (Cannarsa, 2019: 773). Поставља се питање како ове разлике утичу на уговорне односе засноване smart уговорима.

Common law уговоре карактеришу опширност, детаљи и казуистика (ако А, онда Б), па су погоднији за кодирање од кратког “европског” уговора где се уговарачи ослањају на опште принципе уговорног права и диспозитивне законске норме. Common law уговори су стилизовани тако да предвиђањем сваке евентуалности умање судско мешање тумачењем. Кодирање уговора више лежи Common law правницима, обученим да састављају прецизне и исцрпне уговоре. Европски правни системи овлашћују суд да тумачи уговор у складу са принципима као што су еквивалентност узајамних давања или савесност и поштење, узимајући у обзир добре обичаје и преговоре. Ови широки и неодређени појмови не одговарају бинарној основи рачунарског кода, где постоје само два стања (Cannarsa, 2019: 780). Рачунарски језик није флексибилан, нити прилагодљив новим околностима.

Истовремено, рачунарски језик је универзалан и уклања сваку језичку и националну баријеру. Другим речима, он елиминише не само проблем тумачења, већ и превођења уговора. Сматра се да ће рачунарски код потиснути енглески језик у међународним уговорним односима (Cannarsa, 2019: 781). Елиминисање тумачења и превођења повећава економичност. Рачунарски код је јасан и недвосмислен, па има мање места за спорове.

Што се критеријума тумачења уговора тиче, код smart уговора искључен је субјективни критеријум, што значи да објективни критеријум остаје једини избор. Ово није занемарљиво, јер континентално право заправо има субјективно-објективни приступ. Допунско тумачење, намењено попуњавању правних празнина у уговору, такође је сувишно, пошто њих у smart уговору не сме да буде.

Уколико је уговор двосмислен на људском језику, па захтева тумачење, онда ни његов превод на рачунарски код не може бити бољи. Уговорне клаузуле компликованије од једноставног преноса вредности или права се тешко кодирају. Имајући у виду структуру smart уговора, лако је замислива ситуација да рачунарски код одступи од воље уговарача (Dimatteo, 2019: 807). Због техничких ограничења, воља се прилагођава коду, уместо да је обрнуто. Ако желимо да суд тумачи smart уговор, нужан је превод са кода на људски језик. Када је smart уговор настао кодирањем традиционалног уговора, суд ће тумачити оригинал (Cannarsa, 2019: 783). У било ком случају, тешко да ће smart уговори умањити моћ суда да интервенише путем тумачења.

Како би се smart уговори развијали, потребно је развити нове технике тумачења. Уколико се зауставимо на тврдњи да општа правила тумачења уговора или принципе уговорног права није могуће кодирати, онда ће smart уговори остати ван правног система (Cannarsa, 2019: 785). То није добро ни када су у питању „чисти“ smart уговори, а нарочито када се ради о хибридикама утицајним и ван online окружења.

6. „Ванправна појава“ и потреба за новим прописима

По једном мишљењу smart уговор је независан од позитивног права, јер је и створен да функционише одвојено од правног поретка (Dugovic, 2019: 757). Мишљење није прихватљиво.

Smart уговор не омогућава уговарачима да заобиђу правни систем. Самоизвршност не спречава накнадну post-hoc судску оцену законитости. Пренос права на основу smart уговора суд може поништити због мана воље, пословне неспособности, сукоба са принудним прописима итд. На blockchain-у право остаје и даље уписано на име прибавиоца, али правни поредак тај упис не признаје, односно сматра да је титулар и даље преносилац. Како би се ово неслагање између дигиталног и стварности уклонило, суд налаже прибавиоцу да закључи нови уговор са обрнутим улогама (Dimatteo, 2019: 815). Smart уговори су иреверзибилни, па се реституција остварује једино новим уговором.

Самоизвршност smart уговора није панацеа против судске интервенције (Dimatteo, 2019: 824). Класични институти уговорног права за заштиту индивидуалних интереса (неважност због мане воље, неспособности), слабије стране или јавног поретка (забрана монополског понашања), као и специјалне секторске одредбе (нпр. заштита потрошача) остају на снази. Судско мешање у уговорни однос није сувишно, јер суд штити јавни или легитимни индивидуални интерес. Улога суда је нарочито значајна

код хибридних smart уговора пошто они делују и у материјалном свету. Граница између виртуелног и физичког дејства је истовремено и линија после које је правни поредак, а са њим и суд, на познатом терену.

Blockchain је глобална инфраструктура отпорна на цензуру, фалсификовање, природне непогоде и рестрикције струје. Омогућава корисницима пренос вредности без посредника. Желећи да капитализују нову технологију, развијене државе реформишу прописе и признају правно дејство уговорима записаним на Blockchain-у (De Caria, 2019: 738).

Двојност материјалног и виртуелног ствара правне проблеме. Илустрација: путем smart уговора Продавац прода ствар Купцу, који плати. Међутим, пре предаје ствари, Лопов украде ствар. Иако није стекао својину, Купац је иреверзибилно уписан у blockchain као нови власник. Зато неки аутори наглашавају да су smart уговори успешни само у виртуелном промету (De Caria, 2019: 742).

Отвореним сагледавањем, у smart уговору се уочавају сви елементи за настанак пуноважног облигационог уговора: сагласност воља, кауза, предмет уговора и форма. Његов дигитални облик није сметња. То значи да су корисници smart уговора креирали облигације чак и када због грешке у рачунарском коду smart уговор не функционише (De Caria, 2019: 747). Слично као што правописне грешке не утичу на пуноважност класичног уговора. Када аутомат за продају „прогута“ новац, без обзира на квар власник аутомата и даље дугује купцу. Дакле, корисници smart уговора су уговорне стране и уживају судску заштиту својих интереса и потраживања. Тако, нпр., имају право на накнаду штете због неиспуњења уговорне обавезе, нарочито када се ради о хибридних smart уговорима. Иста права уговарачи имају и код чистих smart уговора, али ће их тешко остварити због тога што класично право није дорасло виртуелном окружењу.

Према томе, smart уговори не захтевају нека нова специјална законска правила да би имали облигационо правно дејство (De Caria, 2019: 747). Дискусија „да ли smart уговор има правно дејство“ је јалова јер извор обавеза није smart уговор, већ класичан уговор који заједничким коришћењем smart уговора, конклюдентним радњама закључују његови корисници. Испред или иза сваког smart уговора постоји класичан уговор чија пуноважност зависи од испуњености услова за његов настанак и опстанак. Дакле, smart уговори неће заменити класичне уговоре, нити довести до изумирања уговорног права јер је оно довољно широко да прихвати smart уговарање, без увођења нових правних категорија или дисциплина. Са друге стране, неопходно је осавременили прописе како би се облигациона субјективна права настала smart уговарањем ефикасно

реализовала и заштитила, јер ту постоји правни вакуум, односно постојећа решења нису ефикасна.

7. Немогућност испуњења

Уговор је закон за стране и уговарачи одговарају за испуњење. Када повреде своју обавезу, прети им принудно извршење и додатна обавеза накнаде штете. Међутим, у неким околностима уговарач није у стању да испуни своју обавезу због околности коју није могао да спречи, отклони или избегне. Пошто нема кривице, наступила је случајна немогућност испуњења обавезе, па уговор престаје без штетних последица за савесног уговарача (нпр. ствар пропадне услед више силе, забрана увоза или делатности и сл.). Имајући у виду промењив однос државе према криптовалутама, питање немогућности се јавља у сценарију да их државе забране (Цветковић, 2018: 127).

Пошто су smart уговори самоизвршни и аутоматски (незауостављиви), поставља се питање како у њих уградити институт немогућности. Треба утврдити два податка: 1. Да ли је испуњење изостало, тј. шта је непосредни узрок (објективни елемент)?; 2. Које се он може уписати у кривицу (субјективни елемент)? Прво питање је лако проверљива чињеница (нпр. да ли је прибавилац стекао државину и тиме својину; да ли је извршена исплата). Друго питање је компликованије, јер често захтева судску процену (можда продавац није ни послао ствар; или је купац несавесно одбио пријем; или је одбијање легитимно јер је на основу величине пакета очигледно да се у њему не налази наручена ствар) (Tjong, 2019: 798, 800). Овакву врсту резонувања, тј. формирање вредносног суда, тешко је кодирати. Зато се као практично решење предлаже људски огасле, коме се уговарачи обраћају у случају неиспуњења.

Ова размишљања откривају један дубљи проблем. Уговорно право је изграђено као реакција на спор, за *ex post* пресуђивање, док smart уговор тежи *ex ante* регулацији и превенцији спора. Закључак је да тренутни концепт паметних уговора није добро припремљен за финесе стварног живота, односно деловање немогућности на судбину уговора (Tjong, 2019: 803). Лако је кодирати проверљиве улазне податке, али не и сложена питања каузалитета (алтернативног, минималног, кумулативног, престижућег) или вредносне судове ради процене кривице.

8. Заштита потрошача smart уговорима

Smart уговори су корисни када су традиционална решења правног поретка непрактична или неекономична. Европски законодавац деценијама покушава да подигне степен заштите потрошача без превеликог оптерећења за трговце. Права потрошача су стандардизована и униформна, извиру из проверљивих чињеница, па су зато погодна за smart платформе, нарочито у транспортном сектору. Ипак, њихов домашaj умногоме зависи од номотехнике. Када законодавац користи отворене правне стандарде и генералне клаузуле као што су *bona fides* или виша сила, онда је готово немогуће применити алгоритамски код (Borgogno, 2019: 891). Заштита потрошача заснована на формулацијама попут “добра пословна пракса”, “заштита слабије стране” и “разумна очекивања потрошача” спутава smart уговоре.

Потенцијална примена smart уговора у потрошачком праву је значајна јер омогућавају обештећење без процедуралних трошкова, тј. погодни су у ситуацијама када постоји пуно истоветних потраживања из истог чињеничног стања. Мере заштите потрошача (нпр. гаранција) уграђене у smart уговоре, аутоматски се извршавају увек када се испуне услови, без трошкова за трговца и застоја за потрошача. Smart уговор гарантује право потрошачу, чак и када потрошач за њега не зна.

Да би се овај идеал остварио, постоје три услова: 1. Да се ради у субјективном потрошачком праву које се не заснива на генералним или апстрактним нормама јер се такве не могу кодирати. 2. Право је независно од ширег односа (економског, друштвеног, вредносног) између уговорача и њихове личне процене (нема места за тзв. релациону уговорну теорију). 3. Ради се о стандардизованом праву, тј. пуно потрошача је у истој ситуацији (иначе је кодирање неекономично) (Borgogno, 2019: 895).

Размотримо ову идеју на примеру где је више путника оштећено отказивањем лета. Да би се они обештетили, потребно је испунити најпре техничке услове. Авио-транспорт је потпуно компјутеризован, тако да је релативно лако поставити аутоматски *oracle* за праћење летова. Smart уговор “ако лет касни, онда исплати путнику накнаду” је једноставан и ефикасан. Међутим, технички услови су нужни, али не и довољни за функционисање идеје. У чл. 5, ст. 3 Уредбе о утврђивању општих услова одштете путницима у случају отказивања лета стоји: “Авио превозник није дужан платити накнаду, ако докаже да је до отказивања лета дошло због изванредних околности које није могао избећи чак ни ако су предузете све

разумне мере.”¹ Због инхерентне квалитативне природе ове одредбе, мало је вероватно да се испуњеност њених услова процењује алгоритмом (Borggno, 2019:898). Уместо тога, законодавац треба да пропише отворену листу уско дефинисаних случајева када је одступање од реда летења оправдано, нпр. видљивост испод 100м, температура нижа од -20 С, олуја категорије 5, терористички напад. Због квантитативних вредности кодирање овакве норме је могуће, а са њом и smart заштита потрошача. Једном закључен, smart уговор није прилагодљив непредвиђеним околностима. То значи да кодирањем треба унапред предвидети различите чињенице и истовремено им општим нормама дати правни значај.

9. Закључак

Smart уговори представљају синергију између рачунарских програма и уговора. Кодирање је универзални језик, па су smart уговори транснационални, неспутани говорним и упоредноправним разликама. Место рођења smart уговора је виртуелно окружење. Све је дигитално, нетелесно: комуникација, чинидбе и добро које се размењује. Са развојем технологије расте утицај на „стари“ материјални свет. Мада су smart уговори револуционарни у погледу својих могућности, неће изазвати тектонске правне промене.

Smart уговори су од традиционалних „самосталнији“. Од трећих лица, правног поретка, па и самих уговарача. Критичари сматрају да се то постиже упрошћавањем, на рачун погодности традиционалног уговарања, нарочито европско-континенталног. Указано је на дивергенцију воље изражене језиком и кодиране воље.

Главна новина smart уговора јесте испуњење обавеза без људске интервенције. Одстрањивање поверења сигурним намирењем. Међутим, управо је потпуна аутоматизација препрека сложеним уговорним односима и постојећој пословној пракси. Незауостављивост smart уговора је проблематична када развој догађаја одступи од планираног или дође до сукоба између уговарача. Уговорни однос је више од простог збира записаних клаузула. Споразумни раскид код smart уговора није могућ. Мада доприноси правној сигурности, њихова неизмењивост истовремено представља и недостатак. Погодни су за краткотрајне односе, али ригидни за дугорочне.

1 Уредба о утврђивању општих услова одштете и помоћи путницима у случају ускраћеног укрцаја и отказивања или дужег кашњења лета (ЕЗ), бр. 261/2004.

Не ради се о ванправној појави. Тврдња да су smart уговори самодовољни зато што су самоизвршни занемарује интерпретативну и заштитну функцију уговорног права (Dimatteo, 2019: 811). Штавише, ни „чист“ smart уговор не делује у правном вакууму. Није ту спорно његово правно дејство, већ како заштити субјективна права која из њега извиру.

Шире посматрано, smart уговори јесу даља стандардизација и формализација уговорне праксе која води ка дословном тумачењу – битно је шта у уговору пише, а не шта су уговарачи желели. Нема прећутних клаузула, правних празнина и стандарда. Уговарачи морају да прецизирају сваку евентуалност, што је скупо и неефикасно. Иако је много природније да право уређује живот ослањајући се на квалитативне процене, smart уговори захтевају квантитативне информације.

Када дигитална добра преузимају примат, уговорни правни оквир развијен за промет телесних добара постаје препрека, уместо да је замајац. Blockchain треба да постане законски термин, попут електронских уговора или дигиталног потписа (Tshibende, 2019: 883). Тако би се превазишле формалне препреке омасовљењу smart уговора. Кодирање „промењених околности“, „немогућности“ и сличних тековина уговорног права зависи од формулације законске норме. Право треба да се прилагоди информационој технологији, али пожељан је и обрнути процес (нпр. уважавање људског орасе, мада smart уговарање тежи умањењу људског фактора). У супротном техника ограничава вољу, а уговорно право је изграђено на њеној слободи.

Литература/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.

Цветковић, М. (2018). Новчане обавезе и криптовалуте. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 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.

Др Слободанка Ковачевић Перих,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Приштини са привременим
седиштем у Кос. Митровици

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-22983

UDK: 305-055.3:349.2
349.2
342.726-055.3

Раd примљен: 30.08.2019.
Раd прихваћен: 20.11.2019.

РАДНОПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ТРАНСРОДНОСТИ

Апстракт: Аутор у раду сагледава положај трансродних особа, особа другачијег родног идентитета, у призми остваривања и заштите фундаменталних људских права у области радних односа и поводом радних односа. Аутор полази од става да већина савремених друштава прихвата и организована је на темељу бинарног концепта рода – што значи да су сви појединци ригидно (стриктно) родно опредељени у оквиру дихотомне родне поделе на мушки и женски род, из страха од стигматизације, да се не одступи од општеприхваћених друштвених, моралних норматива и флоскула. Одређени број људи има проблем да се идентификује са полом добијеним на рођењу, па се јавља проблем у виду њиховог унутрашњег доживљаја рода, који није у складу са полом. Те особе се називају трансродне особе. Проблемима транс особа треба приступити са аспекта заштите фундаменталних људских права. На том становишту је и Европски суд за људска права. Суд налаже обавезу држави да омогући континуитет транзиције правним признавањем новостеченог пола и омогућавање промене имена. Треба се руководити принципом правног континуитета идентитета, права и дужности транс особе, пре и после њеног хормонално-оперативног процеса прилагођавања пола, као и принципом релевантности новостеченог пола трансполних особа. Први корак на том путу је да се омогући право свих транс особа на лична документа која су у складу са њиховим родним идентитетом, будући да су таква документа кључна за остваривање основних људских права: права на образовање/школовање, здравствену заштиту, права на рад, права на пензију (услове сходно родном идентитету), права на становање,

* slobodanka.peric@pr.ac.rs

и низ других права који последично доводе до проблема нарочито у односу са особљем социјалних служби, полицијом, граничним властима, матичним службама (нпр. издавање личних докумената, радна књижица), војним властима и др. Према готово свим страним и домаћим извештајима о стању људских права у Србији, транс особе су једна од најугроженијих група. Процена је да у Србији има између двадесет и двадесет пет хиљада транс особа.

Кључне речи: *родни идентитет, трансродност, промена имена, право на рад, услови за пензију.*

1. Увод

Свако има право да свуда буде признат као правни субјект, прописано је у члану 6. Опште декларације о правима човека из 1948. године,¹ дакле, да буде признат као личност пред законом. Иако је прокламовано као универзално право човека, право на личност је за трансродне особе – тзв. особе „трећег пола“ рестриктивно и условљено право. Тако је и код изражавања и остваривања многих других аспеката права, нпр. права на сексуално опредељење, права на родни идентитет, и у складу с тим заштита и гарантовање права на приватност, породицу, право на рад, социјалну сигурност, здравствену заштиту и друго. Намеће се питање који су узроци који у миленијуму људских права доводе до таквог стања? Најпре, мора се нагласити да савремено друштво, глобално посматрано, функционише на биполарном принципу, на дихотомији полности на мушки и женски пол. На темељу таквог диморфног концепта дато је одређење рода и дефинисан је родни идентитет,² и у том маниру се „људске јединке као

1 Усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 (III) 10. децембра 1948. године.

2 Пол особе је биолошка чињеница, констатована најчешће при самом рођењу, пре свега на основу гениталне анатомије или физиолошко-органске разлике и одређујемо га као мушки или женски. Док је са једне стране пол биолошка датост, род представља друштвено-културно тумачење мушког или женског пола. Род, другим речима, јесте наша интерпретација анатомије и биологије, која има своје последице у свакодневном животу свих нас. Родни идентитет који ће особа себи приписати не мора се подударати са оним који јој је наметнут у односу на њен полни идентитет. Такође, полни идентитет не мора бити у сагласности са оним како се особа осећа. О разликовању појма пол и род, родни идентитет, видети: *Пол и род нису исто. Зашто?* Доступно, <http://psihologika.rs/rod-i-pol-nisu-isto-zasto/> и *Пол и род се разликују. Полни и родни идентитет нису исто*, Retrieved 8. јун 2019, <https://www.transserbia.org/resursi/teorija/40-pol-i-rod-se-razlikuju-polni-i-rodni-identitet-nisu-isto>

биолошки ентитети категоризују као мушке и женске“.³ То даље значи да су сви појединци ригидно (стриктно) родно опредељени у оквиру дихотомне поделе (само) на мушки и женски род. Међутим, не само савремено друштво већ и најстарије цивилизације, о чему ће у даљем излагању бити речи, познају феноменолошки особе које се не могу униформно, стриктно „укалупити“ у постојећи биполарни друштвени концепт. То су, пре свега, транс особе, у контексту теме овог рада, трансродне особе. Трансродност је термин који описује особе различитих родних идентитета, изражавања и понашања, који се традиционално не доводе у везу са њиховим полом и традиционалним поимањем родних улога (Павловић, 2012: 51). Трансродне особе се не уклапају у традиционалне бинарне моделе полно-родних подела, односно то су особе чији родни идентитет није једнак њиховом полу.⁴ Ове особе, како се истиче у литератури, превазилазе родни бинаризам у друштвеним праксама својим не-бинарно одређеним идентитетима. Стога, трансродне особе често дефинишу и као „особе трећег пола“ или „трећег рода“. Трансродне особе могу имати потребу за физичком модификацијом свог тела, мада многе немају потребу за тим. У том смислу, трансродност се не може поистоветити са транссексуалношћу.⁵ Иако се проблем транс особа⁶ сматра проблемом модерног доба, историјске чињенице показују да се „још у фолклору античке Грчке јављају елементи који указују на постојање свести о трећем роду“. У различитим културама постоји низ категорија којима се означавају транс особе. Тако је познат пример из индијске културе, такозваних хиџри. То су особе које (ни)су „ни мушко ни женско“ и представљају особен пример ритуалног увођења у трећи пол, у којем је обавезан чин кастрације. Амерички Индијанци препознају ове особе као бердаше, који, за разлику од хиџри, не одстрањују полни орган [...] (ИПФ, 2014). У Немачкој у доба Вајмарске републике, Берлин је важио за врло либералан град, у коме је деловало највише ЛГБТ покрета на свету.

3 Постоје и интерсексуалне (које садрже биолошке карактеристике које су типичне и за мушке и женске). *Полни и родни идентитет нису исто*, Retrieved 8. јун 2019, <https://www.transserbia.org/resursi/teorija/40-pol-i-rod-se-razlikuju-polni-i-rodni-identitet-nisu-isto>

4 *Права ЛГБТ особа*, Retrieved 1. август 2019, <https://blog.aks.org.rs/prava-lgbt-osoba/>

5 Светска здравствена организација дефинисала је транссексуалност као жељу да се живи и буде прихваћен у другом полу, најчешће праћену осећајем нелагодности или неприлагођености анатомским одредницама сопственог пола и жељом за хируршком интервенцијом и хормоналним третманом да би своје тело учинио/ла што је више могуће усклађеним са жељеним полом“. *Положај особа другачијег родног идентитета у правосудном систему Републике Србије*, Retrieved 4. јул 2019, <http://ipf.rs/polozaj-osoba-drugacijeg-rodnog-identiteta-u-pravosudnom-sistemu-republike-srbije>

6 Транс или транс* је кровни појам којим означавамо особе чији се родни идентитет разликује од пола који им је приписан по рођењу. *О трансродности*, Retrieved 1. јул 2019, xyspectrum.org/wp-content/uploads/.../trans-za-PDF.pdf (1/072019)

1931. године, Дора Рихтер је постала прва јавности позната транс жена којој је урађена адаптација пола [...].⁷

Трансродне особе (и данас) представљају једну од најугроженијих популација, посматрано са аспекта дискриминације, злостављања, насиља, суицида, убистава, пре свега могућности уживања, остваривања, заштите слобода и права човека. Како истичу њихови активисти – што су трансродне особе постојале видљивије, то су биле дискриминисаније. За такав положај један од разлога лежи у новијој историји, и последица је дефинисања трансродности са аспекта менталне болести. Наиме, трансродност је 1948. године добила статус менталног поремећаја и од тада су јој у међународним класификацијама приписиване различите дијагнозе, од којих су најпознатији транссексуализам и родна дисфорија.⁸ Класификовање трансродности у поремећаје менталног здравља један је од примарних разлога стигматизације и патологизације трансродних особа. Ставови према особама „трећег пола“ коренито се мењају годинама уназад, кроз настојање да се ова „невидљива тела“, како их с правом назива З. Мршчевић (2017: 119–120), препознају као субјекти права. Током протеклих 30 година приметна је тенденција држава чланица Савета Европе ка давању пуног правног признања трансродним особама. Заокрет према третману ових особа је видљив и у измени терминолошког одређења трансродности – из термина „поремећај родног идентитета“ у термин „родна дисфорија/ дисфорија родног идентитета“ (gender dysphoria/gender identity disorder), објављен у *Дијагностичком и статистичком приручнику менталних поремећаја ДСМ-5*, који је издала Америчка психијатријска асоцијација 2013. године.⁹ Према дефиницији из ДСМ-5, родна дисфорија представља потешкоће које могу пратити осећај неподударности између нечијег осећаја рода и оног рода који му/јој је наметнут рођењем.¹⁰ С аспекта менталног здравља, ради се о веома битној измени јер први термин подразумева да транс особе имају поремећај идентитета и према томе су ментално болесне, док други термин подразумева постојање несклада, неподударности између

7 *Ibid.*

8 *Положај особа другачијег родног идентитета у правосудном систему Републике Србије*, Retrieved 4. jul 2019, <http://ipf.rs/polozaj-osoba-drugacijeg-rodnog-identiteta-u-pravosudnom-sistemu-republike-srbije/>

9 Дијагностички и статистички приручник за менталне поремећаје (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders - DSM*) објављује Америчка психијатријска асоцијација. У њему се налазе категорисани ментални поремећаји и критеријуми за успоставу дијагнозе.

10 Више у: *What Is Gender Dysphoria?* – American Psychiatric Association, Retrieved 3. avgust 2019, from <https://www.psychiatry.org/patients-families/gender-dysphoria/what-is-gender-dysphoria>

осећаја рода и оног који им је дат/наметнут рођењем. У истом маниру, са истим циљем – депатологизација целокупне транс популације, Европски парламент је оспорио став по коме се трансродни људи и даље сматрају ментално болеснима, и нагласио да су такве дијагнозе „извор значајних потешкоћа за трансродне особе“. Европски парламент је у фебруару 2017, приликом гласања о равноправности у области менталног здравља захтевао више акција за заштиту транс и интерсекс особа (Мршчевић, 2017: 67). То је резултирало оценом Светске здравствене организације (СЗО) да трансродност, осећај припадности супротном полу, више не треба сматрати менталним обољењем. Такав став СЗО документован је у 11. верзији Међународне класификације болести (*International Classification of Diseases, ICD-11*).¹¹ Нова класификација садржи нова поглавља укључујући једно посвећено сексуалном здрављу. Она обухвата појаве раније класификоване на другим местима, као што је трансродност, која је до сада била сврстана под ментална обољења,¹² што је први пут од почетка 1990-их да је извршена глобална ревизија те класификације. Примере добре праксе у сензибилизацији социјалног амбијента и разумевању потреба трансродних особа сусрећемо у пракси појединих земаља много пре доношења неких круцијалних аката о транс особама. Тако се, на пример, у Француској од 2009. године трансексуалност и трансродност не налазе у званичној класификацији менталних поремећаја, дакле, много пре става СЗО. Аустралија је 2012. године увела пасоше у којима постоји посебна ознака за особе које се не идентификују ни као мушкарци ни као жене, као и нове законске акте у погледу промене докумената без оперативних захвата промене пола... (Ђурић, 2012: 16).¹³ Светска професионална асоцијација за трансродно здравље (*World Professional Association for Transgender Health – WPATH*), творци последње, ревидиране седме верзије Стандарда помоћи за здравље трансексуалних, трансродних и родно неодређених особа се снажно залажу за укидање било какве патологизације свих транс и родно неодређених особа (Ђурић, 2012: 16–17). Ово је важан корак са аспекта даље праксе поступања. Наиме, незнање, заблуде, страх од непознатог, предрасуде према различитости су као и код многих појава у ранијој историји основ за стигму и дискриминацију. Досадашња пракса показује различит третман трансродних особа на европском тлу,

11 International Classification of Diseases 11th Revision. [Electronic version]. Retrieved 3. август 2019, from <https://www.who.int/classifications/icd/en/>

12 Документ назван ICD-11 представљен је Светској скупштини здравља у мају 2019. у Женеви да би га земље чланице усвојиле, и ступиће на снагу у јануару 2022. године.

13 Сличне тенденције су се почеле јављати на Новом Зеланду, у Јужноафричкој Републици, Великој Британији, а још од раније у неким европским земљама, попут Холандије, као и суседној Хрватској.

различит од државе до државе. „Од држава које у потпуности покривају медицинске интервенције (ендокринолошке и хируршке процедуре, као и психотерапију) и имају развијен систем подршке за транс особе, до земаља где постоје велики проблеми и занемаривање потреба транс особа“ (Гајин, 2012: 15).¹⁴ У тежњи да креира толерантнији европски простор, Европска комисија је 16. јула 2012. издала саопштење да земље које се кандидују за чланство у ЕУ неће бити примљене ако постоје документовани случајеви постојања лошег третмана ЛГБТИ (акроним: Л – лезбејке, Г – гејеви, Б – бисексуалне, Т – трансродне особе, И – интерсекс) људи у њима.¹⁵ У нормативи и пракси више се пажње поклањало ЛГБ популацији, док су запостављене и маргинализоване Т – трансродне групације, иако се још 1989. године у Резолуцији Европског парламента против дискриминације транссексуалних особа¹⁶ од држава чланица захтева да предузму одређене кораке заштите трансродних особа и усвоје одговарајуће законодавство, те да, између осталог, саме државе чланице учине доступним информације о проблемима са којима се суочавају трансродне особе, нарочито у односу са особљем социјалних служби, полицијом, граничним властима, матичним службама, војним властима и др. (Мршчевић, 2017: 47–48).¹⁷ Ове особе су вековима заиста биле и још увек су изложене хомофобији, трансфобији и другим облицима распрострањене и трајне нетолеранције на основу сексуалне оријентације или родног идентитета, што доводи

14 Модел закона о признавању правних последица промене пола и утврђивања трансексуализма ..., стр. 15.

15 У контексту Оквирне одлуке Савета Европске уније 2008/913/ПУП од 28. новембра 2008. године о борби против одређених облика и изражавања расизма и ксенофобије инструментима кривичног права, државе чланице имају обавезу да „предузму неопходне мере како би осигурале да ће се расистичка и ксенофобична мотивација сматрати отежавајућом околношћу или, алтернативно, да ће се таква мотивација узети у обзир од стране судова у одређивању казне“. Више у: Роза Д. Гурмешевић, *Инструменти у борби против дискриминације у правним системима земаља Југоисточне Европе*, Правни факултет, Универзитет у Београду, 2016, стр. 190–221.

Република Србија је кривичним законодавством предвидела нови облик квалификације кривичног дела учињеног из мржње. Кривични законик (*Сл. гласник РС*, 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019) у члан 54а предвиђа: „Ако је кривично дело учињено из мржње због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица, ту околност суд ће ценити као отежавајућу околност, осим ако она није прописана као обележје кривичног дела“.

16 Резолуција је усвојена 12. септембра 1989. године. Official Journal of the European Communities No C 256/33-37 of 9. 10. 1989.

17 Више о особеностима трансродности и регулативи: З. Мршчевић, *Трансродно лице правде*, Институт друштвених наука, Београд, 2017, стр. 47 и даље.

до непријатељских аката у распону од социјалног искључивања до дискриминације, широм Европе и у свим областима живота. Као резултат тога, огроман број људи мора да крије или потискује свој идентитет и да живи живот у страху и невидљивости, чак и унутар сопствене породице, чиме постају тзв. „невидљива тела“ (Мршчевић, 2017: 119–120). Подутицајем таквих околности, а у тежњи да креира праведнији европски простор, једнак и достојанствен за све људе, Европски парламентар је 4. фебруара 2014. усвојио резолуцију о плану Европске уније (ЕУ) против хомофобије и дискриминације на основу полне оријентације и родног идентитета (European Parliament resolution, 2014). На ове резолуције се надовезује, у смислу циљева, документ Парламентарне скупштине Савета Европе, „Резолуција о дискриминацији трансродних особа, усвојена 22. априла 2015. године“.¹⁸ Француска је у октобру 2016. године усвојила први законски поступак признавања родног идентитета чиме се окончава арбитрарност одлучивања и медијализација. Стерилизација и доказ медицинских третмана више нису услови за правно признавање родног идентитета по француском закону.¹⁹ Значајан напредак везан за статус трансродних особа током последњих година постигнут је кроз јуриспруденцију европских судова, паралелно са законодавним и другим активностима које долазе из других европских институција. Питање статуса трансродних особа постављено је пред Европски суд за људска права у Стразбуру неколико пута почев од 1979. године, међутим, Суд је, све до 2002. године сматрао да то питање спада у поље слободне процене држава (Гајин, 2012: 75). Насупрот томе, у последњој деценији, за унапређење правног положаја целокупне транс популације, како би се омогућило да нови идентитет у потпуности интегришу у свој приватни и професионални живот, уз пуно поштовање права на приватност, стваралачку улогу има управо пракса Европског суда за људска права.

2. О неким радноправним последицама трансродности – de iure, de facto, судска пракса

Положај трансродних особа гравитира између медицинског аспекта и правне регулативе, са међупростором који чини друштвена заједница (њени ставови, стигме, предрасуде, (не)прихватање различитости) и

18 Resolution 2048/2015, „Discrimination against transgender people in Europe“ (Doc. 13742).

19 Коментар преузет са сајта Geten Србија, *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>

држава са својом социјалном политиком. Од медицинског утемељења и правне нормативе зависи друштвено прихватање трансродности као стања једне личности. „Поред обезбеђивања финансијских средстава за живот, питање проналажења легалног посла непосредно је повезано са приступом здравственој заштити, што је нарочито важно за трансродне особе – једнак приступ тржишту рада. Широм Европе приметан је висок степен незапослености међу транс* особама као последица немогућности (животног и) правног признавања жељеног родног идентитета, али исто тако незапосленост и недостатак финансијских средстава онемогућава их да започну и/или заврше процес усклађивања. Истраживања показују да само 31% испитаних транс* особа има сталан посао с пуним радним временом [...]. Тешкоћа или немогућност заснивања радног односа представља један од фактора који доводе до тога да се транс* особе баве сексуалним радом, чиме постају изложени вишеструкој маргинализацији, насиљу и дискриминацији. Ситуација није једноставна ни за особе које имају запослење, што је очигледно и из податка да четвртина испитаника осећа потебу да промени посао због дискриминације на основу родног идентитета, а само 30% осећа да их колеге третирају с поштовањем. Додатно питање представља остваривање права на пензију, делом због питања различитих старосних граница за жене и мушкарце (и питања да ли ће се уважити пол приписан по рођењу или родни идентитет), а делом због страха од разоткривања идентитета до кога у тој процедури може доћи“.²⁰ Прва операција прилагођавања пола у нашој земљи извршена је 1989. године. Србија је данас „земља здравственог туризма“, конкретно Београд је постао један од најпознатијих центара за ову врсту интервенција у свету. Насупрот, према домаћим и страним извештајима организација које се баве стањем људских права, истакнуто је да су трансродне особе једна од најдискриминисанијих популација у нашем друштву.²¹ На то упућује и Извештај Европске комисије за 2018. годину²² (*Саопштење о политици проширења ЕУ за 2018. годину*). Услед таквог социјалног миљеа трансродне особе „нису препознате“ ни у институцијама ни адекватно у правном систему. У складу са препорукама Европске комисије (из 2012. године) и Европског парламента (из 1989. године) за земље које се кандидују

20 *Статус и положај транс* особа у Србији*. [Electronic version]. Retrieved 5. jul 2019, from https://transserbia.org/images/2015/dokumenti/Trans_особе_у_Srbiji-analiza_poloaja_i_predlog_pravnog_rešenja.pdf

21 *Завршни извештај о стању људских права у Србији за 2018. годину*. [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 *Извештај Европске комисије коју прати Саопштење Комисије упућено Европском парламенту, Савету, Европском економском и социјалном комитету и Комитету региона.*

за чланство у ЕУ, да предузму одређене кораке заштите трансродних особа и усвоје одговарајуће законодавство, те да, између осталог, саме државе чланице учине доступним информације о проблемима са којима се суочавају трансродне особе, нарочито у односу са особљем социјалних служби, полицијом, граничним властима, матичним службама, војним властима и друго,²³ Србија је 20. јуна 2018. године усвојила измене и допуне Закона о матичним књигама. Новим Законом о матичним књигама (ЗМК),²⁴ сходно члану 45(б), у матичну књигу рођених уписује се податак о промени пола на основу решења надлежног органа (општинска управа, односно градска управа, односно градска управа града Београда),²⁵ које се доноси на основу прописане потврде надлежне здравствене установе (члан 45(б), став 1 ЗМК). Ближе одреднице о начину издавања и образац потврде о промени пола, коју издаје надлежна здравствена установа регулисане су Правилником о начину издавања и обрасцу потврде надлежне здравствене установе о промени пола.²⁶ Услов да би надлежна здравствена установа издала потврду о промени пола, у смислу члана 3 Правилника, је: 1) спроведена најмање једногодишња хормонска терапија уз индикацију и праћење лекара специјалисте психијатрије и лекара специјалисте са ужом специјализацијом ендокринологије или 2) извршена хируршка интервенција промене пола. Надлежна здравствена установа потврду о промени пола доставља надлежном органу који води матичну књигу рођених за лице које је променило пол, и то: 1) по окончању поступка о промени пола по захтеву лица коме је промењен пол или 2) у року од 15 дана од дана окончања поступка промене пола (из члана 5 Правилника).²⁷ Промена пола у матичну књигу рођених је само врх леденог брега, даље предстоји измена података у свим личним документима (дипломе о

23 Према хрватским законима, ниједна особа не сме да буде присиљена на хируршку промену пола, стерилизацију или узимање хормона како би променила документа. Сличан закон одавно је на снази и у Србији и Словенији. Ситуација је другачија у Црној Гори, Босни и Херцеговини и Македонији.

Од Македоније до Словеније: *Када твоје тело није твоје*, Retrieved 13. avgust 2019, from <https://www.bbc.com/serbian/cyr/balkan-47777443> (13/08/2019)

24 Закон о матичним књигама, *Сл. гласник РС*, 20/2009, 145/2014 и 47/2018.

25 Члан 45б, ЗМК у вези са чланом 6, став 2 и 4 ЗМК.

26 *Сл. гласник РС*, број 103 од 26. децембра 2018. Правилник споразумно доносе министар државне управе и локалне самоуправе и министар здравља на основу члана 45б, став 5 Закона о матичним књигама.

27 Потврда о промени пола је јавна исправа (чл. 2 Правилника) и издаје се на обрасцу беле боје, формата А4, који је одштампан уз овај правилник и чини његов саставни део (члан 4 Правилника).

образовању, лична карта, пасош, возачка дозвола, радна књижица и др).²⁸ У међувремену правни статус транс* особе је у вакууму, нарочито у *de facto* комуникацији са (бијрокрацијом) службеницима и административним радницима у центрима за социјални рад, полицији, војним органима, у казним установама, граничној полицији, студентским домовима, спортским клубовима и слично, јер нису едуковани, нестручни су у том сегменту.²⁹ У свом Извештају за Србију за 2018. Европска комисија наводи да су највећој дискриминацији изложени Роми, ЛГБТИ особе, особе са инвалидитетом и особе које живе са ХИВ/АИДС-ом. Трансродне особе су врло често дискриминисане приликом запошљавања, често на широј основи него лезбејска, геј и бисексуална популација, посебно приликом запошљавања. У истраживању Центра за слободне изборе и демократију утврђено је да је дискриминација најочигледнија при тражењу посла и у радном односу, а њени главни носиоци су држава и њене институције. Трансродне особе које су отворене по питању свог родног идентитета на радном месту, често су жртве злостављања на послу од стране својих колега, те стога неретко мењају посао.³⁰ Нарочиту дискриминацију трпе трансполне особе, с обзиром на то да је трансполност, посебно у фази

28 Пре доношења Закона о матичним књигама Уставни суд је још 2011. године, поводом уставне жалбе одлучивао о праву особе да оствари права у складу са својим полом. *Одлука о уставној жалби подносиоца Х*, Број: Уж - 3238/2011. од 8. марта 2012. године, објављена у „Сл. гласнику РС“, бр. 25/2012. Уставни суд је констатовао да је суштина навода уставне жалбе о повреди начела забране дискриминације из члана 21 Устава управо у томе што подносиоцу у правном смислу није призната промена пола, будући да након хируршке промене пола није постојала могућност да се изврши и промена података о полу у матичној књизи рођених. Одељење за општу управу Општинске управе општине Z је донело закључак којим је, због стварне ненадлежности, одбачен захтев подносиоца уставне жалбе за исправку пола у матичној књизи рођених. Тиме је подносиоцу жалбе повређено право на достојанство и слободан развој личности (чл. 23. Устава) и право на поштовање приватног живота (чл. 8. ЕКЉП). Делови су преузети из Образложења одлуке.

29 Србија је 6. фебруара 2018. године донела Протокол о поступању са трансполним и трансродним лицима према којима се извршава кривична санкција. За запослене у центрима за социјални рад је обезбеђена обука о адекватним услугама социјалне заштите за ЛГБТИ лица и њихове породице. Обука у циљу борбе против дискриминације је организована и за полицију [...]. Из Извештаја Европске комисије за Србију за 2018. годину, *op. cit.*

Као пример добре праксе потребно је истаћи да у 2018. години београдски Завод за заштиту здравља студената у упитнику за усељење у студентске домове поред опција мушки и женски пол нуди могућност да се студенти изјасне и као трансродне особе.

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.unhchr.ch/hurricane/huric Preuzeto iz: Trans osobe u Srbiji – analiza stanja i predlog pravnog rešenja, стр. 73.

примене хормонске терапије, видљива – не може се сакрити. На радном месту трпе вређање и подсмевање, а неретко добијају и отказ. У Србији је општом одредбом члана 16, став 1 Закона о забрани дискриминације (ЗЗД)³¹ прописано да је забрањена дискриминација у области рада, односно нарушавање једнаких могућности за заснивање радног односа или уживање под једнаким условима свих права у области рада, као што су право на рад, на слободан избор запослења, на напредовање у служби, на стручно усавршавање и професионалну рехабилитацију, на једнаку накнаду за рад једнаке вредности, на правичне и задовољавајуће услове рада, на одмор, на образовање и ступање у синдикат, као и на заштиту од незапослености.³² У вези с тим, члан 2, став 1 ЗЗД под дискриминационим понашањем означава свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе као и на чланове њихових породица, или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива, између осталог и на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности [...], полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији (*истакао аутор: С. П.*), [...] и другим стварним, односно претпостављеним личним својствима. Закон о раду (ЗР)³³ пак не упућује – експлицитно, на дискриминацију по основу радног идентитета. Међутим, одредба члана 18 ЗР може се тумачити екстензивно и у смислу родног идентитета, јер је законом по принципу отворене клаузуле дата могућност да се уврсти „неко друго лично својство“.

У погледу остваривања права на рад и других социјално-економских права трансродних особа, и уопште транс популације, легитимно је позвати се на 29 Џоџакарта принципе³⁴ као универзални водич за људска права која

31 *Сл. гласник РС*, 22/2009.

32 Члан 21 Закона о забрани дискриминације гласи: „Сексуална оријентација је приватна ствар и нико не може бити позван да се јавно изјасни о својој сексуалној оријентацији. Свако има право да се изјасни о својој сексуалној оријентацији, а дискриминаторско поступање због таквог изјашњавања је забрањено“.

33 *Сл. гласник РС*, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

34 Уједињене нације су усвојиле Џоџакартанске принципе – 29 Принципа (*29 Yogyakarta Principles*) о примени норми људских права у вези са сексуалним опредељењем и родним идентитетом. Принципи су објављени 2007. од стране групе експерата из области људских права, трудећи се да промовишу међународне стандарде о сексуалној оријентацији и родном идентитету. Ти Принципи упућују на потребу поштовања широког спектра стандарда људских права на људе другачије сексуалне оријентације и родног идентитета. Џоџакарта принципи су допуњени са Џоџакарта принципи плус 10 – усвојени су од стране стручњака/киња након састанка у Женеви, Швајцарска,

се тичу сексуалне оријентације, родног идентитета, родног изражавања и полних карактеристика, јер се односе на све државе чланице Уједињених нација. Принцип бр. 3 УН Џоџакарта принципа подвлачи самодефинисану сексуалну оријентацију и родни идентитет као интегрални део личности и један је од најосновнијих суштинских аспеката самоодређења, достојанства и слободе. Принцип 12 насловљен „Право на рад“, гласи: Свако има право на пристојан и продуктиван рад, на правичне и задовољавајуће услове рада и на заштиту од незапослености, без дискриминације на основу сексуалне оријентације или родног идентитета. Принцип 13 под насловом „Право на социјално осигурање и друге мере социјалне заштите“, гласи: Свако има право на социјално осигурање и друге мере социјалне заштите, без дискриминације на основу сексуалне оријентације или родног идентитета.³⁵

У пресудама које је донео Европски суд за људска права у случајевима по тужбама транс особа успостављени су, неспорно, принципи битни за достојанственији социјални и правни статус транс особа (транссексуалаца, трансродних, трансвестита), јер се базирају на екстензији људских права у најширем интересу ових особа, што ће даље развијати и подстицати доношење прописа који доприносе креирању хуманијег и толерантнијег (европског) простора. Интенција суда је да једнак законодавни третман по основу пола у питањима везаним за запошљавање, једнака плаћања по основу рада и социјалну заштиту јесте примењив на трансродне особе и *једнак третман трансродних особа треба да се обезбеди у односу на нови, стечени пол, а не на пол дат на рођењу*. У пресуди од 6. априла 2017. године Европски суд за људска права је *утврдио да предуслов стерилизације у правном признању родног идентитета представља кршење људских права*. Ова одлука је била од историјског значаја (јер су земље које и даље користе предуслов стерилизације за законско признање родног идентитета морале да промене своје законе), донета је у три спојена случаја против Француске (*A.P., E. Garson i S. Niko protiv Francuske, stav 95 – 96*) у вези са непостојањем

септембра 2017. Џоџакарта принципи плус 10 (YP+10) укључују девет нових принципа и 112 додатних обавеза држава које се тичу развоја у међународном праву људских права и промена у друштву гледе сексуалне оријентације, родног идентитета, родног изражавања и полних карактеристика (SOGIESC).

35 О обавезама држава у смислу ових и других принципа видети: *Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, [Electronic version]. Retrieved 8. avgusra 2019, from <http://www.wluml.org/node/7296theYogyakartaprinciples>
http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm

права на самоодређење трансродних особа. *A. P., E. Garçon i S. Niko*³⁶ позвали су се на члан 8 Европске конвенције о људским правима, односно на право на поштовање приватног живота. *Суд је пресудио да је условљавање признавања родног идентитета трансродних особа подвргавањем захвату или поступку стерилизације (услов стерилности) којима се те особе нису желеле подвргнути заправо представљало условљавање потпуног остваривања њиховог права на поштовање приватног живота* њиховим одрицањем од пуног остваривања њиховог права на поштовање њиховог телесног интегритета како је заштићен не само чланом 8, већ и чланом 3 Конвенције (став 131), што је у супротности с њиховим правом на поштовање њиховог приватног живота (став 135).³⁷ У предмету *Y. Y. protiv Turske суд* је истакао слободу одабира пола као есенцијални израз слободе и део права на самоодређење.³⁸ Европски суд за људска права такође налаже *обавезу држави да омогући континуитет транзиције правним признавањем новостеченог пола* и омогућавање промене имена (случајеви *B. против Francuske, Gudvin против UK, Grant против UK, L. против Litvanije*),³⁹ треба се руководити принципом правног континуитета идентитета, права и дужности трансполне особе, пре и после њеног хормонално-оперативног процеса прилагођавања пола, као и принципом релевантности новостеченог пола трансполних особа. Овим одредбама обезбеђује се принцип правног континуитета лица које је отклонило несклад између свог биолошког пола и родног идентитета и променило ознаку пола у личним документима. Тиме се сва права, надасве социјално-економска

36 *A.P., Garçon and Nicot v. France - 79885/12, 52471/13 and 52596/13 Judgment* 6. 4. 2017. [Section V]

37 Преузето: Vodič kroz članak 8. Konvencije – Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života Euroпски суд за људска права 42/114.

38 У том смислу и Парламентарна скупштина Већа Европе позвала је државе чланице да транссексуалним особама зајамче права на промену података у личним документима у односу на пол, без претходног условљавања такве промене подвргавањем стерилизацији или другим медицинским захватима као што је промена пола или хормонска терапија. Резолуција Европског парламента од 14. фебруара 2019. о правима интерсекс особа (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 Uјedinjenog kraljevstva br. 38957/95, Пресуда Стразбур 11. јул 2002. [Electronic version]. Retrieved 10. август 2019, from <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.

права – најспорнија права из пензијског и инвалидског осигурања, стичу сходно тренутном стању, а не како се изјашњавало судство у неким пресудама, права су се одређивала у зависности од већег или претежног дела живота. Европски суд за људска права се у више наврата бавио у својим пресудама и другим питањем из домена социоекономских права и доносио закључке, наводимо неке: „Постоперативна трансполна жена полаже право на одлазак у пензију, након истих година живота и рада као и остале жене“ (*Grant v. The United Kingdom* (2006)). У случајевима Б. против Француске, 25. марта 1992, а посебно у К. Гудвин против В. Британије, Европски суд за људска права је нашао да одбијање државе да правно призна завршено прилагођавање пола, представља кршење одредаба члана 8 Европске Конвенције о људским правима. Европски суд правде је у својој пресуди тумачењем Директиве Савета 79/7/ЕЕЗ, донео закључак да постоперативној трансполној жени буде додељена пензија у шездесетој години, не у шездесет петој, као мушкарцима (Гајин, 2012: 80). Став суда је да се од особе не може захтевати да поништи брак у који је ступила или ступио пре него што је променила/о пол, а како би стекла право на примање пензије и да таква ситуација представља директну дискриминацију на основу пола особе сходно Директиви 79/7/ЕЕЗ – Једнако поступање према мушкарцима и женама у питањима социјалне сигурности. Одлуке суда базирају се на члану 8. Европске конвенције о људским правима (1950) којим је прокламовано да свако има право на поштовање свог приватног живота. Приватни живот неког лица несумњиво укључује, поред осталог, и његову полну припадност, полну оријентацију и полни живот. Из ове сфере – поштовање приватног живота, произилази (мишљења смо) најважнији манифестациони аспект овог права, несумњиво најважнији када су трансродне особе у питању, то је „право на одређивање појединости личног идентитета и самоопредељење, те у том смислу и право на прилагођавање пола свом родном идентитету“.⁴⁰ У најкраћем, право на самодефинисање и право на самоодређење, као неодвојив сегмент аутономије личности. Појам „приватног живота“, у начелу, не искључује делатности професионалне или пословне природе (*Jankauskas v. Lithuania* (No. 2)).⁴¹ Заправо, приватни живот обухвата право појединца да успоставља и развија односе с другим људима, укључујући односе професионалне или пословне природе (случај *C. v. Belgium*; *Oleksandr Volkov v. Ukraine*⁴²) [...]. Стога, ограничење приступа професији утиче на „приватни живот“.⁴³

40 Из образложења одлуке о уставној жалби подносиоца Х, Број: Уж - 3238/2011, стр. 10.

41 Case of *Jankauskas v. Lithuania*, br. 50446/09, 27. June 2017. Видети став: 56–57.

42 Case of *C. v. Belgium*, No. 21794/93, 7. August 1996. Видети став: 22–25.;

Case of *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, No. 21722/11, 9. January 2013. Видети став: 165.

43 *Sidabras and Džiautas v. Lithuania* - 55480/00 and 59330/00, Judgment 27. 7. 2004 [Section II]. Види став 47;

3. Закључак

Иако се трансродне особе суочавају с честом дискриминацијом, узнемиравањем и насиљем од најранијих фаза свог живота, не само у нашој земљи већ и широм Европе, у свим аспектима остваривања личног стауса, управо су административно-биروقратске процедуре оно што се издваја као највећа препрека у остваривању права. У Србији се тек постепено формира свест о потреби признавања трансполним особама њиховог новостеченог пола и новог имена ради правног континуитета промена започетих хормонално-оперативним путем (Повереник за заштиту равноправности, 2012). Несклад између положаја у друштву које заузима трансродна особа и положаја који му намеће закон или који одбија да призна његов промењени пол и да у складу са њим уреди свој лични статус, подстиче и страхове, осећај отуђености, изолацију, стрес, суицид и др. Због тога је од круцијалне важности усвајање законских решења која штите права трансродних особа у смислу гарантовања и спровођења јасне процедуре и брзе промене личних докумената. Досадашња неуједначена пракса по овом питању је трансродне особе остављала без правног статуса у свим аспектима манифестације људске личности, ускраћујући им, између осталог, и право на рад, директно или индиректно, услед дужине трајања, као и услед неадекватног третмана од стране запослених у надлежним органима управе (Повереник за заштиту равноправности, 2012). Донедавно је транс популација била невидљива на домаћој активистичкој сцени. Не може се оспорити помак, последњих година, у настојању државе да „олакша“ усклађивање правног статуса трансродних особа са фактичким. У тренутку када владе различитих држава широм света уводе и имплементирају потпуну депатологизацију транс идентитета, а процесе добијања одговарајућих докумената убрзавају и поједностављују, основано можемо поставити питање адекватности одредаба Закона о матичним књигама и пратећег Правилника. Неспорно да треба похвалити укидање гениталне операције као неопходан услов за промену личних докумената, али и са овим решењем (спроведена најмање једногодишња хормонска терапија и налаз и праћење лекара специјалисте психијатрије и лекара специјалисте ендокринологије) и даље патологизује и дискриминише велики број особа транс идентитета које не желе или нису у могућности да се подвргну хормонској терапији из различитих разлога, укључујући и ризике од негативног утицаја на њихово здравствено стање и сл. Такође, овим потезом се животи и оних транс особа које пристају на ова два корака и даље стављају „на чекање“ док не заврше процедуре психијатријске процене и

Bigaeva v. Greece, no. 26713/05, 28 May 2009, stavovi 22–25. Више у: Vodič kroz članak 8. Konvencije – Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, *op. cit.*

хормонског третмана, што значи да у том периоду неће имати одговарајућа лична документа (*Гетен*), односно она која одговарају њиховом родном идентитету и опису, и неће моћи неометено да остваре свој лични статус у складу са родним идентитетом, односно, да остварују права из радног односа у складу са својим родним идентитетом, да захтевају заштиту од злостављања и сексуалног узмиравања – сходно самодефинисаном полу, да остваре пензију под условима сходно самодефинисаном полу, да се образују, школују, а ту су и друга права – да путују ван граница земље, да служе казну затвора у складу са полом, да се баве спортом сходно самодефинисаном полу итд. Положај транс/трансродних особа је могуће уредити изменама и допунама већег броја закона (Закона о матичним књигама, Породичног закона, Закона о пензијско-инвалидском осигурању, Закона о основама система образовања и васпитања, Закона о високом образовању, Закона о раду и Правилника о радној књижици итд). Међутим, представници активистичких група сматрају да је то, не само дужи пут, већ и скупљи, а уз то мање ефикасан, јер не доприноси системском решењу проблема, односно регулисању свих значајних питања за положај трансродних особа. Неопходан је „кровни“, јединствен закон на нивоу *lex specialis* – који ће трансродне особе учинити видљивим и једнаким кроз њихове специфичности, довести до сензибилисања друштва.⁴⁴ „Оно што нам је непознато често изазива страх и одбојност, и те неке друге, другачије од нас, тешко да можемо да замислимо као људе као што смо и ми. Уместо да видимо шта нам је све заједничко, фокусирамо се на ту једну ствар која нас разликује“ (*Гетен*, Србија).

Литература/References

Vodič kroz članak 8. Konvencije (2018). Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i prepiske. Савет Европе: Европски суд за људска права.

Гајин, С. (2017). Модел закона о признавању правних последица промене пола и утврђивања трансексуализма, *Права транс особа – од непостојања до стварања законског оквира*. (стр. 73–94). Београд: Центар за унапређивање правних студија. [Electronic version]. Retrieved 4. јул 2019, from <https://on-off.rs/wp-content/uploads/2017/07/model-zakona-o-trans-rodnim-osobama.pdf>

Гајин, С. (2012). *Људска права (правно-системски оквир)*. Друго издање. Београд: Правни факултет Универзитета Унион.

⁴⁴ Цивилни сектор припремио је два нацрта закона: Модел закона о признавању правних последица промене пола и утврђивања трансексуализма 2012. године и Модел закона о родном идентитету 2015. године.

Гурмешевић Д. Р. (2016). *Инструменти у борби против дискриминације у правним системима земаља Југоисточне Европе* (докторска дисертација). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Ђурић, М. (2012). *Од невидљивог до видљивог Т. У: Гајин, С. (ур.), Модел закона о признавању правних последица промене пола и утврђивања трансексуализма, Права транс особа – од непостојања до стварања законског оквира* (стр. 19–26). Београд: Центар за унапређивање правних студија. [Electronic version]. Retrieved 26. јун 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. августа 2019. from, <https://www.who.int/classifications/icd/en/>

Извештај Европске комисије о стању људских права у Србији за 2018. годину.

[Electronic version]. Retrieved 5. август 2019, from <https://rs.usembassy.gov/sr/human-rights-practices-2018-sr/> <https://rs.usembassy.gov/sr/human-rights-practices-2018-sr/>

Мршчевић, З. (2017). Трансродно лице правде. Београд: Институт друштвених наука.

Павловић, С. (2012). *Анализа правног положаја трансродних и трансексуалних особа у Србији. У: С. Гајин (ур.), Модел закона о признавању правних последица промене пола и утврђивања трансексуализма, Права транс особа – од непостојања до стварања законског оквира* (стр. 50–72). Београд: Центар за унапређивање правних студија. [Electronic version]. Retrieved 26. јун 2019, from <https://on-off.rs/wp-content/uploads/2017/07/model-zakona-o-trans-rodnim-osobama.pdf>

Перић, Ковачевић, С. (2013). Људска права на раду у савременом развоју – права или привилегије (стр. 101–102). Београд: *Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*, број 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. август 2019, from www.unhcr.ch/hurricane/huric

Џоџакарта принципи. (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. августа 2019, from <http://www.wluml.org/node/7296> theYogyakarta principles http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm

Општа декларација о правима човека из 1948. године, усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 (III) 10. децембра 1948. године

Резолуција Европског парламента, усвојена 12. септембра 1989. године. *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*).

Резолуција Европског парламента од 14. фебруара 2019. о правима интерсекс особа (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.*

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

Закон о матичним књигама. *Службени гласник РС*. Бр. 20 (2009), бр. 145 (2014) и бр. 47 (2018)

Закон о раду. *Службени гласник РС*. Бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

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

Одлука Уставног суда Број: Уж - 3238/2011. од 8. марта 2012. године, *Службени гласник РС*. Бр. 25 (2012)

Правилник о начину издавања и обрасцу потврде надлежне здравствене установе о промени пола. *Службени гласник РС*. Бр. 103 (2018)

Пол и род нису исто. Зашто? [Electronic version]. Retrieved 8. јун 2019, <http://psihologika.rs/rod-i-pol-nisu-isto-zasto/>

Положај особа другачијег родног идентитета у правосудном систему Републике Србије (2014). [Electronic version]. Retrieved 4. јул 2019, from <http://ipf.rs/polozaj-osoba-drugacijeg-rodnog-identiteta-u-pravosudnom-sistemu-republike-srbije/>

Статус и положај транс особа у Србији.* [Electronic version]. Retrieved 5. јул 2019, from

[https://transserbia.org/images/2015/dokumenti/Trans особе у Србији – анализа положаја и предлог правног решења.pdf](https://transserbia.org/images/2015/dokumenti/Trans%20особе%20у%20Србији%20-%20анализа%20положаја%20и%20предлог%20правног%20решења.pdf)

What Is Gender Dysphoria? – American Psychiatric Association. [Electronic version]. Retrieved 3. август 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

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23387

UDK: 336.225.61:341.24
336.227.8(4-672EU:497.2)
Раџ примљен: 30.09.2019.
Раџ прихваћен: 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)¹. The Inclusive Framework on BEPS was created by the OECD at the request of G20 leaders with view of fast and efficient project implementation². Bulgaria participated in the first meeting of Inclusive Framework member countries held between 30 June and 1 July 2016 in Kioto, Japan³. The project proposes measures at global and European level in the field of direct taxation⁴. 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 transparency⁵. 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 law⁶. 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 the

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 43rd National Assembly on 5.02.2016 – SG 14 / 2016, effective 1.07.2016). <http://bit.ly/KVASD>.

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 1⁷, and Council Directive (EU) 2017/952 of 29 May 2017 amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries – ATAD 2⁸;
- 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 arrangements⁹ (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 (GAAR), 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)¹⁰ and Council Directive (EU) 2017/1852 of 10 October 2017 on tax dispute resolution mechanisms in the European Union – Arbitration Directive^{11, 12}.

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, Brazil, 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 Court¹³ has attracted attention. The resolution analyses and compares the Guidelines issued by the OECD and the NRA'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 controls¹⁴. The report's motto is 'Think international – Act international – Audit international'.

13 Resolution No 13993 / 14.11.2018 under administrative case No 5744/2018, 1st 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, retrieved 6.03.2019.

The report notes that multinational enterprises¹⁵ 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.¹⁶ 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.¹⁷ The

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.

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 field¹⁸. 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 (CMAATM), 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.¹⁹ How will the issue unfold? We have yet to find out!

¹⁹ 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, C. (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, 18th and 19th 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, 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, C. Staringer. Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). Vienna: Linde (pp. 83–106).

Антонов, И. (2018). Кратък преглед на новите правила за контролирани чуждестранни дружества и защо те няма да проработят в България,. Данъци ТИТА, София, България, available at: tita.bg/free/tazes/602

Др Савина Иванова Михајлова-Големинова,
Виши доцент Правног факултета,
Универзитет “Св. Климент Охридски”, Софија, Република Бугарска

МЕЂУНАРОДНЕ ИНИЦИЈАТИВЕ У ОБЛАСТИ ОПОРЕЗИВАЊА И ЕВРОПСКОГ ПРАВА

Резиме

Током протеклих неколико година развијено је и имплементирано неколико различитих иницијатива које су довеле до модификације елемената познатих пореских система и принципа, као резултат глобализације пословања, заједничког европског тржишта и трендова у пословном окружењу. Овај чланак има за циљ да прикаже Г20/ОЕЦД Пројекат о ерозицији пореске основице и пребацивању профита (БЕПС) који, након финансијске кризе, представља други велики покушај успостављања глобалне сарадње у области опорезивања. Још једна иницијатива такве врсте је глобални аутоматски систем за размену информација, који је првенствено намењен потребама САД-а (Закон о опорезивању средстава на рачунима америчких држављана у иностранству, ФАТЦА), као и Мултилатерална конвенција о узајамној административној сарадњи у пореским стварима (МИЛ). У том смислу ће се представити актуелне мере Организације за европску сарадњу и развој (ОЕЦД) и Европске уније, и њихово транспонување у бугарско национално законодавство.

Кључне речи: БЕПС, МИЛ, опорезивање.

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

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-22995

UDK: 340.134(4-672EU)
368(4)

Рад примљен: 04.09.2019.
Рад прихваћен: 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)¹. 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 2001². 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'³.

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')⁴. 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'⁵, 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 flaws 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;⁶

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.⁷

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)⁸ 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_

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

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://cor.europa.eu/en/our-work/Pages/network-of-regional-hubs.aspx>, accessed 17 June 2019.

making⁹. 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 work¹⁰.

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 objectives¹¹.

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 Directive¹², 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 Dis-

<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

tribution (EUR 5.6 million) (NKRГ, 2018: 17)¹³. 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).¹⁴ 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 (NKRГ)/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 (NKRГ)*, 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).¹⁵

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

15 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

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 remuneration¹⁶.

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)¹⁷. 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

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

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://ec.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, accessed 10 July 2019

European Commission: Regulatory Scrutiny Board, available at 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>, 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 <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>

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-lex.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

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, I4. 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>

Др Роберт Грзесзак,

*Редовни професор Факултета права и администрације,
Универзитет у Варшави, Република Пољска*

Томасз Клемт, МА

*Докторандт Факултета права и администрације,
Универзитет у Варшави, Република Пољска*

ДОБРА РЕГУЛАТИВА И ПРИНЦИП ЕКОНОМСКЕ СЛОБОДЕ У СЛУЧАЈУ ЕВРОПСКОГ ПРАВА ОСИГУРАЊА

Резиме

Увођење принципа доброг управљања кроз бољу регулативу проистекло је из жеље за бољим европским управљањем и учвршћивањем циљева одрживог развоја у процесу креирања политика Европске уније кроз истовремено сагледавање економских, социјалних и еколошких утицаја. Боља регулатива подразумева професионализацију свих аспеката креирања политика Уније као и настојање да креиране политике одговарају потребама савременог света. Основни разлог за избор ове теме истраживања је запажање аутора да постоји све већа тенденција да се одређени тржишни сектори што детаљније регулишу. То је природан процес који углавном проистиче из професионализације различитих аспеката друштвеног живота, глобалног развоја технологије и економских односа. С друге стране, тенденција детаљне регулације неминовно покреће следећа питања: где су границе стварања нових прописа и како се ти регулаторни трендови одражавају на принцип економске слободе, која почива на слободи предузетништва? На основу истраживња аутори долазе до закључка да, упркос значајним побољшањима, квалитет прописа још увек није задовољавајући. У том контексту, неопходно је спровођење измењене европске агенде о бољој регулативе, као и стално праћење и унапређење процеса доношења закона у Европској унији. Аутори нарочито истичу важност укључивања свих правних лица, како регулаторних органа тако и пословних субјеката, у процес доношења закона.

Кључне речи: *Европско право осигурања, добра регулатива (прописи), законодавство, економске слободе.*

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

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-23540

UDK: 340.13(4-672EU)

349.2(497.5)

Раd примљен: 10.10.2019.

Раd прихваћен: 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 safeguards 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 Multidisciplinary”, 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-KA203-035359).

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 law¹ 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.

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)² 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 Act³ 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 Act⁴, 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-Government⁵ 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 Act⁶ 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.

4.6. Other relevant domestic laws

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).

Croatian legislation contains provisions on the protection of whistleblowers in several other legislative acts. Article 24 of the Act on Protection of Confidentiality of Data⁷ 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 Sector⁸ 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 Act⁹ 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. Iacob 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.¹⁰

¹⁰ *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%7D>},

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.¹¹ 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 (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://repozitorij.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; 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 (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 (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).

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%2F04%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%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%2F08%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-105777%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%2F11%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%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%2F07%22%5D%2C%22appno%22:%5B%2228369%2F07%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*

UDK: 316.774:004.738.5]:34(4-672EU:497.11)
004.738.5

Рад примљен: 01.10.2019.

Рад прихваћен: 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 Multidisciplinarity”, 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 18th 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 (Kastels, 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 profile¹.

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 campaign².

The General Data Protection Regulation (GDPR) 2016/679, which was adopted by the 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”³.

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.politika.rs/sr/clanak/425059/Ko-je-terorista-sa-Novog-Zelanda>; Accessed 16.9.2019.

2 Stanojević, Z. (2018). Šta ti sve Fejsbuk moze? (What can Facebook do to you?) *Vreme*, 29.3.2018. <https://www.vreme.com/cms/view.php?id=1587149> Accessed 16. 9. 2019.

3 *SecuritySee* (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.securitysee.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"⁴.

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 permission⁵.

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 moze? *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?yyyy=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)*⁶ 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)⁷.

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).⁸

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*⁹. 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 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)¹⁰. 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 offline 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 offline 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,¹¹ 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.

Literature

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

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). Transformation 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.

Др Анка Михајлов Прокоповић,

*Доценткиња, Департман за комуникологију и новинарство,
Филозофског факултета Универзитета у Нишу*

Др Марија Вујовић,

*Доценткиња, Департман за комуникологију и новинарство,
Филозофског факултета Универзитета у Нишу*

МЕДИЈИ У ДИГИТАЛНОМ ДОБУ: РЕГУЛАТОРНИ АСПЕКТИ

Резиме

*Велики утицај дигиталне технологије довео је до преиспитивања концепта медија. У раду се испитују изазови који су у области регулације медија настали са развојем дигиталне медијске сфере. У првом делу рада се ти изазови идентификују, а потом се анализирају решења која су примењена у области европске и српске регулативе. Указује се на то да је нови концепт медија „проширен” у дигиталном добу и да га сада чине нови медијски субјекти, нове форме и нове медијске активности. Ипак, колико год промењено то ново поимање медија и даље се може разграничити у односу на субјекте комуникативне праксе у дигиталном окружењу који то нису. *Differentia specifica* коју уводи европска регулатива је уређивачка контрола и сврха медија. Анализирана је регулатива у Србији, која Законом о јавном информисању и медијима прописује обавезу интернет страница које желе да буду медији да се пријаве у Регистар медија. Онлајн медији су ово прихватили, вероватно и зато што је то услов за учествовање на конкурсима за суфинансирање јавног интереса у медијима. Саморегулаторни механизми у области онлајн медија анализирани су са посебним освртом на ситуацију у Србији где су 2016. године усвојене Смернице за примену Кодекса новинара Србије у онлајн окружењу.*

Кључне речи: *медијска регулатива, онлајн медији, интернет, саморегулација.*

Др Здравко В. Грујић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Приштини са привременим
седиштем у Кос. Митровици

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23537

UDK: 343.6:177.82(497.11)
177.82
343.971

Рад примљен: 10.10.2019.
Рад прихваћен: 11.12.2019.

ЗЛОЧИНИ МРЖЊЕ КАО СПЕЦИФИЧАН ОБЛИК КРИМИНАЛНОГ ПОНАШАЊА**

Апстракт: Мржња представља специфичан мотив за вршење кривичних дела. Поред злочина који се врше из мржње извршиоца према индивидуализираној жртви (са којом постоји претходни однос из којег се развила негативна емоција – мржња), историја нам указује на бројне примере прогањања, нападања, угрожавања или уништавања усмерених ка жртвама због њихове, стварне или претпостављене, припадности одређеној раси, националном или етничком пореклу, религији или другом својству групе (колективитета). Предрасуда извршиоца о припадности жртве одређеној групи и мржња према том колективитету, агресија, бруталност и насиље, напади на живот, физички интегритет и имовину жртва, стварање осећаја несигурности, представљају само неке од карактеристика овог посебног облика криминалног понашања – злочина мржње.

Појам „злочини мржње” појављује се половином 80-их година ХХ века у САД, након чега започињу емпиријска истраживања феномена и покушаји да се пронађу делотворни механизми кривичноправног реаговања. Овај рад посвећен је критичкој анализи проблема појмовног одређења злочина мржње, феноменолошком аспекту, типологији извршилаца, жртвама и виктимизираним групама и другим специфичностима овог облика криминалног понашања, као и представљању кривичноправних начина реаговања на ове злочине у кривичном законодавству Републике Србије.

Кључне речи: злочини мржње, жртве злочина мржње, отежавајућа околност.

* zdravko.grujic@pr.ac.rs

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право и мултидисциплинарност”, која је одржана 12. и 13. априла 2019. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Мржња представља специфичан мотив за вршење кривичних дела и, посматрајући ретроспективно, преовлађујућу детерминанту у генези најтежих масовних злочина извршених у историји људске цивилизације. Прогони припадника новоосноване хришћанске религије у Римском царству, крсташки походи, поступање инквизиције према јеретцима, злочини према домородачком становништву приликом процеса колонизације, злочини извршени током светских ратова, апартхејд или геноцид, представљају само неке од историјских примера злочина извршених из мржње према „другим“ (или другачијим) појединцима или колективитетима.

Мржња је, како се истиче у литератури, „антрополошка грешка – врста афективне померености, или поремећај „афективне равнотеже“. Сатанизација другог, који се доживљава као непријатељ, као странац, представља увод у заједнички предмет мржње, у аверзију према колективној „другости“, у колективну мржњу (Милашиновић, Симеуновић Патић, 2010: 390). Колективна мржња извршилаца према припадницима група које су виктимизирани и предрасуде према њима, истовремено, у социолошком и културолошком смислу, представљају изговор и оправдање за њихово поступање и вршење злочина.

Неспорно је да је монструозност злочина и масовност жртава обележила читав XX век, као што је и чињеница да је у том временском оквиру ток догађаја пресудно утицао на промену свести целокупног човечанства и стварање предуслова за развој кривичноправних механизма заштите од колективних злочина извршених из мржње и предрасуде према другачијим колективитетима. Савремена кривична законодавства (као и међународни кривичноправни извори) данас пружају заштиту припадницима одређених група чија сигурност може бити угрожена вршењем масовних злочина. Тим инкриминацијама штите се човечност и основна људска добра заштићена међународним правом, као што су живот, телесни интегритет, слобода, част, углед, достојанство и имовина припадника одређених колективитета.

С друге стране, мржња је, свакако, мотив извршења традиционалних кривичних дела према појединачној жртви (са којом извршилац има претходни однос). Извршење таквих злочина карактерише насиље и агресивност извршиоца, детерминисано и консеквентно степеном мржње према жртви. Кривичноправна релевантност мржње као мотива у извршењу кривичног дела је многострука и значајна – утврђује се не само

у поступку откривања и доказивања дела, и утврђивања степена кривице учиниоца, већ и у поступку изрицања казне, као околност коју суд посебно оцењује приликом одмеравања казне.

Савремена искуства и емпиријска истраживања потврђују да постоје кривична дела која се врше из мржње и предрасуде учиниоца према припадницима одређених група или колективитета, као и да и у развијеним друштвима постоје групе (колективитети) које су посебно угрожене и вулнерабилне.¹ Припадност жртве колективитету може бити стварна или претпостављена, али су предрасуде и мржња извршиоца према том колективитету кључни мотив извршења. У питању су дела насилничког карактера усмерена на живот, физички интегритет, сигурност, слободу или имовину припадника виктимизираних група. Злочини мржње, најчешће, нису плод ранијег познанства или везе између извршиоца и жртве – напротив, они су пример онога што се у криминологији назива *stranger danger* (Павловић, 2008: 857).

Иако би се кривична дела мотивисана мржњом извршиоца према одређеном колективитету могла проучавати као део насилничког криминалитета, јер по свом основном садржају то и јесу, постоји читав низ особености ове врсте криминалног понашања због чега сматрамо да се оно мора посматрати као посебан, специфичан, облик криминалитета.² То су, пре свега: 1. висок степен друштвене опасности ових дела; 2. колективна виктимизираност припадника групе и стварање климе опште несигурности; 3. деперсонализација жртве; 4. стварна или претпостављена припадност жртве одређеној групи; 5. мржња као мотив извршења; 6. предрасуде извршиоца према одређеном колективитету; 7. насилнички карактер дела, агресивност и деструктивност; 8. дискриминација припадника одређене групе и успостављање односа „ми и они”; 9. лично својство жртве као заједничка карактеристика групе; 10. постојање стереотипа о припадницима одређених група и креирање модела „културе мржње”; и 11. висока тамна бројка криминалитета.

1 У питању су нпр. народи или мањинске етничке заједнице на територији насељеној већинским народом, мањинске верске заједнице у окружењу доминантне религије (нпр. хришћани у муслиманским државама, припадници исламске вероисповести у „државама запада”), припадници мањинске расе, припадници мањинских сексуалних група, као и других „специфичних” колективитета у друштвеној заједници, према којима се врше злочини мотивисани мржњом и предрасудама.

2 У литератури, свакако, постоје и супротни ставови о томе да је потребно посебно издвајати и истраживати злочине мржње због потенцијалних негативних консеквенци таквог приступа (нпр. урушавање принципа једнакости грађана пред законом; поспешивање сукоба друштвених група; утицај на успостављање заштите одређеним колективитетима, диференцијација друштвених колективитета, и др.).

Циљ овог рада је да укаже на ове и друге специфичности феномена злочина мржње, као аргументе да се ради о посебном облику криминалитета и које нам могу послужити и за дистинкцију у односу на насилнички и друге облике криминалитета. У том контексту, неопходно је осврнути се на проблем појмовног одређења злочина мржње, указати на феноменолошки аспект проблема и типологију извршилаца. На крају рада биће представљени и модалитети кривичноправног реаговања на злочине мржње, уз указивање на пионирске кораке у савременој судској пракси у Републици Србији.

2. Дефинисање појма злочини мржње

У литератури се појављује мноштво дефиниција злочина мржње од којих нити једна „не оспорава да су у питању злочини мотивисани предрасудама” (Ковачевић, 2009: 93), али које се разликују у односу на почетни приступ у дефинисању овог феномена. Социолошке дефиниције, нпр., полазе од савременог друштвеног контекста и описују шири аспект феномена злочина мржње. Тако *Bowling* указује да злочине мржње не треба посматрати као догађај већ „као друштвени процес који се никад не дешава у друштвеном вакууму” и да је за њихово разумевање битно схватити историјски и друштвени контекст односа између супротстављених заједница, посебно процесе физичког насиља, претњи, застрашивања и систематске виктимизације (*Bowling*, 1993: 238, према: Лалић, 2013: 21), док *Sheffield* сматра да злочини мржње „не представљају изоловане инциденте него последицу политичке културе која додељује права, привилегије и друштвени углед на основу биолошких или друштвених карактеристика”, и посебно истиче „значај дубоко укоренење хијерархије идентитета као основе за злочине мржње” (*Sheffield*, 1995: 438, према: Лалић, 21).

У објашњењу узрока проблема појмовног одређења, у литератури се наводи да је „за разлику од других облика криминалитета – попут организованог, криминалитета белог оковратника, криминалитета насиља, насиља у породици и слично – који су прво теоријски дефинисани у криминологији, а након тога нормативно операционализовани у кривичном праву, код злочина мржње овај процес је ишао обрнуто. Прво су законодавци у САД и Великој Британији, реагујући на тешке злочине ове врсте, који су довели до озбиљних друштвених напетости, увели категорију злочина мржње у кривично право и правосудну праксу, да би, након тога, криминолози приступили научном уобличавању овог појма. Таква пракса довела је до низа дилема и непрецизности у дефинисању појма злочина мржње (Игњатовић, 2005: 4).”

Наиме, термин злочини мржње настао је у САД половином 80-их година прошлог века како би се њиме објаснила серија инцидентата извршених против лица јеврејског и азијатског и афроамеричког порекла, и, убрзо, као такав, почео да се користи у политичком речнику и масовним медијима, затим и у правној и криминолошкој доктрини и истраживањима.³

Прецизније, амерички конгрес је 1985. године усвојио закон који је утврдио обавезу вођења статистичких евиденција о злочинима који су мотивисани расним, верским и етничким предрасудама и мржњом извршиоца према жртви,⁴ док је пет година касније усвојен закон о превенцији ових злочина.⁵ Конгрес је 1993. године усвојио закон којим се прописује строже кажњавање учинилаца дела злочина мржње,⁶ и тиме заокружио систем кривичноправног реаговања на овај облик криминалитета у САД на федералном нивоу.

У Енглеској и Велсу је од 1998. године могуће строже кажњавање учинилаца уколико се утврди да кривично дело представља злочин мржње, расне или верске,⁷ односно по основу предрасуда према инвалидности и сексуалној оријентацији жртве.⁸ Злочини мржње убрзо постају предмет легислативног регулисања у упоредном законодавству, а термин (преведен на националне језике) постаје готово општеприхваћен.

3 Поред термина злочини мржње, као синоним се користи и термин злочини из мржње. Упоредо се за злочине мржње користе и термини злочин мотивисан предрасудама или злочин из предрасуда – *bias motivated crimes*, *bias crimes*. И ови термини се могу сматрати синонимима, имајући у виду да злочине мржње карактеришу мржња и предрасуда извршиоца према појединцу као, стварном или претпостављеном, припаднику одређеног колективитета.

4 H. R. 2455 — 99th Congress: Hate Crime Statistics Act.” www.GovTrack.us. 1985. <https://www.govtrack.us/congress/bills/99/hr2455>, (21. 09. 2019); И пре усвајања закона на федералном нивоу било је држава које су законски уредиле питања која се односе на откривање и спречавање злочина мржње. У Калифорнији је закон усвојен 1978. године, а у државама Вашингтон и Орегон три године касније – 1981. године.

5 Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act. Више о томе: <https://www.justice.gov/crt/matthew-shepard-and-james-byrd-jr-hate-crimes-prevention-act-2009-0>, (21. 09. 2019); Законом се предвиђа надлежност у поступању према овим кривичним делима и у случајевима предрасуда и мржње у односу на инвалидитет и сексуално опредељење жртве (од измена и допуна закона из 2009. године и на род и полни идентитет жртава).

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, (21. 09. 2019);

Амерички ФБИ (*Federal Bureau of Investigation – FBI*), који је на федералном нивоу надлежан за истраживање злочина мржње, сматра да ову врсту чине „традиционална кривична дела попут убистава, подметања пожара или вандализам, уз додатни елемент – предрасуду извршиоца” и дефинише злочине мржње као „кривична дела усмерена против особа или имовине која су, у целини или делимично, мотивисана предрасудама извршиоца у односу на расу, религијска уверења, инвалидитет, сексуалну оријентацију, етничку припадност, род и полни идентитет”.⁹ Министарство правде САД (*U. S. Department of Justice*), даје објашњење да термин „мржња” може бити погрешно протумачен јер се под њим, код дефинисања појма злочини мржње, „не подразумева бес, љутња или опште незадовољство, већ се односи на предрасуде извршиоца према појединцу или заштићеном колективитету са специфичним карактеристикама.”¹⁰

Levin и *McDevitt* дефинишу злочине мржње као „кривична дела која су, у целости или делимично, мотивисана чињеницом или предрасудом да је жртва различита од извршиоца дела.” Ови аутори наглашавају да оваква дефиниција има три значајна елемента и да је из тог разлога широко прихваћена: „прво, да укључује радње које су већ предвиђене као кривична дела (већина законодавстава не инкриминише ново понашање као кривично дело, уместо тога предвиђа могућност поштравања казни за дела која су већ противправна и предвиђена у закону као кривична дела); друго, наглашава мотивацију за извршење кривичног дела (расну, верску, етничку или другу идентитетску разлику између жртве и извршиоца); и као треће, не идентификује нити један колективитет који има ексклузивно право заштите од злочина мржње” (*Levin, McDevitt, 2002: 2,3*).

У домаћој литератури наводи се опасна дефиниција злочина мржње према којој су то она поступања којима се испољава „показивање предрасуда базираних на раси, религији, неспособности, сексуалној опредељености или етничкој припадности, укључујући, када је то подесно, убиства, убиства из нехата, силовања, тешке телесне повреде, телесне повреде, застрашивање паљевином, као и уништење и оштећење имовине и вандализам” (*Titus Reid: 2003*, према: *Константиновић Вилић, Николић Ристановић, Костић, 2010: 148*), али је у потпуности прихватљива и, истовремено, довољно широка дефиниција према којој злочини мржње представљају „дела која се врше из мржње, одбојности или негативне настројености извршиоца према групи или колективитету којима жртва, по његовом мишљењу, припада”

9 Federal Bureau of Investigation, Defining a Hate crime, <https://www.fbi.gov/investigate/civil-rights/hate-crimes>, (21. 09. 2019).

10 <https://www.justice.gov/hatecrimes/learn-about-hate-crimes>, (21. 09. 2019).

(Игњатовић, 2018: 108), која се у раду користи приликом употребе појма злочина мржње.

Овако дефинисан појам злочина мржње уједно омогућава дистинкцију између различитих других облика кривичних дела учињених из мржње (као што су нпр. геноцид или злочини против човечности), која подразумевају мржњу, непријатељство или негативан став извршилаца према жртвама, с једне стране, и „говора мржње”, којим се може „утицати” на извршење злочина мржње (уколико „говор мржње” није инкриминисан), с друге стране, у односу на дела која према свом карактеру представљају тзв. типичне злочине мржње.

3. Феноменологија злочина мржње

Према статистичким подацима у системима у којима се ови подаци прикупљају, обрађују и приказују, може се утврдити да злочини мржње представљају насилничка кривична дела уперена против живота, телесног интегритета, сигурности, слободе или имовине припадника специфичних (заштићених) група, чије је извршење мотивисано предрасудама према вероисповести, раси, националној или етничкој припадности (пореклу) или сексуалној оријентацији жртве, односно ређе према роду, полном идентитету, језику или другом својству припадника колективитета.

Према подацима који су представљени у *Uniform Crime Reports – Hate Crime Statistic* за 2017. годину, у САД је пријављено укупно 7.175 злочина мржње, од којих је у 7.106 случајева у питању предрасуда према једном од мотива (који укључује 8.126 извршилаца (6.307 познатих) и 8.493 жртве), док у преосталих 69 постоје вишеструке предрасуде које укључује 311 извршилаца (63 позната) и 335 жртава ових дела. Од 7.106 пријављених злочина (појединачна предрасуда – *single bias incidents*) 58,1% мотивисано је расном, националном или етничком предрасудом, 22% предрасудом по основу вероисповести жртве, 15,9% на основу сексуалне оријентације, 1,7% на основу полног идентитета, 1,6% на основу инвалидитета и 0,6% на основу предрасуде према полу жртве.

Од 4.832 злочина мржње чије је извршење мотивисано расном, националном или етничком припадношћу или пореклом, 48,8% мотивисано је предрасудама према Афроамериканцима („црнцима”), 17,5% према припадницима беле расе, 10,9% према Латинаамериканцима и Хиспаноамериканцима, 5,8% према лицима индијанског порекла, 4,4% према лицима чије порекло чини више од једне расе, 3,1% према Азијатима, 2,6% према Арапима и 6,9% према осталим.

Од 1.679 злочина мржње мотивисаних предрасудом на основу вероисповести, 58,% извршено је против Јевреја, 18,7% против припадника исламске вероисповести, 4,5% против католика, 2,4% против протестаната, 1,4% против православаца и 15% према припадницима других мањинских религија.

Када је у питању сексуална оријентација жртве, од укупно 1.303 пријављених злочина мржње 58,2% извршено је из предрасуда према хомосексуалцима, 12,6% према лезбејкама, 2,8% према хетеросексуалцима, 2,1% према бисексуалним и 24,6% због мржње према свим мањинским сексуалним групама (*LGBT*).

Од 132 злочина извршена због предрасуда према полном идентитету, 118 је извршено према трансродним особама. Од 128 дела извршених из предрасуда према инвалидитету, 93 извршено је према лицима са менталним, а 35 са физичким недостацима. Од 54 злочина извршених због предрасуда везаних за пол, 28 је извршено због предрасуда према женама, а 25 према мушкарцима.

Према типологији извршених дела, од укупног броја пријављених дела 60,3% је извршено према лицима (особама), 36,9% према њиховој имовини и 2,8% према друштвеној заједници (колективитету). 27,6% чине насилничка кривична дела и вандализам, 27,1% претње и застрашивање, 20,7% увреде и вређање, 11,7% вређање и насилничко понашање према жртви.¹¹

Подаци о злочинима мржње у Енглеској и Велсу, прикупљени у периоду од 2014. до 2016. године, приказани у *Crime Survey (CSEW)* показују да је у том периоду извршено 204.000 злочина мотивисаних предрасудама. Од тог броја 104.000 дела извршено је из предрасуде према раси, националном и етничком пореклу или припадности, 31.000 према вероисповести, 27.000 према сексуалној оријентацији и 67.000 из предрасуда према инвалидитету жртве. Према званичним полицијским подацима, у 2015. години извршено је укупно 62.518 злочина мржње, и тај број је за 19% виши него у 2014. години (Walters, Wiedlitzka, Owusu-Vempah, Goodall, 2017; 52–55). Број званично пријављених дела је знатно мањи у односу на податке приказане у *CSEW*, што само говори у прилог тези да је тамна бројка криминалитета код овог облика криминалног понашања јако велика.

Канцеларија за демократске институције и људска права Организације за европску безбедности и сарадњу (*OSCE – Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR)*) прикупља и објављује податке о злочинима мржње

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).

у више од педесет држава. Када је у питању Република Србија, према овом извору, достављени су подаци и званичних органа и партнерских организација о делима пријављеним у периоду од 2013. до 2017. године.

Према званичним подацима у 2013. години извршено је 64 злочина мотивисаних предрасудама, 2014 – 87 злочина, 2015 – 79 злочина, 2016 – 9 злочина и 2017 – само 5 злочина мржње. Исти извор наводи да за 11 кривичних дела пријављених полицији у 2017. години (!) нема података о мотиву извршиоца. Од овог броја, 8 представљају кривична дела вандализма, док се код 3 дела користи претња жртви или долази до угрожавања сигурности жртве. Према незваничним изворима који се односе на исти период, евидентирано је 25 злочина мржње (!), од чега 20 чине кривична дела мотивисана предрасудама према сексуалној оријентацији жртава (10 насилничких дела, 9 претњи насиљем и 1 дело усмерено против имовине жртве), 3 злочина је мотивисано предрасудама према Ромима, једно дело мотивисано је расизмом и ксенофобијом, док је једно дело мотивисано антисемитизмом и било је усмерено на уништавање имовине припадника јеврејске заједнице.¹²

Представљени подаци морају бити прихваћени са скептицизмом, имајући у виду неуједначеност методолошких поступака за прикупљање и представљање података о злочинима мржње у различитим државама. Неспорна је чињеница да је стваран број ових злочина знатно већи и може се претпоставити да је пропорционалан степену нетрпељивости доминантних друштвених група према мањинским и маргинализованим колективитетима.

За разумевање феноменолошких карактеристика злочина мржње и појавних облика ових дела, битно је указати и на класификацију ових злочина коју су представили *Levin* и *McDevitt*. Према овим ауторима, постоје четири основна типа злочина мржње у односу на конкретизовану мотивацију извршиоца дела.

Злочини извршени из забаве (*thrill hate crimes*) – истраживања обављена у Бостону су показала да су три од пет злочина мржње извршена из забаве, при чему су извршиоци најчешће били тинејџери беле расе који раније нису познавали жртве које нападају. Највећи ризик од виктимизације забележен је код лица чије је порекло из Азије и Латинске Америке. Узбуђење и забава били су конкретни пориви извршења злочина мотивисаних предрасудама, а место извршења области у којима су настањени мањински колективитети.

12 <http://hatecrime.osce.org/serbia>, (21. 09. 2019).

Одбрамбени злочини (*defensive hate crimes*) – представљају дела која настају као последица одређеног догађаја након којег почиње да се испољава мржња и бес извршиоца који „рационализује“ да наступа заштитнички и „брани“ статус своје заједнице од припадника мањинских колективитета („црнаца“, „Азијата“, Латино или Хиспаноамериканаца). Извршилац оправдава своју активност, чак и осећа обавезу да је брани. Злочини се најчешће извршавају у непосредном животном окружењу извршиоца, где свака промена (нпр. досељавање породице афроамеричких корена, унапређење колеге азијатског порекла) представља потенцијалну претњу.

Злочини освете или одмазде (*retaliatory hate crimes*) представљају дела која се јављају као реакције на „дживљени“ злочин мржње. Извршиоци најчешће делују самостално, а дело се врши у области у којој борави жртва. Злочин се врши из одмазде за претходно претрпљени злочин мржње према ма ком припаднику таргетиране групе. Број ових злочина значајно је порастао (чак за 1.600%) према припадницима муслиманске вероисповести и арапских заједница у САД након терористичких напада на зграда Светског трговинског центра у Њујорку 2001. године.

Мисионарски злочини (*mission hate crimes*) представљају злочине код којих су извршиоци убеђени да су припадници виктимизираних група подљудска раса (или демони) који су послати да униште културу, економију или „чистоту“ расног наслеђа доминантне групе, због чега њихов циљ није само елиминација неког од припадника другачијег колективитета („црнаца“, „латиноса“, Азијата или јевреја) из свог окружења, већ „виши циљ или мисија за коју их је одабрао Бог“. Извршиоци се најчешће организују у групе и злочине врше колективно, као нпр. припадници *Ku Klux Klana* (Levin, McDevitt, 2002: 10–14).

4. Типологија извршилаца злочина мржње

Управо та чињеница, да постоје организоване групе извршилаца злочина мржње о којима се често говори у медијима и које имају изграђену идеологију, ритуализам, симболику активизма и униформност чланова, навела је на општи закључак да ове злочине најчешће врше припадници организованих екстремистичких група (*hate groups*) или појединци који су нису чланови али су индоктринирани њиховом идеологијом. У том контексту, извршење злочина мржње према одређеним колективитетима – припадницима црне или других раса у Америци, верских заједница, Јевреја или Рома, емиграната или припадника мањинских сексуалних група, може се поистоветити се активностима група као што су озлоглашени *Ku Klux Klan*, *White Aryan Resistance*, *Posse Comitatus*, Хришћански патриоти,

неонацисти, скинхедси, радикални десничари, радикални исламисти и бројне друге. У САД је у 2018. години, нпр., према подацима *Southern Poverty Law Centre*, праћено 1.020 различитих група укључених у вршење злочина мржње,¹³ од којих многе нису имале више од двадесетак чланова.

Екстремистичке групе представљају, дакле, социјалне групе које заговарају и спроводе мржњу, непријатељство и насиље према припадницима других раса, лицима другачије националне или етничке припадности, вероисповести, рода, полног идентитета, сексуалне оријентације или друге карактеристике. Примарни циљ њиховог постојања је промовисање анимозитета, непријатељства и мржње према припадницима колективитета чије се неко својство разликује од својстава припадника екстремистичке групе (*hate group*) и вршење злочина мотивисаних предрасудама и мржњом према припадницима таквих колективитета.

Међутим, истраживања која су спровели *Levin* и *McDevitt* о извршеним злочинима мржње показала су супротне резултате од очекиваних. Наиме, највећи број злочина мржње није извршен од стране припадника неке од екстремистичких група, напротив. Њихово учешће не прелази 10–15% укупног броја регистрованих случајева злочина мржње. На пример, у Јужној Каролини је две трећине злочина извршено од стране тинејџера или млађих особа жељних узбуђења и забаве. Иако су неки од њих подржавали симболизам Кју Клуks Клана, дела су извршавали као појединци без било каквог утицаја неке организоване екстремистичке групе. Дакле, злочине мржње најчешће врше појединци који нису повезани ни са једном организованом криминалном групом (*Levin, McDevitt, 2002: 9*).

У складу са представљеном типологијом злочина мржње у односу на конкретизовану мотивацију извршилаца дела, ови аутори представљају и типологију извршилаца злочина мржње. То су: 1. извршиоци из забаве и узбуђења (*thrill-seeking offenders*), 2. „браниоци“ (*defensive offenders*) 3. извршиоци из освете, „осветници“ (*retaliatory offenders*), и 4. мисионари (*missioners*). Иако ова подела има одређене недостатке, највећи број извршилаца злочина мржње може бити сврстан у једну од категорија према конкретизованој мотивацији у вршењу дела.

5. Остале специфичности злочина мржње као посебног облика криминалног понашања

У ранијем делу рада указали смо да, иако постоје извесна оспоравања, највећи број аутора сматра да се злочини мржње разликују од осталих

13 <https://www.splcenter.org/hate-map>, (21. 09. 2019).

облика криминалног понашања, пре свега насилничког криминалитета. И за такав став има пуно аргумената.

Висок степен друштвене опасности дела. Као основно, степен друштвене опасности кривичних дела извршених из мржње и предрасуда према припадницима одређеног колективитета несумњиво је већи од дела које је извршено према конкретизованој жртви без обзира на њено лично својство јер, осим жртве, погађа и утиче на све чланове колективитета који деле заједничке карактеристике (расу, националну или етничку припадност или порекло, вероисповест, сексуални идентитет, инвалидитет, род, полни идентитет, језик или друго својство).

Колективна виктимизираност припадника групе. Злочини мржње, како потврђују емпиријска истраживања, изазивају осећај колективне несигурности и угрожености колективитета над чијим је припадником извршено кривично дело, што доводи до колективне виктимизације припадника одређене групе. Колективна виктимизираност припадника групе указује, најчешће, и на њихове урођене виктимогене предиспозиције, јер је одређена својствима на коју жртва није могла да утиче (као што су раса, национално порекло, етничка припадност, пол, и др.).

Деперсонализација жртве. Жртве злочина мржње најчешће представљају лица која немају претходно успостављени однос за извршиоцем дела.¹⁴ Припадништво колективитету, према мишљењу извршилаца дела, мржња и предрасуде према својствима специфичне групе кључне су у таргетирању и одабиру жртве. Жртва злочина мржње практично је деперсонализована, идентитетски одређена на основу својстава других чланова колективитета или спољашње симболике која упућује на припадништво колективитету. Жртва може постати било који припадник колективитета, односно пасивни субјект се код злочина мржње најчешће бира потпуно насумично.

Стварна или претпостављена припадност жртве одређеном колективитету. Припадништво колективитету дефинисано је ставовима извршиоца према идентитету жртве. Жртва је стварни или претпостављени припадник колективитета, то искључиво зависи од предрасуда и ставова извршиоца према статусу појединца као припадника групе.

Мржња као мотив извршења. Основни мотив за извршење ових кривичних дела је мржња извршиоца према припадницима других група или колективитета. Мржња представља негативну емоцију према другим колективитетима и она је консеквенца унутрашњег доживљаја и

¹⁴ Осим код предрасуда по основу инвалидитета, где је извршилац, најчешће, лице из непосредног окружења жртве.

субјективног вредновања других од стране извршиоца. Као емоција, мржња може да има различити интензитет – од одбојности, аверзије, негативне настројености, негације других, до отвореног непријатељства према другом или другачијем. Код злочина мржње она је последица предрасуда извршилаца према специфичним колективитетима.

Предрасуде извршиоца према одређеном колективитету. Предрасуде, према дефиницији, представљају ставове који нису истинити, односно који нису засновани на разумним доказима. Предрасуде су неутемељена негативна мишљења о појединцима, догађајима, процесима или друштвеним групама, и укључују и мржњу и спремност на угрожавање или уништавање других или другачијих. Предрасуде према другачијим колективитетима не представљају, дакле, истините садржаје о специфичностима одређеног колективитета, напротив. Оне представљају ставове неистинитог и неисправног садржаја, који чине катализатор мржње према другим и другачијим припадницима група и покретач насиља, али, уједно, и оправдавајући фактор за извршиоце злочина мржње.

Насилнички карактер дела, агресивност и деструктивност. Предрасуде и мржња као мотивациони механизми злочина мржње према другим и другачијим одређују и карактер ових злочина. Оне су иманентне насиљу и агресији, па тежина извршених кривичних дела зависи од интензитета испољене мржње извршилаца дела. Феноменолошки посматрано, злочине мржње чине насилничка, агресивна и деструктивна кривична дела уперена против појединаца као чланова групе, њихове имовине или симбола колективитета. Истраживања показују да је највећи број злочина мржње извршен против особа као припадника колективитета, затим њихове имовине (око 35%) и најмање против колективитета (групе) у целини. Злочине мржње чине традиционална кривична дела насилничког (и имовинског) карактера, којима се угрожава живот, телесни интегритет, сигурност, слобода и имовина припадника колективитета, мотивисана предрасудама и мржњом извршилаца. Чине их најразличитија кривична дела од узнемиравања, увреда, прогањања, уништавања имовине, вандализма, напада на заједничке симболе колективитета, скрнављења, крађа, разбојништва, наношења телесних повреда, злостављања, силовања до убистава. Њихово набрајање има за циљ да укаже на разноликост појавних облика, а не да прецизно наведе одређена кривична дела.

Кључна чињеница за утврђивање садржаја злочина мржње су предрасуде и мржња извршиоца према неком колективитету, док је идентификација злочина мржње неопходан предуслов другачије кривичноправне реакције на дела и према извршиоцима.

Дискриминација припадника одређене групе; Успостављање односа „ми и они“. Злочини мржње имају ту специфичност да су „резултат друштвених подела, структуралних неједнакости, а тиме и насталих друштвених антагонизама. Посматрајући шире, злочини мржње су последица онога што бисмо могли назвати парадигмом различитости, односно дихотомијом групних подела на „ми и они“, која је присутна у свим друштвима, у свим историјским периодима” (Лалић, 2014: 39). Такви односи у друштву базирани су на дискриминацији припадника маргинализованих друштвених колективитета. Степен дискриминације и сегрегације различитих мањинских колективитета може бити различит и зависи, првенствено, од креираних културних модела и образаца, степена толеранције различитости и развоја модела општег друштвеног благостања. У системима у којима нема прихватања различитости и инклузивног приступа другачијим и мањинским колективитетима, дискриминација маргиналних друштвених група је израженија, а тло за вршење злочина мржње погодно.

Лично својство жртве као заједничка карактеристика припадника групе. Несумњиво је да данас, и у најразвијенијим државама и друштвеним системима, хијерархија идентитета, заснована на биолошким или друштвеним карактеристикама појединаца као делова колективитета, представља основ различитости. Лично својство жртве представља, у ствари, део заједничких карактеристика колективитета, односно идентитетско обележје групе које, истовремено, представља и основ предрасуда извршилаца злочина мржње. Раса, национално и етничко порекло или припадност, вероисповест, сексуална оријентација, род, полни идентитет или инвалидитет представљају карактеристике којима се пружа заштита од злочина мржње у већини савремених кривичноправних система. Иако је проширивање заштите на неке од колективитета у литератури оспоравано, у односу на род, полни идентитет или инвалидитет, тенденција је да и ове карактеристике групе буду предмет заједничке заштите.

Стереотипи о колективитетима и креирање модела „културе мржње“. Важна карактеристика злочина мржње јесте постојање и ширење стереотипа о другим и другачијим групама и „опасностима” које доносе „различити”. Стереотипи имају одлучујућу улогу у стварању предрасуда према одређеним колективитетима. Уколико у савременим друштвима не постоје механизми помоћу којих се утиче на уклањање стереотипа и ширења лажне слике о опасности од другачијих, долази до креирања модела „културе мржње” према којој мржња и њено испољавање постају нормалан део општих образаца понашања. Игњатовић, у том контексту,

преноси став да „у Америци расте култура мржње: од хумора, преко музике, до религије и политике ... чињеница да се она или он разликују од људи у нашој групи, користи се све више као основ за негирање људских својстава и вређање таквих појединаца” (Игњатовић, 2018: 110).

Висока тамна бројка криминалитета. Последња карактеристика овог облика криминалног понашања јесте изузетно висока тамна бројка криминалитета. Злочине мржње чине кривична дела мотивисана предрасудама и мржњом према припадницима другачијих колективитета и њихов број ће увек зависити од односа већинских група према маргинализованим, мањинским колективитетима. Дискриминаторски однос, недостатак толеранције на различитост, ширење стереотипа и стварање модела „културе мржње” према одређеним расним, верским, националним, етничким и другим колективитетима увек ће представљати погодан терен за вршење злочина мотивисаних мржњом, без обзира на прикупљене или приказане податке о броју евидентираних злочина. О њиховом стварном броју, у овој фази истраживања феномена злочина мржње можемо само размишљати. Уколико само погледамо званичне податке који су представљени у овом раду, где се у САД бележи само око 7.000 злочина мржње на годишњем нивоу, док је у Енглеској и Велсу тај број скоро 10 пута већи (према независним изворима чак и 30 пута већи), а да се број званично пријављених дела у Србији у 2017. години може избројати прстима једне руке, можемо закључити да злочине мржње карактерише висока тамна бројка криминалитета и да постоји потреба потпунијег проучавања феноменолошких карактеристика овог облика криминалног понашања.

6. Злочини мржње у Републици Србији – нова легислативна решења и пракса

Иако се мржња као мотив извршења кривичних дела према домаћем законодавству узима у обзир приликом одмеравања казне на основу општих правила о одмеравању казне, као отежавајућа околност – побуда из које је учињено кривично дело, уколико не представља елемент бића кривичног дела (као код нпр. изазивања националне, расне и верске мржње и нетрпељивости из члана 317, или убиства из других ниских побуда из члана 114, став 5), изменама и допунама Кривичног законика¹⁵ из 2012. године дошло је до усвајања новог легислативног решења које се односи на злочине мржње.

¹⁵ Кривични законик „Службени гласник Републике Србије” број 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

Новим чланом 54а предвиђена је „посебна околност за одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње”, према којем „ако је кривично дело учињено из мржње због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета” ту околност ће суд ценити као отежавајућу околност, осим ако она није прописана као обележје кривичног дела.

Усклађујући домаће законодавство са релевантним међународним изворима и упоредном праксом, законодавац се определио за решење којим се за кривично дело учињено из мржње учинилац строже кажњава, и да се та чињеница мора узети у обзир као обавезна отежавајућа околност. На тај начин обезбеђена је додатна кривичноправна заштита одређених колективитета (Стојановић, 2016: 263), на основу њихове расе, вероисповести, националне и етничке припадности, пола, родног идентитета и сексуалне оријентације, док је изостала заштита колективитета на основу инвалидитета.

Иако је ново нормативно решење усвојено 2012. године, тек након шест година у Републици Србији донета је прва пресуда у којој је мржња учиниоца узета као отежавајућа околност.¹⁶ Наиме, Први основни суд у Београду је 2. новембра 2018. године донео пресуду за кривично дело насиље у породици којим је условно на годину дана затвора осудио извршиоца који је дело извршио према свом сину, утврђујући да је дело мотивисано мржњом према његовој сексуалној оријентацији.

7. Закључак

Мржња је, посматрајући ретроспективно, преовлађујућа детерминанта у генези најтежих масовних злочина извршених у историји људске цивилизације. Истовремено, мржња представља мотив извршења традиционалних кривичних дела према жртви са којом учинилац има претходно успостављен однос.

Међутим, савремена искуства и емпиријска истраживања потврђују да постоје кривична дела која се врше из мржње и предрасуде учиниоца према припадницима одређених (другачијих) група или колективитета, односно из мржње према групи или колективитету којима жртва, по мишљењу извршиоца, припада. Реч је о злочинима мржње.

16 Комитет правника за људска права (ЈУКОМ), Саопштење за јавност – прва пресуда за злочин из мржње од 7. новембра 2018. године, <http://www.yucom.org.rs/saopstenje-za-javnost-prva-presuda-za-zlocin-iz-mrznje/>, (21. 09. 2019).

Иако њих чине традиционална насилничка (и нека имовинска) кривична дела, у раду смо покушали да изнесемо специфичности злочина мржње и представимо их као аргументе да се ради о посебном облику криминалног понашања. Висок степен друштвене опасности злочина мржње, колективна виктимизираност припадника групе, деперсонализација жртве, стварна или претпостављена припадност жртве одређеној групи, мржња као мотив извршења, предрасуде извршиоца према одређеном колективитету, насилнички карактер дела, агресивност и деструктивност, дискриминација припадника одређене групе и успостављање односа „ми и они”, лично својство жртве као заједничка карактеристика групе, постојање стереотипа о припадницима одређених група и креирање модела „културе мржње” и висока тамна бројка криминалитета представљају специфичности које су морају узети у обзир приликом проучавања феномена злочина мржње и то као посебног облика криминалног понашања.

На крају рада представљено је ново нормативно решење у кривичном законодавству Републике Србије, према којем се мржња према заштићеним колективитетима мора узети у обзир као обавезна отежавајућа околност приликом одмеравања казне, и наведен је пример прве пресуде у којој је мржња према сексуалној оријентацији жртве окарактерисана као злочин мржње.

Литература/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, (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. 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).

Игњатовић, Ђ. (2005). Злочини мржње. *Правни живот*. 9(1), 3–12.

Игњатовић, Ђ. (2018). *Криминологија*. Београд: Правни факултет; 109–110;

Ковачевић, М. (2009). Злочини мржње. *Темид*. бр. 4, 93–103.

Комитет правника за људска права (ЈУКОМ), Саопштење за јавност – прва пресуда за злочин из мржње од 7. новембра 2018. године, <http://www.yucom.org.rs/saopstenje-za-javnost-prva-presuda-za-zlocin-iz-mrznje/>, (Preuzeto 21. 09. 2019).

Константиновић Вилић С., Николић Ристановић В., Костић, М. (2010). *Криминологија*. Београд: Прометеј.

Кривични законик „Службени гласник Републике Србије” број 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

Лалић, В. (2014). *Злочини мржње у Босни и Херцеговини*. Докторска дисертација. Универзитет у Београду, Факултет безбедности.

Levin, J; McDevitt, J. (2002). *Hate Crimes*. Northeastern University.

(Prepared for Encyclopedia of Peace, Violent and Conflict (2008). 2nd edition. Academic Press) <https://jacklevinsonviolence.com/articles/HateCrimes-sency92206FINAL.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-2009-0, (Preuzeto 21. 09. 2019).

Милашиновић С., Симеуновић Патић, Б. (2010). Злочини мржње. *Култура полиса*. 13–14,

(VII), 389–412;

Павловић, М. (2008). Злочини мржње у контексту ресторативне правде. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* бр. 1–2/2008, 857–872.

Стојановић, З. (2016). *Коментар Кривичног законика*. Београд: Службени гласник;

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 РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

Андреј Благојевић,* МА

Асистент, Департман за комуникологију и новинарство,
Филозофског факултета Универзитета у Нишу

Др Ивана Стојановић,*

Доцент, Департман за комуникологију и новинарство,
Филозофског факултета Универзитета у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-23439

UDK: 070:34(497.11)

34

179.1(497.11)

Рад примљен: 01.10.2019.

Рад прихваћен: 04.11.2019.

**ПРАВНИ И ЕТИЧКИ АСПЕКТИ НОВИНАРСТВА
У СРБИЈИ: КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА ЗАКОНА
О ЈАВНОМ ИНФОРМИСАЊУ И МЕДИЈИМА
И КОДЕКСА НОВИНАРА СРБИЈЕ****

Апстракт: Положај новинара, који у савременом друштву све више изискује непристрасност и независност, обезбеђује се комплементарношћу правних и етичких норми у области медија. Отуда се и овај рад бави проблемом етичких и правних норми у медијима кроз упоређивање Закона о јавном информисању и медијима из 2014. године, као кровног медијског закона који се односи на правни статус новинара, са најзначајнијим актом из области новинарске етике у Србији – Кодексом новинара Србије из 2006. године. У раду ће, најпре, бити речи о односу етике и права, као и њиховом значају на пољу медија. Затим ће се укратко представити правни оквир медија у Србији, као и етичке норме које се односе на новинаре. На крају, компаративна анализа Закона о јавном информисању и медијима и Кодекса новинара Србије указаће на подударана правних и етичких норми у два најбитнија акта из ових области, али исто тако и на постојање разлика између њих.

Кључне речи: медији, медијски закони, етичке и правне норме, Закон о јавном информисању и медијима, Кодекс новинара Србије.

* andrej.blagojevic@filfak.ni.ac.rs

* ivana.stojanovic.prelevic@filfak.ni.ac.rs

** Рад је изложен 12. 4. 2019. на Правном факултету у Нишу у оквиру научне конференције „Право и мултидисциплинарност“.

1. Увод

Медији су одувек имали доминантну улогу у обликовању јавног мњења. Препознавајући тај утицај, свака владајућа структура покушавала је да тај утицај на сваки могући начин ограничи. Међутим, подвођење новинарске професије под регулаторне оквире одувек је било осетљиво питање. У оквиру тога државе су кроз историју доносиле правне прописе који би гарантовали слободу изражавања, а тиме посредно или непосредно – и слободу штампе. У нашој земљи први прописи везани за слободу штампе јављају се у 19. веку. Уредба о цензури из 1841. године сматра се првим прописом о штампи, иако је њена намена била ограничавање те слободе у корист власти (Тодоровић, 2012). Први устав који је садржао слободу штампе био је Устав из 1869. године, у чијем члану 32 је гарантована слобода мисли посредством штампе, али „саображавајући се у томе прописима закона“, што значи да је овај члан Устава упућивао на закон, те је наредне године донет и први закон у области штампе – Закон о печатњи (Тодоровић, 2012: 445). Важећи закон у овој области данас је Закон о јавном информисању и медијима, донет као део сета медијских закона и 2014. године.

С друге стране, у нашој земљи тек 2006. године долази до усвајања новинарског кодекса чији су потписници најзначајнија новинарска и медијска удружења. Овом кодексу, који је допуњен 2013. године, као гарант поштовања његових одредби стоји Савет за штампу, као саморегулаторно тело које одлучује о жалбама појединаца. Важећи Закон о јавном информисању и медијима и Кодекс новинара Србије сматрају се најзначајнијим документима у области медија у Србији. Закон представља, на неки начин, „костур“ новинарске професије у нашој земљи, односно општи оквир јавног информисања, али истовремено оставља довољно простора медијским посленицима да сами уреде своју професију. Кодекс, са друге стране, садржи стандарде професионалног поступања новинара, односно права и обавезе новинара.

Како су правни и етички аспект у области новинарства уско повезани, то ће циљ овог рада бити упоредно приказивање два најзначајнија документа за медије у Србији, првог из области права – Закона о јавном информисању и медијима, и другог из области етике – Кодекса новинара Србије, како би се одредио њихов однос, односно испитала њихова усаглашеност. Најпре ће бити приказан кратак осврт на однос права и морала, као и на етичност новинарства у Србији, да би се затим извршила упоредна анализа Кодекса новинара Србије и Закона о јавном информисању и медијима.

2. Однос права и морала

Право се може дефинисати на следећи начин: “Право нам даје прилику да учинимо нешто што други нема права да нас спречи да учинимо. Ако одлучимо да искористимо то право и заиста учинимо оно што имамо право да учинимо, тада преузимамо одговорност за начин на који смо одлучили да поступимо и за последице наших одлука по нас саме и друге” (Деј, 2004: 66). Деј објашњава право у општем смислу и указује на одговорност коју стичемо, преузимајући обавезу да нешто учинимо, и то на основу права које нам је додељено.

Треба истаћи да је морал различито тумачен кроз историју и има вишеструко значење. Може се рећи да представља скуп одређених правила, обичаја, писаних и неписаних норми којима се уређују друштвени односи. Код нас се реч „морал“ употребљава у неутралном и вредносном смислу. Први смисао је онај када говоримо о обичајима, навикама и понашању једне генерације и слично. Други је када се морал узима у супротности са неморалом (Николић, 2010).

Када се говори о повезаности права и морала, често се мисли на њихов однос, па се овде поставља питање: да ли је могуће да је једно правило правно зато што је морално обавезујуће, тј. да ли је могуће да једно правило буде правно обавезујуће али и морално неприхватљиво? Правни филозофи дају различита објашњења природе права, те се могу издвојити лингвистичко, институционално и позитивистичко објашњење.

Лингвистичко објашњење долази из аналитичке филозофске струје, у оквиру које су правни филозофи лингвистичке оријентације покушавали да објасне реч „закон“. С обзиром на то да постоје различити закони, од закона природе, Божијег закона, закона мишљења итд., било је неопходно објаснити и контексте у којима се ова реч користи. Институционални приступ је настао под утицајем лингвистичког приступа и Бентамове филозофије. У овом приступу базична интуиција (БИ) је полазиште за даљу критичку рефлексију. БИ гласи: “Право се бави оним разлозима на које се примерено ослањају судови када оправдавају своје одлуке” (Раз, 2005: 217). Међутим, овај заговорник позитивистичког приступа сматра да на нашу одлуку често утиче морал, те он теорију пресуђивања изједначава са моралном теоријом. Пресуђивање укључује и правне и изванправне разлоге и бави се моралном аргументацијом. Анализирајући власт, и то практичну власт, Раз примећује да се налози власти од налога других актера разликују по томе што имају одлучан статус и закључује да се право састоји од позитивистичких елемената које спроводе судови.

3. Етичност новинарства у Србији – Кодекс новинара Србије 2006.

Новинарска етика, као врста примењене етике, одређена је односом моралних обавеза које новинар има као грађанин и као професионални новинар (Жакет, 2007). Ово показује да моралност има кључну улогу при доношењу одлука моралног агента. Моралност се пак објашњава као лична етика коју стичемо током живота. С обзиром да сама организација посла унутар медијских кућа налаже да коначну одлуку доноси уредник, следи да на коначну одлуку о томе шта ће бити објављено утиче моралност уредника. Овако би изгледала медијска стварност у друштвима у којима постоји слобода медија. Историја показује да се одлуке унутар медија доносе у зависности од режима медија, па тако можемо говорити о тоталитарном, комунистичком, либертаријанском систему и систему друштвене одговорности.

Што се тиче етичности новинарства у Србији, оно је у великом паду последњих година, као и у свету уопште. Директно са падом етичности смањује се и поверење јавности у медије. Трка за што већом гледаношћу, са једне стране, и цензура медија, са друге, нарушавају углед новинарске професије. Политички утицај, утицај власника медија, као и утицај оглашивача јесу универзалне негативне појаве новинарства које нарушавају његову независност. Због тога је постојање етичких кодекса у новинарству од изузетног значаја. Ипак, „познавање кодекса је недовољно без његовог разумевања и поштовања“ (Стојановић Прелевић, 2018: 97).

Први кодекс су саставила два новинарска удружења Србије, УНС (Удружење новинара Србије) и НУНС (Независно удружење новинара Србије), у сарадњи са Асоцијацијом медијских фотографа Србије (АМФС). Овај кодекс је усвојен у октобру 2006. године, а допуњен крајем 2013. године још једним начелом. Начела Кодекса се односе на најзначајније принципе у новинарству као што су: истинитост у извештавању, новинарска независност, забрана корупције и сукоба интереса, различите врсте одговорности новинара, новинарска пажња, однос према изворима информисања, заштита приватности, извештавање дозвољеним средствима, заштита од интелектуалне крађе, као и општи принципи заштите новинара.

4. Медијско право у Србији – Закон о јавном информисању и медијима из 2014.

Демократским променама из 2000. године дошло је до доношења Закона о радиодифузији и новог Закон о јавном информисању. Ова два закона дуго су важила за кровне законе у области медијског законодавства. Закон о

радиодифузији из 2002. године је значајан по томе што је њиме предвиђено оснивање независног регулаторног тела РРА, као и по томе што је њиме предвиђена трансформација државне радио-телевизије у јавни радиодифузни сервис. Закон о јавном информисању из 2003. године такође је представљао искорак у демократском смислу, прописујући широк спектар медијских слобода.

Као најважнији циљеви Медијске стратегије за период од 2011–2016. године истакнути су: повлачење државе из свих јавних гласила, унапређење медијске писмености и доношење сета медијских закона – Закона о јавном информисању и медијима, Закона о електронским медијима, као и Закона о јавним медијским сервисима. Ова три закона из 2014. године непосредно се односе на област медија, и у кохезији су са Законом о оглашавању, Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја, Законом о заштити података о личности, Законом о електронским комуникацијама, као и другим законима који се посредно односе на област јавног информисања, и представљају важеће медијско законодавство у Србији.

Важећи Закон о јавном информисању и медијима сматра се основним медијским законом у Србији. У уводним одредбама могу се уочити основни појмови медијског права, као и појам јавног интереса у јавном информисању. Новина јесте регулисање суфинансирања пројеката у области јавног информисања ради остваривања јавног интереса. Поред тога, Закон детаљно уређује медије, прописујући обавезу постојања импресума, скраћеног импресума и идентификације, као и обавезу вођења регистра медија. Гарантује се заштита медијског плурализма и слободна дистрибуција медија и медијских садржаја. Прописана је и обавеза привременог чувања медијског записа, као и поступак у вези одговора и исправке информације. За медијске посленике од изузетног значаја су одредбе везане за уреднике, новинаре, професионална удружења новинара и представнике иностраних медија, као и посебна права и обавезе у јавном информисању и информације о личности. Такође, закон пружа судску заштиту у медијским споровима и прописује правила у вези судских поступака.

5. Упоредна анализа Закона о јавном информисању и медијима и Кодекса новинара Србије

Као што је већ напоменуто, циљ ове анализе је да укаже на однос моралних и правних норми у области медија на примеру два најзначајнија документа у обе сфере – Кодекса новинара Србије и Закона о јавном информисању и медијима. Разлог упоређивања ова два документа јесте тај што у домену

закон, Закон о јавном информисању и медијима представља „кровни“ закон који је носилац медијског права у Србији, исто као што Кодекс новинара Србије представља најважнији кодекс у новинарству, с обзиром на то да су га донела најрепрезентативнија удружења у области медија. Аналогија се може уочити и у томе што су гарант за оба ова документа тела која се старају о њиховом спровођењу, за Закон је то суд, док је за Кодекс то Савет за штампу. Истраживање ће, дакле, имати за циљ да анализира норму ова два документа. С обзиром на то да Закон о јавном информисању обухвата ширу материју у односу на Кодекс, који је концентрисан на права и обавезе новинара и уредника, методологија овог истраживања биће заснована на упоређивању и проучавању начела Кодекса новинара Србије и чланова у оквиру тих начела са главама и члановима Закона о јавном информисању и медијима. Због те своје ширине, одређене главе Закона које нису ни у непосредној ни посредној вези са Кодексом неће бити предмет анализе.

5.1. Преамбула

С обзиром на то да Закон о јавном информисању и медијима нема преамбулу, не може се спровести адекватна упоредна анализа. Иако се и Преамбула Кодекса и основне одредбе Закона могу сагледати као уводни делови оба документа, због њихове различите природе, упоређивање треба узети условно. Закон у уводним члановима предвиђа да начин остваривања слободе јавног информисања обухвата и „слободу формирања и изражавања идеја и мишљења“¹, што одговара образложењу Преамбуле где се наводи да стандарди Кодекса „пропагирају залагање за слободу мишљења, говора и изражавања“². У оквиру Преамбуле Кодекса утврђује се дужност новинара да „интерес јавности за потпуним, благовременим и истинитим информисањем ставе изнад свих других интереса“³, што је слично Закону чији члан гарантује право сваког да „истинито, потпуно и благовремено буде обавештен о питањима од интереса за јавност“⁴. Такође, и Преамбула у образложењу: „Издавач/власник има неспорно право да остварује пословну добит...“⁵ као и Закон у члану 11: „Сви су дужни да поштују права издавача медија...“⁶, помињу права издавача медија.

1 Члан 3, став 2 Закона о јавном информисању и медијима. *Службени гласник РС*. Бр. 83/2014, 58/2015, 12/2016 – аутентично тумачење

2 Преамбула, Образложење, Кодекс новинара Србије. Диа-Арт 2015.

3 Преамбула, Образложење, КНС

4 Члан 5, став 2, ЗОЈИМ

5 Преамбула, Образложење, КНС

6 Члан 11, став 1, ЗОЈИМ

Ипак, већи део анализиране материје Преамбуле Кодекса односи се на образложења чланова, док чланови Кодекса нису директан предмет ове упоредне анализе.

5.2. Истинитост извештавања

Темељна вредност новинарства садржана је и у Кодексу и Закону, додуше, у Закону није издвојена као целина као у Кодексу, тако да одговарајуће одредбе треба тражити у различитим главама Закона. Обавеза новинара да „тачно, објективно, потпуно и благовремено извести о догађајима од интереса за јавност поштујући право јавности да сазна истину“⁷, може се уочити у основним одредбама Закона, где се прокламује да „свако има право да истинито, потпуно и благовремено буде обавештен о питањима од јавног значаја и средства јавног обавештавања су дужна да то право поштују“⁸. Такође, исти члан Кодекса може се уочити и у дефинисању јавног интереса у јавном информисању, где је као прва тачка наведено „истинито, непристрасно, правовремено и потпуно информисање свих грађана Републике Србије“⁹, а исто тако и у обавези новинарске пажње у Закону, да уредник и новинар треба да провере порекло информације, њену „истинитост и потпуност“¹⁰. У оквиру овог начела Кодекса налази се и члан који предвиђа дужност новинара да назначи извор информације коју преноси. Даље следи да „уколико извор не жели да буде откривен, новинари и уредници поступају са дужном професионалном пажњом“, док смерница додаје да „од овог правила може да се одступи уколико се информација односи на планирање неког злочина, или кршење уставног поретка и безбедности државе, када је обавеза редакције да то пријави надлежним органима“¹¹. Овај члан означен је као новинарска тајна у 8. глави Закона, и може се рећи да су ова два члана истоветна – „Новинар није дужан да открије извор информације, осим података који се односе на кривично дело, односно учиниоца кривичног дела...“¹². Дакле, иако само два од пет чланова начела Истинитост извештавања имају своје место у Закону о јавном информисању и медијима, ипак се може закључити да је темељни принцип овог начела садржан у одредбама Закона.

7 Начело 1, члан 1, КНС

8 Члан 5, став 2, ЗОЈИМ

9 Члан 15, тачка 1, ЗОЈИМ

10 Члан 9, став 1, ЗОЈИМ

11 Начело 1, Члан 3, КНС

12 Члан 52, ЗОЈИМ

5.3. Независност од притисака

Упоређујући Кодекс са одредбама Закона, могу се уочити норме које се односе на сва три члана Кодекса. Први члан односи се на супротстављање притиску и на цензуру, односно да „новинар треба да се супротстави сваком притиску на слободно обављање професије, као и сваком виду цензуре“¹³. Цензура се у Закону помиње уопштено у оквиру прве главе закона, да „јавно информисање је слободно и не подлеже цензури“¹⁴, док се у истом члану помиње и супротстављање притисцима, да се не сме „угрожавати слободан проток информација путем медија, као ни уређивачка аутономија медија, а нарочито вршењем притиска, претњом, односно уценом уредника, новинара или извора информација“¹⁵.

Следећи члан овог начела Кодекса односи се на интересе издавача, па се наводи да „економски и политички интереси издавача не смеју да утичу на уређивачку политику на начин који би имао за последицу нетачно, необјективно, непотпуно и неблаговремено информисање јавности“¹⁶. Аналогно њему стоји члан Закона који је уопштен, па се може односити и на издаваче. У њему се наводи да се слобода јавног информисања не сме „повређивати злоупотребом службеног положаја и јавних овлашћења, својинских и других права, као ни утицајем и контролом над средствима за штампање и дистрибуцију новина...“¹⁷.

Последњи члан начела Независност од притисака штити новинара тако што каже да „новинар се не може присилити на изражавање мишљења противног његовој савести“, док смерница додаје да новинар „не може бити кажњен због одбијања да извештава супротно својим опредељењима и моралним начелима“¹⁸. Овом члану одговара члан у оквиру дела Закона који се односи на уреднике, новинаре, професионална удружења новинара и представнике иностраних медија, који наводи да „Новинару не може престати радни однос, умањити се уговорена зарада или уговорена накнада за рад, нити се на други начин ставити у неповољнији положај због тога што је у јавном гласилу објавио истиниту тврдњу или изнео мишљење, као ни због тога што је своје мишљење изнео ван медија као лични став“¹⁹. Закључак је да Закон познаје све одредбе начела које се

13 Начело 2, члан 1, КНС

14 Члан 4, став 1, ЗОЈИМ

15 Члан 4, став 3, ЗОЈИМ

16 Начело 2, члан 2, КНС

17 Члан 4, став 5, ЗОЈИМ

18 Начело 2, члан 3, КНС

19 Члан 49, ЗОЈИМ

односи на независност од притисака, иако те одредбе нису систематизоване у оквиру посебне главе Закона.

5.4. Спречавање корупције и сукоба интереса

Начело које се односи на спречавање корупције и сукоба интереса нема своје место у Закону о јавном информисању и медијима. Конкретно, чланови начела који се односе на став новинара према стицању материјалне користи, према примању поклона, као и према подношењу путних трошкова, није уређен законом, што значи да је питање корупције у новинарству искључиво ствар струке, и да то не треба регулисати законом. Такође, у погледу сукоба интереса, своје место у Закону немају ни чланови начела Кодекса који се односе на извештавање новинара о темама у којима он има приватни интерес, на његову дужност да учини све како би избегао сукоб интереса, на неспојивост новинарства са ПР-ом, агенцијама за лобирање, државним органима и институцијама и политичким партијама, као и на забрану извештавања новинара о субјектима са којима има пословне односе. Једина одредба Закона која би могла условно да се уврсти у ово начело Кодекса је члан 4, став 5, који забрањује повреду слободе јавног информисања „злоупотребом службеног положаја и јавних овлашћења, својинских и других права, као ни утицајем ни контролом над средствима за штампање и дистрибуцију новина...“²⁰, међутим, ова одредба је постављена прешироко и односи се на целокупно јавно информисање, тако да је не би требало узети у обзир као норму аналогну члановима у оквиру начела који се односе на однос новинара према корупцији и личним интересима. Дакле, чланови овог начела Кодекса нису предмет законског регулисања.

5.5. Одговорност новинара

Значај овог начела законодавац у потпуности препознаје. Иако у оквиру овог начела наилазимо на различите видове одговорности новинара, највећи број чланова/одговорности имају своје место и у Закону, додуше не систематски уређено као што је то случај са Кодексом. Први члан овог начела Кодекса наглашава одговорност новинара према јавности, док смерница прецизира да новинар треба да извести уредника „уколико се његови лични и други интереси преплићу са професионалним дужностима“²¹. У оквиру Закона можемо уочити сличну одредбу, да „новинар има право да одбије да изврши налог уредника ако би се поступањем у складу с тим

20 Члан 4, став 5, ЗОЈИМ

21 Начело 4, члан 1, КНС

налогом кршио пропис, правила струке и етика новинарске професије²². Други део првог члана начела Одговорност новинара прописује обавезу новинара да „се мора супротставити свима који крше људска права или се залажу за било коју врсту дискриминације, говор мржње и подстицање насиља“²³. За овај члан начела можемо везати већи број одредби Закона, што указује на важност поштовања људских права, односно забране дискриминације, говора мржње и подстицања насиља путем медија, због много веће опасности које ове радње могу изазвати путем медија, него што те радње могу изазвати у свом основном облику. Забрана дискриминације и подстицања насиља може се уочити у основним одредбама Закона, где се наводи да је забрањена „непосредна и посредна дискриминација уредника медија, новинара и других лица у области јавног информисања...“²⁴, и „физички напад на уредника, новинара и друга лица која учествују у прикупљању и објављивању информација путем медија кажњава се на основу закона“²⁵. Говор мржње је у оквиру закона истакнут кроз Посебна права и обавезе у јавном информисању, у члану који носи назив Забрана говора мржње: „Идејама, мишљењем, односно информацијама, које се објављују у медијима не сме се подстицати дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог припадања или неприпадања некој раси, вери, нацији, полу, због њихове сексуалне опредељености или другог личног својства...“²⁶, док су у наредном члану одређена и два услова у којима долази до ослобођења од одговорности за говор мржње. Такође, као разлог забране дистрибуције информације Закон наводи и право јавног тужиоца, уколико се позива на „акт непосредног насиља према лицу или групи на основу расе, националне припадности, политичке припадности, вероисповести, сексуалне опредељености, инвалидитета или другог личног својства, а од објављивања информације непосредно прети озбиљна и непоправљива последица чије се наступање не може спречити на други начин“²⁷. Повреда забране говора мржње се појављује у Закону и као основ за покретање судског потупка²⁸.

Други члан овог начела односи се на недопустивост фалсификовања и плагирања у новинарству, и може се пронаћи смерница да се „коришћење туђих информација, идеја, истраживања, фотографија и графичких приказа

22 Члан 50, ЗОЈИМ

23 Начело 4, члан 1, КНС

24 Члан 4, став 2, ЗОЈИМ

25 Члан 4, став 3, ЗОЈИМ

26 Члан 75, ЗОЈИМ

27 Члан 59, ЗОЈИМ

28 Члан 101, ЗОЈИМ

без адекватног навођења извора, сматра плагирањем и представља једну од најтежих повреда професионалних и етичких стандарда²⁹. Међутим, у Закону не постоји одговарајућа одредба овој смерници. Врло је значајно да и Кодекс и Закон познају појам претпоставке невиности у новинарству, и трећи члан овог начела Кодекса наводи да је новинар „дужан да поштује претпоставку невиности и не сме никога прогласити кривим до изрицања судске пресуде“³⁰. У оквиру једанаесте главе Закона наилазимо на претпоставку невиности као прво од посебних права и обавеза у јавном информисању: „...нико се у медију не сме означити учиниоцем кажњивог дела, односно огласити кривим или одговорним пре правноснажности одлуке суда.“³¹ Закључује се да су ова два члана готово идентична.

Четврти члан Кодекса односи се на децу и забрањује новинару „да користи непримерене, узнемиравајуће, порнографске и све друге садржаје који могу имати штетан утицај на децу“³², док наредни члан прописује дужност новинара „да поштује и штити права и достојанство деце, жртава злочина, особа са хендикепом и других угрожених група“³³. Закон не помиње заштиту жртава злочина, особа са хендикепом и других угрожених група, већ само право на информисање особа са инвалидитетом и националних мањина. Закон пружа посебну заштиту малолетницима, прописујући да се мора водити рачуна „да садржај медија и начин дистрибуције медија не нашкоде моралном, интелектуалном, емотивном или социјалном развоју малолетника“³⁴, као и да се не сме „на начин доступан малолетницима јавно излагати штампани медиј са порнографским садржајем“³⁵.

Наредни члан Кодекса тиче се културе и етичког изражавања, док Закон не садржи одредбе које се односе на културу јавне речи. Међутим, други део истог члана Кодекса каже да новинар „поштује право на одговор, извињење и исправку и дужан је да благовремено објави одговарајућу исправку“³⁶, додајући да су медији дужни да без одлагања објаве тачну и потпуну информацију. У Закону је цела осма глава посвећена одговору на информацију и исправку информације, додуше, односи се на одговорног уредника, као и на судске поступке у вези са одговором на информацију

29 Начело 4, Члан 2, КНС

30 Начело 4, члан 3, КНС

31 Члан 73, ЗОЈИМ

32 Начело 4, члан 4, КНС

33 Начело 4, члан 5, КНС

34 Члан 76, ЗОЈИМ

35 Члан 77, ЗОЈИМ

36 Начело 4, Члан 6, КНС

и исправке информације, тако да би у том случају требало узети у обзир само одредбу која се односи на управни поступак који се односи на право на одговор на информацију: „лице на које се односи информација, која може да повреди његово право или интерес, може од одговорног уредника захтевати да, без накнаде, објави одговор у коме оно тврди да је информација неистинита, непотпуна или нетачно пренета“.³⁷ Последњи члан Кодекса се односи на забрану комерцијалног или политичког оглашавања у форми новинарског извештаја, али се сличан члан не може пронаћи у Закону. Дакле, законодавац је препознао готово све одговорности новинара које Кодекс налаже, иако, као што су то показала претходна начела, нема систематизоване целине.

5.6. Новинарска пажња

„Новинар је обавезан да приступа послу са дужном професионалном пажњом“³⁸ јесте први члан начела Новинарска пажња. Такође, Закон познаје новинарску пажњу, наводећи да су уредник и новинар дужни „да с пажњом примереном околностима, пре објављивања информације која садржи податке о одређеној појави, догађају или личности, провере њено порекло, истинитост и потпуност“.³⁹

Наредна два члана Кодекса немају своје „двојнике“ у Закону, а односе се на поверење које је извор има код новинара, као и изједначавање прећуткивања чињеница са изношењем неистине. Последњи члан Кодекса се у нешто измењеном облику налази у претходном начелу. Истиче се да „новинар мора бити свестан опасности од дискриминације коју могу да шире медији и учиниће све да избегне дискриминацију засновану, између осталог, на раси, полу, старости...“⁴⁰. Овоме одговарају већ анализирани члан 4, став 2, као и члан 75, оба у вези са дискриминацијом. Закључак је да је новинарска пажња као вредност препозната у оба документа, иако одредбе које је објашњавају нису у непосредној вези.

5.7. Однос према изворима информисања

Начело Кодекса које се односи на изворе информисања нема своје место у Закону, па се може рећи да је законодавац у потпуности ову материју препустио струци. Једини члан који се тиче односа новинара и извора

37 Члан 83, став 1, ЗОЈИМ

38 Начело 5, члан 1, КНС

39 Члан 9, став 1, ЗОЈИМ

40 Начело 5, члан 4, КНС

информисања јесте већ анализирани члан Новинарска тајна који гарантује анонимност извора, али и обавезу у којој ситуацији се извор мора открити.

5.8. Поштовање приватности

Удружења која су саставила Кодекс новинара Србије, као и писац Закона о јавном информисању и медијима увидели су значај приватних информација у области медија, па се једно начело Кодекса, које садржи четири члана, и једна глава Закона, која такође садржи четири члана, тичу приватности. Први члан Кодекса каже да новинар „поштује приватност, достојанство и интегритет људи о којима пише. Право на приватност сужено је када је реч о јавним личностима, а посебно носиоцима јавних функција“.⁴¹ Даље се забрањује изношење имена и фотографија, као и података жртава и починилаца путем којих их је могуће идентификовати. Поред тога, у оквиру овог члана прецизира се да се подаци из приватног живота јавних личности могу учинити доступним јавности искључиво уколико је то у интересу јавности. Упоредујући ове чланове и смернице Кодекса са Законом, први члан главе Закона који се тиче информација о личности каже да „достојанство личности лица на које се односи информација правно је заштићено“⁴², као и да је „информација из приватног живота, односно лични запис...запис лика (фотографски...запис гласа...не може се објавити без пристанка лица чијег се приватног живота информација тиче, односно лица чије речи, лик, односно глас садржи...“⁴³.

Заштита жртава насиља у медијима је правно регулисана на следећи начин: „Приказом или описом сцене насиља у медију или медијском садржају не сме се повредити достојанство жртве насиља“⁴⁴. Што се тиче заштите јавних личности и функционера, Закон их помиње међу таксативно наведеним изузецима од објављивања приватних информација и записа без пристанка лица на које се односе, на следећи начин: „ако се информација, односно запис, односи на личност, појаву или догађај од интереса за јавност, посебно ако се односи на носиоца јавне или политичке функције, а објављивање информације је у интересу националне безбедности, јавне сигурности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или злочина, заштите здравља или морала, или заштите права и слобода других“⁴⁵. Корелативно овој одредби, у основним одредбама овог закона налази

41 Начело 7, члан 1, КНС

42 Члан 79, став 1, ЗОЈИМ

43 Члан 80, став 1, ЗОЈИМ

44 Члан 79, став 3, ЗОЈИМ

45 Члан 82, став 2, тачка 2, ЗОЈИМ

се и обавеза носилаца јавне и политичке функције „да трпи изношење критичких мишљења, која се односе на резултате његовог рада, односно политику коју спроводи...“⁴⁶.

Други и трећи члан Кодекса кажу да треба избегавати „спекулације и преношење недовољно проверљивих ставова у извештавању о несрећама и трагедијама...“⁴⁷, као и да „у извештавању о догађајима који укључују лични бол и шок, новинар је дужан да своја питања прилагоди тако да одражавају дух саосећања и дискреције“⁴⁸. Они се пре могу везати за истинитост извештавања и новинарску пажњу, што се у Закону може пронаћи у анализираном деветом члану⁴⁹. Последњи члан овог начела тиче се приватних информација малолетника, па се новинар обавезује „да осигура да дете не буде угрожено или изложено ризику због објављивања његовог имена, фотографије или снимка са његовим ликом, кућом, заједницом у којој живи или препознатљивом околином“⁵⁰. Аналогно томе, у Закону стоји одредба: „Малолетник се не сме учинити препознатљивим у информацији која може да повреди његово право или интерес“⁵¹, као и већ анализиран члан о заштити малолетника као посебним правима и обавезама у јавном информисању⁵². Дакле, може се рећи да је и са етичке и са правне стране препозната заштита приватних информација у сфери медија.

5.9. Коришћење часних средстава

Ово начело Кодекса у првом члану каже да „у прикупљању информација, фотографија, докумената, звучних и видео записа новинар ће се користити само часним средствима“⁵³. То значи да се неће објавити материјал прибављен путем скривених направа, изузев када се тиме штити јавни интерес. Овај члан нема своје место у Закону, већ се делимично може уочити у претходно анализираној глави Закона – Информације о личности, где се лични запис (писмо), запис лика (фотографија), запис гласа (магнетофонски) не може објавити без пристанка лица на које се

46 Члан 8, ЗОЈИМ

47 Начело 7, члан 2, КНС

48 Начело 7, члан 3, КНС

49 Члан 9, став 1, ЗОЈИМ

50 Начело 7, члан 4, КНС

51 Члан 80, став 2, ЗОЈИМ

52 Члан 77,

53 Начело 8, члан 1, КНС

записи односе⁵⁴. Међутим, други део члана који се односи на изузетак може се пронаћи у такође анализираним основним одредбама Закона, где се наводи да се путем медија објављују информације о појавама, догађајима и личностима о којима јавност има оправдан интерес да зна, „без обзира на начин на који су прибављене информације...”⁵⁵. Остали чланови овог начела тичу се забране вршења притисака на приватно лице од стране самог новинара, изузев у случају јавног интереса, али се исто тако у сврху јавног интереса подстиче вршење притисака према државним и другим институцијама⁵⁶. Изузев норми Закона које се односе на поменуте случајеве примата јавног интереса над приватним, ови чланови Кодекса немају своје регулативну афирмацију.

5.10. Поштовање ауторства

Иако ово начело већ у свом првом члану упућује на Закон о заштити ауторског права, ипак се у одредбама Закона могу уочити одређене одредбе овог члана које се односе на навођење аутора приликом објављивања туђег материјала. Раније поменути члан 9 Закона каже да се преузете информације, идеје и мишљења пренесу веродостојно и потпуно, а „ако се информација преузима из другог медија – да наведу и назив тог медија”⁵⁷. Остали чланови начела о ауторству односе се на право новинара да не потпише туђе записе као своје, да архивски аудио и видео записи морају да буду означени као архивски, као и на обавезу уредника да не потпише новинара уколико би тиме била угрожена безбедност новинара. Трећи члан начела наводи да „новинар треба да одбије да потпише текст, фотографију, цртеж, илустрацију, звучни или видео запис... када је уредничком, лекторском или другом интервенцијом измењен тако да је промењен његов смисао, као и уколико су те измене супротне мишљењу и уверењу новинара...”⁵⁸. У Закону је ово дефинисано као право новинара на аутентичност прилога, на следећи начин: „Прилог новинара чији је смисао измењен у уређивачком поступку не сме се објавити под његовим именом без његовог пристанка”⁵⁹. Дакле, законодавац је поклонио одређену пажњу питањима ауторства, али се не може рећи да ово начело Кодекса има своје место у Закону.

54 Члан 80, став 1, ЗОЈИМ

55 Члан 5, став 1, ЗОЈИМ

56 Начело 8, члан 2-4, КНС

57 Члан 9, став 2, ЗОЈИМ

58 Начело 9, Члан 3, тачка 1, КНС

59 Члан 51, ЗОЈИМ

5.11. Заштита новинара

Последње начело је уопштеног карактера и тиче се сигурности новинара. Напомиње се да уколико се придржава Кодекса, „новинар ужива подршку и заштиту свог професионалног удружења“⁶⁰, као и да уколико се придржава професионалних и етичких стандарда, „има право на правну и материјалну помоћ...“⁶¹. У оквиру Закона, одредба која се односи на заштиту од стране удружења јесте следећа: „Удружење новинара има правни интерес за мешање у радном спору у коме учествује члан тог удружења, ако се он томе не противи“⁶². Последњи члан Кодекса је, на неки начин, заштита других од деловања новинара, и прокламује да „свако ко сматра да је новинар повредио неку од одредби овог Кодекса, може се обратити Суду части и Савету за штампу“⁶³. Такође условно, аналогно овом члану, могле би се сагледати одредбе Закона које се односе на одредбе о заштити пред судом које су већ биле предмет анализе, и то како одредбе везане за право на одговор и право на исправку информације⁶⁴, тако и одредбе које се односе на судску заштиту⁶⁵.

6. Дискусија и закључак

На основу упоредне анализе Кодекса и Закона могу се уочити одређене подударности. Закон препознаје већину новинарских вредности, као што су истинитост извештавања, новинарска пажња, претпоставка невиности у информисању, новинарска тајна, и неке од њих на готово истоветан начин и дефинише. Такође, одређене одредбе које су предмет и Закона и Кодекса јесу забрана говора мржње, одговор и исправка информације, право новинара да не извештава супротно својим убеђењима, као и да не дозволи објављивање прилога под његовим именом уколико је уреднички измењен. У оба документа посвећена је посебна пажња заштити малолетника од утицаја медија. Међутим, највећи степен аналогije у односу ова два документа јесу информације из домена приватности, којима и Кодекс и Закон даје значајно место, у оквиру целе једне главе Закона, односно начела Кодекса. Са друге стране, одређена начела Кодекса немају своје место у Закону, и *vice versa*. На пример, законодавац није имао интерес да уреди однос новинара и извора информисања, већ је то препустио

60 Начело 10, члан 1, КНС

61 Начело 10, члан 2, КНС

62 Члан 54, ЗОЈИМ

63 Начело 10, члан 3, КНС

64 Члан 83, 84, ЗОЈИМ

65 Члан 101, став 1, ЗОЈИМ

струци. У домену Закона, неке главе попут суфинансирања пројеката од јавног интереса, јавности података и регистру медија, накнаде штете и других, немају директне везе са правима и обавезама новинара, те нису ни биле предмет анализе. Међутим, четири главе Закона које се односе на основне одредбе, на уреднике, новинаре, професионална удружења новинара и представнике иностраних медија, на посебна права и обавезе, и на информације о личности, најнепосредније су везане за одредбе Кодекса новинара Србије, и врло су сличне. Очекивано, одређена начела Кодекса која се тичу етичких дилема новинара, са правом, нису обухваћена правном регулацијом. На тај начин Закон о јавном информисању и медијима не залази директно у поступке новинара.

На крају, треба истаћи да је медије и цео медијски простор, као и већину друштвених области, неопходно регулисати. С друге стране, обим те регулације мора бити пажљиво одмерен како не би дошло до ограничавања медијских слобода. Дакле, Закон мора да постоји, али само као оквир, док Кодекс конкретније треба да усмерава понашање новинара. Неопходно је постојање узајамне примене Закона и Кодекса у циљу слободног, али и одговорног новинарства.

Литература/References

Деј, Л. А. (2004). *Етика у медијима, примери и контроверзе*, Београд: Медија центар.

Жакет, Д. (2007). *Новинарска етика*, Београд: Службени гласник.

Николић, Л. Д. (2010). *Медијско право*, Београд: Службени гласник.

Раз, Џ. (2005). *Етика у јавном домену*, Подгорица: ЦИД.

Стојановић Прелевић, И. (2018) *Пословна комуникација и етика*, Ниш: Филозофски факултет.

Тодоровић, М. (2012). Слобода штампе у Србији у XIX веку, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, (LXI), 439–455.

Извори:

Устав Републике Србије, Службени гласник РС. Бр. 98/2006.

Закон о јавном информисању и медијима. Службени гласник РС. Бр. 83/2014, 58/2015, 12/2016 – аутентично тумачење.

Кодекс новинара Србије. Диа-Арт 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.*

Александра Васић,*
Асистент Правног факултета,
Универзитета у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-23361

UDK: 347.77.043:339.137(497.11)
339.137

Раđ примљен: 28.09.2019.

Раđ прихваћен: 27.11.2019.

ПРАВНИ ТРЕТМАН КЛАУЗУЛЕ БЕЗ ОСПОРАВАЊА У УГОВОРУ О ЛИЦЕНЦИ СА АСПЕКТА ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ**

Апстракт: Предмет интересовања аутора у раду је правни третман клаузула без оспоравања у уговорима о лиценци. Наиме, ради се о клаузулама којима се забрањује стицаоцу лиценце да оспорава ваљаност права интелектуалне својине које је предмет уговора о лиценци током одређеног времена, обично током трајања уговора. У раду аутор анализира законитост уговарања поменутих клаузула у уговорима о лиценци са аспекта права конкуренције Европске уније, будући да у домаћем праву још увек не постоје позитивноправне норме којима се овај институт уређује.

Кључне речи: клаузула без оспоравања, уговор о лиценци, трансфер технологије, право конкуренције.

1. Увод

У праву Републике Србије уговор о лиценци је уређен општим и посебним прописима. Општи пропис којим је у домаћем позитивном праву регулисан уговор о лиценци је Закон о облигационим односима (у даљем тексту: 300) из 1978. године. Посебна правила за уговор о лиценци садржана су у законима којима се уређују права интелектуалне својине (Закон о патентима, Закон о жиговима и др).

300 дефинише уговор о лиценци као уговор којим се давалац лиценце обавезује да стицаоцу лиценце уступи, у целини или делимично, право искоришћавања проналаска, техничког знања и искуства, жига, узорка или модела, а стицалац лиценце се обавезује да му за то плати одређену

* aleksandra@prafak.ni.ac.rs

** Раđ је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Републике Србије са правом ЕУ“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

накнаду.¹ Уговор о лиценци је двостранообавезујући уговор, пошто обе уговорне стране заснивањем међусобног односа преузимају одређене обавезе. Будући да уговор о лиценци подразумева обавезу стицаоца да плаћа уговорену накнаду за привредно искоришћавање предмета лиценце, овај уговор спада у теретне уговоре. Поједини аутори уговор о лиценци често сврставају у алеаторне уговоре, пошто економски исход искоришћавања предмета лиценце зависи од ситуације на тржишту, која је за уговорне стране у моменту закључења уговора непредвидива (Поповић, 2015: 395).

Предмет уступања код уговора о лиценци могу бити сва преносива права индустријске својине (патент, жиг и др), као и права у фази пријаве, под условом да захтев за признавање одговарајућег права индустријске својине код надлежног националног органа буде прихваћен и да то право буде на прописан начин регистровано (Васиљевић, 2012: 328).

Посебна правила за уговор о лиценци налазимо у законима којима се регулише правни режим предмета уговора о лиценци, као што је то нпр. Закон о патентима² (надаље: ЗОП), Закон о жиговима, Закон о правној заштити индустријског дизајна и др. (Шогоров, Арсић 2017: 129).

Уступање једног или више имовинскоправних овлашћења из субјективног права индустријске својине путем уговора о лиценци је у функцији подстицања иновација, ширења технологија, избегавања дуплирања истраживања, побољшања квалитета, смањења трошкова производње и др. На тај начин се уговором о лиценци могу постићи позитивни ефекти на укупан привредни развој.

Међутим, с обзиром на то да је предмет уговора о лиценци уступање једног или више имовинскоправних овлашћења из субјективног права индустријске својине,³ које по својој природи представља монополско право

1 Чл. 686 Закона о облигационим односима, („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља).

2 Закон о патентима, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011 и 113/2017 – други закон. Тако, на пример, чл. 46 ЗОП прописује да права из пријаве, као и право на патент или мали патент могу, са ограничењима или без њих, бити предмет уступања на основу уговора о лиценци. Уговор о лиценци нарочито садржи: датум закључења, име и презиме или пословно име уговорних страна, пребивалиште, боравиште или седиште уговорних страна, број пријаве или регистарски број признатог права, време трајања лиценце и обим лиценце. ЗОП прописује да уговор о лиценци мора бити уписан у одговарајући регистар надлежног органа како би производио правно дејство према трећим лицима.

3 ЗОП изричито наводи *know-how* (знање и искуство) као могући предмет уговора о лиценци. Међутим, будући да уговор о лиценци подразумева промет права, а *know-how* није предмет искључивог права индустријске својине, у домаћој правној теорији

признато титулару на основу норми објективног права интелектуалне својине, то у пракси може створити одређене проблеме са аспекта права конкуренције. Наиме, у пракси врло често наилазимо на супротстављене интересе титулара права интелектуалне својине и друштвеног интереса очувања здраве тржишне утакмице (Марковић, 1997: 321, 322). У домаћем праву предмет уговора о лиценци могу бити имовинскоправна овлашћења из корпуса субјективног права индустријске својине, као и *know-how*. Међутим, у праву конкуренције је предмет уговора о лиценци одређен на шири начин, будући да је прописано да предмет уговора о лиценци у праву конкуренције Европске уније може бити и ауторско право на софтверу. На исти начин је дефинисан и предмет уговора о лиценци у домаћем праву конкуренције, о чему ће бити речи у даљем тексту рада. Будући да предмет уговора о лиценци у праву конкуренције може бити и софтвер, који се у домаћем праву штити и ауторским правом, аутор у раду користи термин интелектуална својина као генерички назив за право индустријске својине и ауторско право, као и права сродна ауторском праву.

Будући да искључива права интелектуалне својине гарантују свом титулару монополско право на искоришћавање за време трајања правне заштите, титулар је у позицији да другим лицима преноси то право под знатно рестриктивнијим условима него што је то уобичајено за пренос других права. Користећи свој супериорнији положај, титулар права интелектуалне својине – давалац лиценце, настоји да стицаоца лиценце стави у што зависнији положај, што се може постићи уношењем у уговор о лиценци различитих рестриктивних клаузула које ограничавају привредну слободу стицаоца лиценце и утичу на његову конкурентност на тржишту (Миљковић, Васић, 2017: 537, 538).

У том смислу, уговор о лиценци може представљати рестриктивни споразум са аспекта права конкуренције.⁴ Као такав може довести до ограничавања или нарушавања слободне конкуренције на тржишту.⁵ Право конкуренције

преовладава схватање да не може бити предмет уговора о лиценци (Марковић, Поповић, 2013: 218).

4 Не постоји претпоставка да уговори о лиценци *per se* имају негативан утицај на конкуренцију на тржишту. Већина уговора о лиценци позитивно утиче на конкуренцију на тржишту будући да доприносе ширењу нових технологија и подстичу иновације. Вид. тач. 9 Смерница о споразумима о преносу технологије.

5 У праву ЕУ су споразуми којима се ограничава, нарушава или спречава конкуренција означени као забрањени споразуми који су неспојиви са унутрашњим тржиштем (вид. чл. 101, ст. 1 Уговора о функционисању Европске уније), док домаћи законодавац користи термин рестриктивни споразуми (вид. чл. 10, ст. 1 Закона о заштити конкуренције). Аутор ће у раду користити искључиво термин рестриктивни споразуми, без обзира да ли се ради о праву ЕУ или домаћем праву.

толерише оне врсте ограничења у уговорима о лиценци које давалац лиценце ставља стицаоцу, уколико та ограничења произилазе из самог изворног права даваоца (Марковић, 2008: 323). То се односи на ограничења у погледу начина, обима, количине, територије⁶ и времена коришћења⁷ предмета лиценце. Са становишта права конкуренције, посебну пажњу изазива уговор о искључивој лиценци као рестриктивни споразум.⁸ Основна карактеристика искључиве лиценце је да давалац лиценце не сме сам вршити нити уступати трећим лицима овлашћења која је већ уступио стицаоцу лиценце.⁹ Уговорне одредбе о искључивости, које су неопходне за вршење овлашћења које је предмет уговора о лиценци, могу бити допуштене прописима о заштити конкуренције. У том смислу, забрана рестриктивних споразума не спречава титулара права интелектуалне својине да овлашћења која чине садржину његовог субјективног права врши на уобичајени начин.¹⁰ С друге стране, право конкуренције толерише и неке облике ограничења у уговорима о лиценци која излазе ван поменутог оквира.¹¹ Дакле, право конкуренције у одређеним случајевима допушта изузећа уговора о лиценци од забране рестриктивних споразума.

Једна од уговорних одредаба која се често уговара приликом закључивања уговора о лиценци је клаузула без оспоравања (енг. *no challenge clause*). У даљем тексту рада, аутор ће анализирати законитост уговарања поменуте клаузуле у уговорима о лиценци са аспекта права конкуренције Европске уније, будући да у домаћем праву још увек не постоје позитивноправне норме којима се овај институт уређује.

6 На пример, када је реч о просторном ограничавању права искоришћавања предмета лиценце, нацртом ГЗ се такво ограничење допушта само ако то није противно прописима о заштити конкуренције. Тиме се правни режим уговора о лиценци доводи у везу са правом конкуренције. Вид. чл. 1044 Нацрта ГЗ.

7 Чл. 688 ЗОП прописује да лиценца за искоришћавање патентираног проналаска, узорка или модела не може бити закључена на време дуже од трајања законске заштите тих права.

8 Уговором о искључивој лиценци стицалац лиценце стиче искључиво право искоришћавања предмета лиценце. Вид. чл. 689, ст. 1 ЗОП.

9 У том смислу, уговор о искључивој лиценци може, на пример, представљати споразум којим се дели тржиште.

10 Тако, на пример, уговор о искључивој лиценци не представља рестриктивни споразум *per se*.

11 Савремено право конкуренције прописује изузетке који су различито формулисани у зависности од тога да ли је уговор о лиценци закључен између конкурената или не. Тако, на пример, право конкуренције у појединим случајевима допушта клаузуле о подели тржишта у уговорима о лиценци.

2. Правни оквир за регулисање клаузуле без оспоравања у праву Европске уније

Основни извор права Европске уније у области права конкуренције је Уговор о функционисању Европске уније (у даљем тексту УФЕУ).¹² С обзиром на тему рада, за нашу анализу ће од посебног значаја бити уредбе Европске комисије о колективном изузећу споразума о преносу технологије.¹³ Европска комисија је до сада усвојила пет уредби о колективном изузећу споразума о преносу технологије.¹⁴ Тренутно важећи пропис који представља правни оквир за колективно изузеће од забране споразума о преносу технологије је Уредба Комисије бр. 316/2014 од 21. марта 2014. године о примени чл. 101, ст. 3 УФЕУ на категорије споразума о преносу технологије (у даљем тексту Уредба ТТБЕР).¹⁵ Такође, Европска комисија је донела Смернице о примени чл. 101, ст. 3 УФЕУ на категорије споразума о преносу технологије (надаље Смернице о споразумима о преносу технологије).¹⁶

У праву конкуренције Европске уније споразум о преносу технологије дефинисан је као: а) споразум о лиценцирању права на технологију између два учесника на тржишту како би стицалац лиценце и/или његов подизвођач/његови подизвођачи могли производити уговорене производе; или б) уступање права на технологију при којем део ризика у вези са коришћењем лиценциране технологије и даље сноси преносилац.¹⁷

12 Чл. 101 до 106 УФЕУ представљају правни оквир за регулисање политике конкуренције на нивоу Европске уније.

13 Уредбом Савета бр. 19/65/ЕЕЗ је Комисији дато овлашћење за примену чл. 101, ст. 3 УФЕУ (некадашњи чл. 85 Римског уговора) те је Комисија овлашћена да ближе уреди услове под којима се чл. 101 УФЕУ не примењује на одређене категорије споразума.

14 Уредба (ЕЕЗ) бр. 2349/84 од 23. јула 1984. године о примени члана 85, ст. 3 Уговора на одређене категорије уговора о лиценци патента, *Службени лист ЕЕЗ*, 1985, бр. L 113.; Уредба (ЕЕЗ) бр. 556/89 од 30. новембра 1989. године о примени члана 85, ст. 3 Уговора на одређене категорије уговора о *know-how*, *Службени лист ЕЕЗ*, 1989, бр. L 61.; Уредба (ЕЕЗ) бр. 240/96 од 31. јануара 1996. године о примени члана 85, ст. 3 Уговора на одређене категорије споразума о преносу технологије, *Службени лист ЕЕЗ*, 1996, бр. L 31.; Уредба (ЕЕЗ) бр. 772/2004 од 31. јануара 1996. године о примени члана 81, ст. 3 Уговора на споразуме о преносу технологије, *Службени лист ЕУ*, 2004, бр. L 123, (надаље: ТТБЕР 772/2004), и Уредба (ЕУ) бр. 316/2014 од 21. марта 2014. године о примени чл. 101, ст. 3 Уговора на споразуме о преносу технологије, *Службени лист ЕУ*, 2014, бр. L 93/17.

15 Скраћено од *Technology Transfer Block Exemption Regulation*.

16 Смернице о примени чл. 101, ст. 3 Уговора о функционисању Европске уније на споразуме о преносу технологије, *Службени лист ЕУ*, 2014, бр. С 89.

17 Чл. 1 ц Уредбе ТТБЕР.

Из оваквог појмовног одређења произилази да појам споразума о преносу технологије садржи уговор о лиценци и уговор о цесији као два саставна појма споразума о трансферу технологије. Предмет анализе у раду биће уговор о лиценци како саставни део појма споразума о преносу технологије.¹⁸

У том смислу, Уредба ТТБЕР прописује да предмет уговора о лиценци могу бити знање и искуство (*know-how*) и следећа права или њихова комбинација, укључујући и права из пријаве: патенти, корисни модели, право на дизајн, топографија полупроводничких производа, патентирани лекови и средства за заштиту биља заштићени сертификатом о додатној заштити, право оплемењивача биљних сорти и ауторско право на софтверу.¹⁹ Из наведене одредбе произилази да је у праву конкуренције Европске уније предмет уговора о лиценци одређен на шири начин у односу на одредбе нашег ЗОО.²⁰

Колективно изузеће уговора о лиценци од забране рестриктивних споразума је у праву Европске уније врло детаљно регулисано. Мишљења смо да је колективно изузеће уговора о лиценци умногоме компликованије у односу на колективна изузећа других врста споразума.²¹ То је разумљиво уколико се има у виду чињеница да се у обзир морају узети и бројни правни институти који карактеришу споразуме о преносу технологије уопште. Тако, Уредба ТТБЕР предвиђа да се уговор о лиценци у пракси може закључити између учесника на тржишту који су конкуренти, као и између учесника који нису конкуренти на тржишту. Уговор о лиценци може се у пракси појавити и као хоризонтални и као вертикални рестриктивни споразум. Од значаја је и да ли су уговори о лиценци закључени између конкурената узајамни или неузајамни, те да ли је лиценца искључива, обична или јединствена.

18 Будући да се пренос технологије у пракси најчешће врши закључивањем уговора о лиценци, поједини аутори изједначавају ова два института. Тако, на пример, др Душан Поповић сматра да „појам преноса технологије уобичајено обухвата давање лиценце патентираног проналаска, заштићеног корисног модела, заштићене топографије полупроводничког производа, заштићене биљне сорте или пренос пословне тајне“ (Поповић, 2012: 56).

19 Вид. чл. 1 б Уредбе ТТБЕР.

20 Вид. *supra*, стр. 3.

21 Приликом прописивања услова за групно изузеће од забране, Европска комисија је рестриктивне споразуме квалификовала у четири категорије: вертикални споразуми, хоризонтални споразуми, вертикални споразуми о дистрибуцији и сервисирању моторних возила и споразуми о преносу технологије.

Да би уговор о лиценци био изузет од забране рестриктивних споразума, мора испуњавати услове који су прописани Уредбом ТТБЕР. С тим у вези, прописани су прагови тржишног удела, како на релевантном тржишту технологија, тако и на тржишту производа, чија вредност не сме бити премашена како би одређени уговор могао бити изузет од забране, као и остали услови који морају бити испуњени.²² Ови услови су у Уредби ТТБЕР постављени врло рестриктивно.

С друге стране, ТТБЕР прописује две групе ограничења на које се не може применити колективно изузеће од забране рестриктивних споразума. Наиме, ради се о уговорним одредбама у уговорима о лиценци које захтевају појединачну оцену у смислу да ли доприносе или штете конкуренцији на тржишту.²³

Прво, ТТБЕР прописије ограничење које се односи на искључиво уступање права на властита побољшања или на додељивање побољшања лиценциране технологије даваоцу лиценце.²⁴

Друго ограничење које је искључено од примене групног изузећа од забране рестриктивних споразума односи се на одредбе о неоспоревању, односно, непосредне или посредне обавезе неоспоревања ваљаности права интелектуалне својине даваоца лиценце, не доводећи у питање могућност, у случају искључиве лиценце, да давалац лиценце раскине споразум о трансферу технологије у случају да стицалац лиценце оспорава ваљаност било ког лиценцираног права на технологију.²⁵ Ради се, дакле, о клаузули без оспоревања ваљаности права даваоца лиценце.

3. Појам, врсте и главна обележја клаузуле без оспоревања

Предмет интересовања аутора у овом раду је правни третман клаузуле без оспоревања у уговорима о лиценци. Наиме, ради се о клаузули којом се забрањује стицаоцу лиценце да оспорава ваљаност права интелектуалне својине која је предмет уговора о лиценци током одређеног времена, обично током трајања уговора (Cheng, 2016: 440). Циљ уговарања поменуте клаузуле у уговорима о лиценци је спречавање стицаоца лиценце да оспорава ваљаност права интелектуалне својине које је признато даваоцу лиценце на основу норми објективног права интелектуалне својине. Поједини правни теоретичари истичу да је циљ уговарања клаузуле без

22 Уредба ТТБЕР, чл. 3, ст. 1 и 2.

23 Уредба ТТБЕР, чл. 5.

24 Уредба ТТБЕР, чл. 5, ст. 1 тч. 1.

25 Уредба ТТБЕР, чл. 5, ст. 1 тч. 2.

оспоровања да се „учврсти позиција даваоца лиценце коју му је одобрио закон“ (Orstavik 2005: 83).

У правној теорији налазимо да се клаузуле без оспоровања могу поделити у две групе: директне клаузуле без оспоровања, које изричито забрањују стицаоцима лиценце да оспоравају право даваоца лиценце које је предмет уговора о лиценци, и казнене клаузуле у случају оспоровања. Као пример казнене клаузуле у случају оспоровања у правној теорији наводи се клаузула о раскиду уговора у случају оспоровања права. Наиме, ова клаузула омогућава даваоцу лиценце да одмах раскине уговор у случају да стицалац оспори његово право интелектуалне својине (Taylor, 1993: 230).

У пракси не постоји типска клаузула без оспоровања. Поједини теоретичари су мишљења да се ради о термину који у ствари описује широк спектар уговорних одредаба које се могу користити како би се стицалац лиценце одвратио од иницирања поступка за оспоровање права даваоца лиценце (Gal, Miller, 2017: 1482).

Главно обележје клаузула без оспоровања је дестимулишуће дејство на стицаоце лиценци да оспоравају права давалаца лиценци која су предмет уговора о лиценци. У том смислу, очигледан је антиконкурентни ефекат поменутих клаузула. Наиме, у пракси се може десити да надлежни државни орган погрешно приликом одобравања неког права индустријске својине. Њихови титулари, будући да се ради о искључивим правима, имају монопол над њиховим искоришћавањем. Уколико се ради о правима која су призната титуларима, а за то нису били испуњени сви прописани услови, уклањање тако неоснованих монополских права је несумњиво у јавном интересу.²⁶ Тако је на нивоу Европске уније искристалисан став да „јавни интерес за обезбеђивањем суштински слободног система конкуренције, а самим тим и уклањање монопола који је можда погрешно додељен даваоцу лиценце, мора превладати над било којим другим разматрањем”.²⁷

Циљ уговарања клаузуле без оспоровања је да се учврсти супериорнији положај даваоца лиценце. Међутим, клаузуле без оспоровања не пружају апсолутну „заштиту“ носиоцима права. Наиме, права интелектуалне

26 Тако је, на пример, Законом о патентима прописано да надлежни орган може огласити ништавим решење о признавању патента или малог патента, делимично или у целини, на предлог сваког лица ако се утврди да: 1. предмет заштите није проналазак; 2. предмет заштите је изузет из патентне заштите; 3. проналазак није описан на јасан начин; 4. признат је шири обим права од обима који је могао бити подржан пријавом проналаска; 5. проналазак не испуњава материјалноправне услове за патентну заштиту. Вид. чл. 128 Закона о патентима.

27 Case C-193/83 Windsurfing Int'l, Inc. v. Commission (1986), ECLI:EU:C:1986:75. пар. 91.

својине могу бити оспорена и од стране трећих лица са којима титулар права не стоји у уговорном односу.²⁸ У том смислу, ове клаузуле имају ограничен дomet. Степен заштите коју ова клаузула пружа титулару права зависиће од вероватноће и спремности трећих лица да оспоравају право даваоца лиценце.

4. Став Суда правде ЕУ и Европске комисије о клаузули о неоспоравању

Као што је напред речено, у праву Европске уније је клаузула без оспоравања у уговорима о лиценци регулисана прописима о заштити конкуренције на тржишту. У позитивном праву конкуренције Европске уније уговарање клаузуле без оспоравања сматра се, генерално, антикомпетитивном праксом. У делу рада који следи аутор ће анализирати став Суда правде ЕУ и Европске комисије по питању клаузула без оспоравања у уговорима о лиценци.

Став суда према клаузулама без оспоравања развијао се временом кроз праксу. Тако је, на пример, у предмету *Windsurfing* Суд правде стао на страну Европске комисије и нашао да је давалац лиценце патента у конкретном случају наметао другим уговорним странама уношење клаузуле без оспоравања у уговоре о лиценци патента.²⁹ Наиме, Европска комисија је у поменутом предмету заузела став да су ове клаузуле у супротности са чл. 101, ст. 1 УФЕУ (раније чл. 85, ст. 1 Римског уговора). Суд правде је, без улажења у анализу ефеката које ова клаузула може имати на конкуренцију на тржишту, пресудио да уношење ове клаузуле у уговоре о лиценци ограничава конкуренцију на тржишту, као и да таква клаузула не може бити изузета од забране рестриктивних споразума у складу са чл. 101, ст. 3 УФЕУ. У конкретном случају Суд правде је заузео став да је клаузула без оспоравања незаконита *per se*.

Став Суда правде је донекле измењен у каснијем предмету *Bayer AG v. Süllhöfer*.³⁰ Наиме, Суд правде је у поменутом предмету био становишта да би приликом оцењивања законитости клаузуле без оспоравања требало узети у обзир „правни и економски контекст“. У том смислу, Суд

28 На пример, жиг се може огласити ништавим за све време трајања заштите, и то на предлог заинтересованог лица или на предлог јавног тужиоца. Вид. чл. 60 Закона о жиговима, „Сл. гласник РС“, бр. 104/2009, 10/2013 и 44/2018 – др. закон. Решење о признању патента или малог патента може се огласити ништавим за време трајања правне заштите делимично или у целини, на предлог сваког лица. Вид. чл. 128 ЗОП.

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, стр. 5249.

је истакао две ситуације у којима би клаузула без оспоравања могла да буде допуштена и то: у случају бесплатних лиценци и када се лиценца односи на технички застарео поступак који корисник лиценце није користио.

Значајан допринос у формирању става о законитости клаузуле без оспоравања у праву Европске уније несумњиво је имала Европска комисија. Као што смо напред истакли, Европска комисија је 2014. године донела Уредбу ТТБЕР у којој је правни режим поменуте клаузуле прецизно одређен.

Тако, чл. 5 ТТБЕР прописује да клаузула без оспоравања спада у ограничења конкуренције на која се не примењују колективна изузећа од забране рестриктивних споразума. Као разлог за искључивање одредаба о неоспоравању из подручја примене колективног изузећа од забране је чињеница да су стицаоци лиценци обично у најбољем положају да утврде ваљаност права интелектуалне својине, као и да је у интересу фер тржишне утакмице неопходно огласити ништавим сва права интелектуалне својине која за то испуњавају услове.³¹ Сматра се да права интелектуалне својине која нису ваљана не подстичу иновације, већ да имају супротан ефекат. У пратећим Смерницама о споразумима о преносу технологије, Европска комисија је заузела став да ће се на уговорене клаузуле о неоспоравању примењивати чл. 101, ст. 1 УФЕУ у оним случајевима када је предмет уговора о лиценци вредна технологија. Наиме, сматра се да лиценцирање вредне технологије ствара конкурентске предности за даваоце лиценци, те би у таквим случајевима привредни субјекти који ту технологију не могу користити или би је могли користити само уз плаћање накнаде, били доведени у неповољан положај.³² У таквим ситуацијама услови за колективно изузеће од забране из чл. 101, ст. 3 УФЕУ не би били испуњени. С друге стране, уколико је реч о лиценцираној технологији која је повезана са технички застарелим поступцима које стицалац лиценце не користи или ако се ради о бесплатној лиценци, Комисија стоји на становишту да онда не долази до ограничавања конкуренције на тржишту.³³ Европска комисија сматра да у наведеним случајевима уговарање клаузуле без оспоравања не би негативно утицало на конкуренцију на тржишту. У том смислу, налазимо да је Европска комисија инкорпорисала у Смернице о споразумима о преносу технологије став Суда правде изнет у случају Bayer AG v. Söllhöfer.

31 Вид. Смернице о споразумима о преносу технологије, тач. 134.

32 Вид. Смернице о споразумима о преносу технологије, тач. 134.

33 Вид. Смернице о споразумима о преносу технологије, тач. 134.

У ограничења која су искључена од примене групних изузећа од забране рестриктивних споразума, Европска комисија је убројила и клаузулу којом се овлашћује давалац лиценце у уговорима о неискључивим лиценцама да уговор о лиценци раскине у случају да стицалац лиценце оспори ваљаност било ког права интелектуалне својине које давалац лиценце има на територији ЕУ. Такво право на раскид уговора о лиценци може имати исти учинак као и клаузула без оспоравања, поготово ако би прелазак с технологије даваоца лиценце на другу технологију узроковао знатне губитке стицаоцу лиценце (на пример, када је стицалац лиценце већ уложио у специфичну опрему или алате који се не могу користити за производњу према другој технологији) или када је технологија даваоца лиценце неопходан инпут за производњу стицаоца лиценце.³⁴ Као пример, Европска комисија у Смерницама наводи случај стандардних патената. Наиме, у овом случају стицалац лиценце који производи производ у складу са стандардом нужно мора користити све patente који су део тог стандарда. У том случају оспоравање ваљаности патента који је део стандарда од стране стицаоца лиценце може проузроковати значајне губитке у случају раскида уговора о лиценци. На овај начин Европска комисија потврђује став да је стицалац лиценце у најбољој позицији да оцени ваљаност права интелектуалне својине које је предмет уговора о лиценци и поменутом одредбом штити стицаоца неискључиве лиценце од евентуалног раскида уговора од стране даваоца лиценце у случају оспоравања неког права признатог даваоцу лиценце на територији Европске уније. У супротном би стицалац неискључиве лиценце био дестимулисан да покрене поступак оспоравања права јер би услед раскида уговора који би уследио, имао потешкоће да пронађе алтернативну технологију.

У случају искључивих лиценци, Комисија стоји на становишту да одредбе о раскиду уговора о лиценци услед оспоравања неког права интелектуалне својине које давалац лиценце има на територији ЕУ од стране стицаоца искључиве лиценце обично ретко имају штетне последице по конкуренцију на тржишту.³⁵ Наиме, с обзиром на то да се ради о искључивим лиценцама, давалац лиценце може бити у зависном положају у односу на стицаоца лиценце, будући да су накнаде за лиценцу које му плаћа стицалац лиценце практично његов једини извор прихода од лиценциране технологије.³⁶ Мало је вероватно да би давалац лиценце, у случају да стицалац лиценце покрене поступак оспоравања права, био у супериорнијем положају и тражио раскид уговора о лиценци. То је разлог зашто Уредба ТТБЕР на

34 Вид. Смернице о споразумима о преносу технологије, тач. 136.

35 Вид. Смернице о споразумима о преносу технологије, тач. 139.

36 Вид. Commission decision *Moosehead/Whitbread* (1990).

одредбе о раскиду уговора о искључивој лиценци услед оспоравања неког права интелектуалне својине које давалац лиценце има на територији ЕУ од стране стицаоца искључиве лиценце примењује колективно изузеће од забране, док год су испуњени и други услови, као што је поштовање прага тржишних удела.³⁷

Надаље, Комисија има блажи став према одредбама о неоспоравању и раскиду у вези са *know-how*. Будући да *know-how* карактерише тајност, у случају евентуалног откривања тајности од стране стицаоца лиценце, знање и искуство које је предмет уговора о лиценци би изгубило сваку вредност. Тако клаузуле о неоспоравању у уговорима о лиценци, које се односе на знање и искуство, нису искључене из подручја примене ТТБЕР.³⁸ Комисија је заузела став да у оваквим ситуацијама обавеза стицаоца лиценце да не оспорава лиценцирано знање и искуство доприноси ширењу нових технологија, посебно из разлога што уговарање поменуте клаузуле подстиче даваоце лиценци да закључују уговоре са економски снажнијим стицаоцима лиценци, без страха да ће њихово знање и искуство бити оспорено када га стицалац лиценце апсорбује (Korah, 1996: 187). Стога одредбе о неоспоравању и раскиду након оспоравања, које се односе само на знање и искуство нису искључене из подручја примене ТТБЕР-а.

5. Правни режим клаузуле без оспоравања у домаћем праву

Основни извор права којим се у Републици Србији уређује заштита конкуренције на тржишту је Закон о заштити конкуренције (у даљем тексту ЗЗК).³⁹

Као што је напред речено, уговор о лиценци може представљати рестриктиван споразум који ограничава или нарушава слободну конкуренцију на тржишту. Ради се о споразумима између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције на територији Републике Србије.⁴⁰ Законодавац *exempli causa* наводи неке облике рестриктивних споразума: уговори, поједине одредбе уговора, изричит или прећутни договори, усаглашене праксе, као и одлуке облика удруживања учесника на тржишту.⁴¹ У домаћем праву конкуренције, рестриктивни споразуми могу бити изузети од

37 Вид. *supra*, стр. 6.

38 Вид. Смернице о споразумима о преносу технологије, тач. 140.

39 „Сл. гласник РС“, бр. 51/2009 и 95/2013.

40 Чл. 10, ст. 1 Закона о заштити конкуренције.

41 Чл. 10, ст. 2 Закона о заштити конкуренције.

забране уколико доприносе унапређењу производње и промета, односно подстицању техничког или економског напретка, а потрошачима обезбеђују правичан део користи под условом да не намећу учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума, односно да не искључују конкуренцију на релевантном тржишту или његовом битном делу.⁴² ЗЗК познаје изузеће од забране по категоријама споразума (колективно изузеће) и појединачно изузеће.

У Републици Србији још увек не постоји правни оквир за изузимање од забране споразума о преносу технологије. Научној и стручној јавности је доступан Нацрт Уредбе о споразумима о трансферу технологије који се изузимају од забране.⁴³ Будући да је домаће право конкуренције у области изузећа од забране споразума о преносу технологије још увек у повоју, као и да је Република Србија преузела обавезу усклађивања постојећих закона и будућег законодавства из области права конкуренције са правним тековинама ЕУ,⁴⁴ не би требало да чуди чињеница да одредбе поменутог Нацрта уредбе представљају правни трансплант из европског у домаће право.

Тако Нацрт уредбе у чл. 7 предвиђа изричито забрањена уговорна ограничења. Управо у поменутом члану налазимо одредбу која би требало да регулише правни третман клаузуле без оспоравања у домаћем праву. Наиме, Нацрт уредбе предвиђа да се од забране рестриктивних споразума не могу изузети они уговори о лиценци који садрже посредне или непосредне обавезе једне уговорне стране да не оспорава заштиту интелектуалне својине другој уговорној страни која је носилац права у Републици Србији, при чему се ово ограничење не односи на могућност уговарања раскида споразума о трансферу технологије у случају да стицалац искључиве лиценце оспорава ваљаност било ког уступљеног (лиценцираног) права на технологију.⁴⁵ Поменути члан је домаћи законодавац дословце преузео из Уредбе ТТБЕР.⁴⁶ Овако предложено решење је у сагласности са обавезом усклађивања домаћег права конкуренције са правним тековинама ЕУ. Међутим, мишљења смо да, с обзиром на то да је право конкуренције

42 Вид. чл. 11 Закона о заштити конкуренције.

43 Текст Нацрта Уредбе о споразумима о трансферу технологије који се изузимају од забране доступан је на официјелном сајту Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије.

44 Вид. чл. 72 и 73 Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране (ССП), који је ступио на снагу 1. септембра 2013. године.

45 Вид. чл. 7, ст. 1 тч. 2 Нацрта уредбе.

46 Вид. чл. 5, ст. 1. тч. 2. Уредбе ТТБЕР.

релативно млада грана права у нас, као и то да не постоји пракса у области изузимања од забране споразума о преносу технологије, уколико Нацрт уредбе буде усвојен у предложеном облику, то може имплицирати одређене проблеме у пракси, у смислу тумачења правних норми садржаних у Нацрту уредбе. Наиме, право конкуренције Европске уније у области колективних изузећа од забране споразума о преносу технологије има дугу правну традицију. Подсећања ради, прва уредба која је регулисала ову област усвојена је 1984. године. Такође, Европска комисија је, уз важећу Уредбу ТТБЕР, донела и одговарајуће Смернице о споразумима о преносу технологије⁴⁷ које у пракси, поред богате судске праксе, могу бити коректив примене непрецизних или нејасних норми. Будући да у нас не постоји судска пракса у овој области, мишљења смо да би истраживања правних теоретичара у овој области могла да представљају значајан допринос у смислу тумачења појединих клаузула које спадају у дозвољена или искључена ограничења од забране, што би несумњиво омогућило уговорним странама код уговора о лиценци већи степен сигурности у погледу поштовања прописа о заштити конкуренције.

6. Закључак

У позитивном праву конкуренције Европске уније, уговарање клаузуле без оспоравања у уговорима о лиценци сматра се, генерално, антикомпетитивном праксом. Због тога су у праву Европске уније клаузуле без оспоравања забрањене прописима којима се регулише конкуренција на унутрашњем тржишту. Међутим, право Европске уније познаје изузетке од овог правила. Наиме, иако је Уредбом ТТБЕР прописано да се од забране рестриктивних споразума не могу изузети уговори о лиценци који садрже одредбе о неоспоравању, односно, непосредне или посредне обавезе неоспоравања ваљаности права интелектуалне својине даваоца лиценце, Европска комисија је у Смерницама о споразумима о преносу технологије, које прате поменути уредбу, предвидела изузетке од овог правила. Комисија сматра да би у случају бесплатних лиценци и када се лиценца односи на технички застарео поступак који корисник лиценце није користио, клаузула без оспоравања могла да буде допуштена. Такође, у ограничења која су искључена од примене групних изузећа од забране рестриктивних споразума, Комисија је сврстала и клаузулу о раскиду уговора у случају оспоравања било ког права интелектуалне својине које давалац лиценце има на територији ЕУ, будући да такво право на раскид уговора о лиценци може имати исти учинак као и клаузула без оспоравања.

⁴⁷ Смернице које је донела Европска комисија обавезују само ту институцију, али их се, по правилу, придржавају и Општи суд ЕУ и Суд правде.

У праву Републике Србије још увек не постоји правни оквир за изузимање уговора о лиценци од забране рестриктивних споразума. Научној и стручној јавности је доступан Нацрт Уредбе о споразумима о трансферу технологије који се изузимају од забране. Између осталог, чл. 7 Нацрта уредбе предвиђа изричито забрањена уговорна ограничења у уговорима о лиценци. Управо у поменутом члану налазимо одредбу која би требало да регулише правни третман клаузуле без оспоравања у домаћем праву конкуренције.

Литература/References

Васиљевић, М. (2012). Трговинско право, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

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.

Марковић, С., Поповић, Д. (2013). *Право интелектуалне својине*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Марковић, С. (1997). *Патентно право*, Сарајево.

Миљковић, С. Васић, А. (2017). On (un) enforceability of restrictive clauses in patent license agreement. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. 3. стр. 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.

Поповић, Д. (2015). Уговор о лиценци – Прилог јавној расправи о Нацрту Грађанског законика Републике Србије. *Право и привреда*. 4–6. 393–411.

Поповић, Д. (2012). Искључива права интелектуалне својине и слободна конкуренција. Београд. Правни факултет Универзитета у Београду.

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.

Шогоров, С., Арсић, З. (2017). *Уговори трговинског права*, Нови Сад.

Правни извори

Закон о облигационим односима, („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља).

Закон о патентима, „Службени гласник РС“, бр. 99/2011 и 113/2017 – други закон.

Закона о жиговима, „Сл. гласник РС“, бр. 104/2009, 10/2013 и 44/2018 – др. закон.

Закон о заштити конкуренције, „Сл. гласник РС“, бр. 51/2009 и 95/2013.

Нацрт Уредбе о споразумима о трансферу технологије који се изузимају од забране.

Смернице о примени чл. 101 ст. 3 УФЕУ на категорије споразума о преносу технологије.

Уговор о функционисању Европске уније.

Уредба Комисије бр. 316/2014 од 21. марта 2014. године о примени чл. 101, ст. 3 УФЕУ на категорије споразума о преносу технологије.

Судска пракса

Case 65/86, Bayer AG v. Sülhörer (1988). E.C. Reports 1988, стр. 5249. ECLI:EU:C:1988:448.

Case C-193/83 Windsurfing International Inc. v. Commission (1986). ECLI:EU:C:1986:75.

Одлуке Европске Комисије

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.*

Мирјана Ђукић*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-21954

UDK: 343.9.02:343.575
343.241

Раџ примљен: 11.09.2019.
Раџ прихваћен: 29.01.2020.

НЕДОЗВОЉЕНА ПРОИЗВОДЊА, ДРЖАЊЕ И СТАВЉАЊЕ У ПРОМЕТ ОПОЈНИХ ДРОГА КАО ОБЛИК ИСПОЉАВАЊА ОРГАНИЗОВАНЕ КРИМИНАЛНЕ ДЕЛАТНОСТИ (НОРМАТИВНИ И ПРАКТИЧНИ АСПЕКТ)

Апстракт: У контексту међународне и националних норматива, производња и промет опојних дрога дозвољена је само у медицинске и научне сврхе. Свако поступање која те границе превазилази представља злоупотребу. Кривично дело недозвољена производња и стављање у промет опојних дрога један је од видова злоупотребе, који поприма озбиљнија обележја ако је извршен од стране криминалне организације. Организована производња и трговина наркотицима, утиче на проширење њиховог обима, број извршилаца је већи, већа је и понуда на нарко тржишту, а самим тим се повећава и број конзумента. Оправдано је овде присутна строга казнена политика, али се њоме постижу контраекти, у смислу да је нарко мафија на овом пољу више него икада активна. Са друге стране, наш законодавац овде не предвиђа забрану ублажавања казне, услед чега је пружена могућност извршиоцу да са јавним тужиоцем учествује у преговорима. Један број извршилаца кривичног дела из члана 246. става 4. је процесуиран редовним путем пред Тужилаштвом за организовани криминал и Специјалним судом, а од 2013. године почињу се, услед померања, или боље речено укидања горње границе запрећене казне, склапати споразуми о признању кривичног дела. Нема сумње у ефикасност поступка у овом другом случају, али је дискутабилно да ли се ублажавањем казне може постићи специјална и генерална превенција.

Кључне речи: недозвољена производња и стављање у промет опојних дрога, организовани криминалитет, забрана ублажавања казне, консесуалне кривичнопроцесне форме.

* mirjana.djukic@pr.ac.rs

1. Увод

На зачетке уживања опојних дрога наилазимо код старих народа, Сумера, Египћана, а данас Нигеријаца и других, који су их најпре користили у медицинске сврхе, ради ублажавања болова, јер аналгетици нису постојали, да би се касније прешло на њихово конзумирање зарад сопственог уживања. Данас је међу неким народима то уобичајена појава. Користио се најпре опијум, док је временом развој хемијске индустрије омогућио појаву више врста опојних дрога, кокаина, хероина, марихуане, а у лабораторијским условима су се почеле производити синтетичке дроге. Поред производње чистих опијата, почеле су се производити и супстанце које саме по себи нису опојне дроге, али могу послужити, или обично служе за њихову производњу.

У оваквом проширеном обиму производње разноврсних опојних дрога, криминалне организације су нашле погодно тле за ширење својих криминалних активности, видевши у томе велики извор прихода. Кријумчарење наркотика представља примарну активност већег броја криминалних организација (United Nations Office of Drug and Crime, 2002).¹ Некада су то биле класично хијерархијски структуриране криминалне организације, а данас доминацију преузимају регионалне хијерархије, мрежне структуре у различитим видовима (Vu, 2012: 123-124). Иако универзалана шема деловања наркомафије не постоји, јер су организације различито структуриране, начин њиховог рада и њихови циљеви суштински остају исти. Једни производе, други прерађују, трећи продају директно или преко посредника, четврти стечен профит улажу у легалне активности, како би га задржали. Све је већи број извршилаца, а уз то и конзумента. Како би се заштитило здравље људи, међународним и националним документима је производња и промет ограничена само на потребе лечења и у научне сврхе, тако да све мимо тих граница представља злоупотребу. Злоупотреба има више видова, а фокус је стављен на производњу и трговину наркотицима.

Отежано доказивање вечити је проблем који стоји пред органима гоњења, код свих кривичних дела које врше криминалне организације. Главни чиниоци који томе доприносе су закон ћутања и у последње време све већа корумпираност државних органа. За превазилажење овог проблема користе се посебне доказне радње примењиве само код кривичних дела организованог криминала, а ако не дају успеха, услед доказног дефицита

1 Према спроведеном истраживању Радне групе за наркотице, које је обухватило криминалне организације у шеснаест земаља, трговина наркотицима показала се као примарна криминална активност у дванаест криминалних организација.

исказ сведока саучесника може помоћи правосудним органима у успешном процесуирању других чланова криминалне организације.

2. Међународни и национални оквири

Готово да се не може замислити трговина наркотицима искључиво на подручју једне државе, изузев ако конзументи бораве на подручју где је њено узгајање најраспрострањеније. Промет опојних дрога не представља само национални, већ и међународни проблем. У овим редовима пажњу ћемо посветити напорима међународне заједнице у правцу борбе против овог облика криминалне делатности, која укључује велики број земаља на европском конитиненту.

Борбу на међународном плану обележио је низ конвенција: Међународна конвенција о опијуму од 23. јануара 1912. године, Међународна конвенција о опијуму од 19. фебруара 1925. године, Конвенција о ограничењу производње и регулисању расподеле опојних дрога од 13. јула 1931. године, Јединствена конвенција о опојним дрогама из 1961. године, Конвенција о психотропним супстанцама из 1971. године и Конвенција Организације уједињених нација против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци од 19. децембра 1988. године (Делибашић, 2014а: 71-83). Ширење злоупотребе опојних дрога, њихово штетно дејство по физичко и психичко здравље људи, условили су потребу да се успостави сарадња међу државама како би се различитим видовима злоупотреба стало на пут (Стојановић, Перић, 2007: 193). На светском нивоу се почело интервенисати 1912. године, када је од стране представника дванаест земаља усвојена Међународна конвенција о опијуму, а ступила је на снагу 1921. године (Делибашић, 2014а: 72). Ова Хашка конвенција представља први међународни споразум којим је регулисано ограничење злоупотребе опијума, деривата опијума и кокаина (дозвољава производњу, прераду и куповину предметних супстанци само у медицинске сврхе) (Делибашић, 2014а: 72). Наредна, Конвенција о опијуму од 1925. године незнатно проширује листу опојних дрога, тако што поред опијума, његових деривата и кокаина, регулише ограничење злоупотребе лишћа коке и индијске конопље (Делибашић, 2014а: 73). Наведеним Конвенцијама међународна заједница је начинила прве кораке у правцу сузбијања злоупотреба опојних дрога на светском нивоу. Већ у Конвенцијама које следе, недозвољена производња и стављање у промет опојних дрога и психотропних супстанци налази основ за инкриминацију (Ђурђић, Јовашевић, 2010: 134-135). Јединствена конвенција о опојним дрогама од 1961. године садржи четири табеле у којима је дата листа забрањених

опојних дрога (њихова је примена ограничена само у медицинске и научне сврхе, док се злоупотребом сматра гајење, фабрикација, држање, понуда, пуштање у продају, расподела, куповина, продаја, превозење, увоз, извоз опојних дрога).² Кажњивим се сматра и удруживање или договор ради вршења неке од наведених радњи.³ Конвенција о психотропним супстанцама од 1971. године садржи четири табеле у којима је дата листа забрањених психотропних супстанци, те сходно томе предвиђа мере које ће државе потписнице регулисати у складу са својим правним системима, у циљу спречавања злоупотреба психотропних супстанци.⁴ Дозвољена је њихова употреба само у медицинске сврхе, док се кажњивим сматра свако поступање супротно одредбама ове Конвенције (гајење, увоз, извоз, фабрикација).⁵ Конвенцијом Организације уједињених нација против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци од 1988. године, обједињене су и употпуњене одредбе претходне две Конвенције. У складу са тиме, као основне облике кажњивих дела везаних за производњу и промет опојних дрога и психотропних супстанци, Конвенција предвиђа:⁶ 1) Производњу, прераду, екстракцију, припрему, понуду, понуду за продају, дистрибуцију, продају, испоруку, посредовање, слање, транспорт, увоз или извоз било које опојне дроге или психотропне супстанце, које Конвенција на листи предвиђа као забрањене; а) Узгој опијумског мака, жбунова коке или биљке канабис за сврхе производње опојних дрога; б) Поседовање или куповину опојних дрога, ради вршења било које од претходно набројаних активности; в) Производњу, транспорт или дистрибуцију опреме, материјала, са знањем да ће се користити за незаконит узгој, производњу или продају опојних дрога или психотропних супстанци; 2) Организовање, управљање или финансирање било којег од наведених дела; 3) Трансфер својине стечене неким од набројаних дела, ради прикривања њеног незаконитог порекла, или помагања другом лицу умешаном у нека од наведених дела, како би избегло законске последице, односно санкционисање; 4) Стицање својине са знањем да је преносилац

2 Члан 36. став 1. Уредбе о ратификацији Јединствене конвенције о опојним дрогама, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/64.

3 Члан 36. став 2. Уредбе о ратификацији Јединствене конвенције о опојним дрогама, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/64.

4 Члан 1. Закона о ратификацији Конвенције о психотропним супстанцама, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 40/73.

5 Члан 22. Закона о ратификацији Конвенције о психотропним супстанцама, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 40/73.

6 Члан 3. став 1. Закона о ратификацији Конвенције Организације уједињених нација против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 14/90.

исту стекао неким од наведених дела; 5) Учествовање, удруживање или заверу, у намери да се почини или помогне, подстиче, саветује друго лице, ради извршења неког од наведених дела. Набројана дела добијају тежи облик у неком од следећих случајева:⁷ 1) Умешаност у прекршај организоване групе криминалаца којој прекршилац припада; 2) Умешаност прекршиоца у друге међународне организоване криминалне активности; 3) Умешаност прекршиоца у друге незаконите радње омогућене чињењем неког од прекршаја из става 1.; 4) Употреба насиља или ватреног оружја од стране прекршиоца; 5) Ако постоји веза између прекршаја и службе у којој је прекршилац запослен; 6) Виктимизација или коришћење малолетног лица; 6) Чињење прекршаја у казненој институцији, институцији за преваспитање, или неком објекту друштвене службе у који долазе школска деца, ђаци, студенти, ради стицања образовања, спортских и друштвених активности; 7) Претходна осуда прекршиоца за сличне прекршаје у земљи или иностранству.

У упоредном приказу фокус ће бити усмерен осим на основни, и на тежи облик, који врши криминална организација. Притом, санкционисање у појединим земљама зависи од врсте и количине опојне дроге којом се недозвољено тргује. Појам, врсте, производња и промет опојних дрога, предвиђени су националним законима, тако да се кажњивим третира свако поступање које са њима није у складу.

Кривично законодавство Руске Федерације, познаје неколико облика овог кривичног дела. Први јесте основни облик, који се састоји у незаконитој производњи, набавци, складиштењу, транспорту, отпреми или продаји опојних дрога, за који је предвиђена казна затвора у трајању од четири до осам година.⁸ Други облик састоји се у вршењу основног облика кривичног дела, од стране групе, за који је забрањена казна затвора од пет до дванаест година.⁹ Трећи, уједно и најтежи, подразумева вршење основних радњи од стране организоване криминалне групе, односно криминалне организације, за који закон предвиђа казну затвора од осам до дванаест година.¹⁰

7 Члан 3. став 5. Закона о ратификацији Конвенције Организације уједињених нација против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 14/90.

8 Article 228.1.1. Criminal Code Of The Russian Federation (1996, amended 2012) (English version), доступно на: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

9 Article 228.1.2. Criminal Code Of The Russian Federation (1996, amended 2012) (English version), доступно на: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

10 Article 228.1.3. Criminal Code Of The Russian Federation (1996, amended 2012) (English version), доступно на: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

Кривични законик Украјине, попут руског, предвиђа основни, тежи и најтежи облик, са врло малим разликама у прописаним казнама. Први облик, обухвата недозвољену производњу, набавку, складиштење, транспорт, отпрему, продају опојних дрога, за који законик прописује казну затвора у трајању од четири до осам година.¹¹ Други, тежи облик, постоји када је основни извршен од стране групе, или ако су дистрибуцијом опојних дрога обухваћене образовне, културне, спортске установе, и за њега је забрањена казна затвора од шест до десет година.¹² Трећи и најтежи облик, предвиђен је у случају да су радње основног облика извршене од стране организоване криминалне групе, односно криминалне организације, или је предмет трговине већа количина опојне дроге, за које закон предвиђа казну затвора од девет до дванаест година.¹³

У кривичном законодавству Шпаније, за основни облик (узгој, набавка, транспорт, отпрема, или на други начин омогућавање незаконитог конзумирања опојних дрога или психотропних супстанци) забрањена је казна затвора у трајању од три до шест година, а за дело извршено од стране криминалне организације (тежи облик) прописана казна затвора износи од девет до дванаест година.¹⁴

Законодавство Италије, која се традиционално сматра колевком мафије, за основни облик (производња, прерада, продаја, нуђење на продају, превоз, испорука опојних дрога) предвиђа казну затвора у трајању од шест до двадесет година,¹⁵ дакле присутан је веома широк казнени распон. Тежи облик постоји када се три или више лица удруже ради вршења радњи из основног облика овог кривичног дела (за организаторе оваквог удружења забрањена је казна затвора од најмање двадесет година, док је за лица која као чланови удружења учествују у извршењу радњи из основног облика, забрањена казна затвора од најмање десет година).¹⁶

11 Стаття 307. (1) Criminal Code of Ukraine (2013, amended 2016) (Ukrainian version), доступно на: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

12 Стаття 307. (2) Criminal Code of Ukraine (2013, amended 2016) (Ukrainian version), доступно на: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

13 Стаття 307. (3) Criminal Code of Ukraine (2013, amended 2016) (Ukrainian version), доступно на: <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), доступно на: <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.

У Енглеској, висина казне за недозвољени промет, зависи од врсте опојне дроге. Ако се тргује кокаином, метадоном, хероином, екстазијем, или ако је предмет неовлашћене производње и промета ЛСД, прописана је казна доживотног затвора, а ако су предмет трговине канабис, барбитурати, синтетички канабиноиди и друге опојне дроге које се на сматрају толико опасним, предвиђена је казна затвора у трајању од седам до четрнаест година.¹⁷

Кривично законодавство Словеније као основи облик, предвиђа незакониту производњу, прераду, продају супстанци, које су проглашене опојним дрогама, а прописује казну затвора у трајању од најмање једне до највише десет година.¹⁸ Тежи облик постоји када се радње из основног, врше према малолетном лицу, или ментално ометеној особи, било да је у питању лакши, средњи или тежи облик менталне ретардације (казна затвора предвиђена за овај облик износи од три до петнаест година).¹⁹ И на крају, као најтежи, предвиђен је основни облик који врши криминална организација, а за њега је забрањена казна затвора у трајању од пет до петнаест година.²⁰

Кривична законодавства преосталих земаља бивше Југославије, изузев Републике Србије, међу тежим облицима не прецизирају вршење дела од стране криминалне организације, већ предвиђају организовање мреже преподаваца. То може, али и не мора бити чврсто структурирана криминална организација. На такве одредбе наилазимо у законодавствима Хрватске и Црне Горе.

Хрватски законодавац предвиђа неколико облика овог кривичног дела. Основни, који подразумева неовлашћену производњу или прераду супстанце која је проглашена опојном дрогом (забрањена казна затвора у трајању од шест месеци до пет година), или неовлашћену производњу, прераду, увоз, извоз, или на други начин стављање у промет опојних дрога (забрањена казна затвора од једне до дванаест година).²¹ Дело добија тежи облик ако се опојна дрога у оквиру недозвољене трговине нуди детету, или лицу ометеном у менталном развоју, или се то чини

17 <https://www.gov.uk/penalties-drug-possession-dealing>, посећено 29.11.2018.

18 Article 186 (1) Criminal Code of the Republic of Slovenia (2008), доступно на: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

19 Article 186 (2) Criminal Code of the Republic of Slovenia (2008), доступно на: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

20 Article 186 (3) Criminal Code of the Republic of Slovenia (2008), доступно на: <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.

у образовној, културној, установи намењеној спортским, друштвеним активностима (запрећена казна затвора од три до петнаест година), или ако је организована мрежа предаваца ради вршења основног облика овог кривичног дела (запрећена казна, затвор од најмање три године).²²

У Кривичном законнику Босне и Херцеговине, акценат је у основном облику стављен на недозвољену трговину опојним дрогама (међународна продаја, нуђење на продају, превозење, пренос, посредовање у међународној продаји, или на други начин стављање у промет опојних дрога), за који је запрећена казна затвора од најмање три године.²³ Код другог облика, обухваћена је углавном производња опојних дрога (у међународној трансакцији неовлашћено прављење, набавка, давање на употребу супстанци са знањем да ће бити употребљене за производњу опојних дрога), а за то законодавац предвиђа широк казнени распон, затвор од једне до десет година.²⁴ Тежим обликом предвиђено је организовање групе, или припадништво групи, која је организована ради вршења неког од основних облика кривичног дела (производњу или продају).²⁵

У кривичном законодавству Црне Горе основни облик базиран је на неовлашћеној производњи и стављању у промет опојних дрога на неки од следећих начина: производња, прерада, продаја, нуђење на продају, куповина, држање или пренос ради продаје, или на неки други начин стављање у промет супстанци које су проглашене за опојне дроге (запрећена је казна затвора од две до десет година).²⁶ Као тежи облици предвиђени су организовање мреже препродаваца или посредника, затим продаја или нуђење опојне дроге малолетном или лицу ометеном у душевном развоју, или ако је у промет стављена опојна дрога која може довести до тешког нарушавања здравља (за ове облике запрећена је казна затвора од три до петнаест година).²⁷

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,

Кривични законик Републике Србије познаје један основни, два посебна, један лакши и два тежа облика. Основни облик, за који је прописана казна затвора од три до дванаест година, односи се на недозвољену производњу, прераду, продају, нуђењу на продају, куповину, држање, посредовање у продаји, или на неки други начин стављање у промет оних супстанци које су проглашене за опојне дроге.²⁸ Закон о психоактивним контролисаним супстанцама предвиђа производњу и промет опојних дрога од стране правног лица које је на основу поднетог захтева за ове активности добило дозволу од Министарства здравља.²⁹ Свака радња мимо ових легалних оквира представља кривично дело.³⁰

Посебни облици су усредређени на недозвољену производњу (неовлашћено узгајање мака или психоактивне конопље, или друге биљке из које се добија опојна дрога и набавка опреме или материјала за које учинилац зна да су намењени производњи опојних дрога).³¹ За оба посебна облика предвиђена казна затвора од шест месеци до пет година. Учиниоцу који открије од кога набавља опојну дрогу, закон пружа могућност да се може ослободити од казне.³² Овај лакши облик је предвиђен највероватније због отежаног доказивања овог кривичног дела (Делибашић, 2014б: 82), односно доказног дефицита, посебно ако је извршено од стране криминалне организације. У погледу тежих облика, први се односи на вршење дела од стране групе (запрећена казна затвора од пет до петнаест година), а други од стране организоване криминалне групе (казна затвора од минимум десет година).³³

Забраном ублажавања казне, наш законодавац није заобишао ни ово кривично дело, што је генерално изазвало критички став појединих

56/2013-испр., 14/2015, 42/2015, 58/2015-др. Закон, 44/2017 и 49/2018.

28 Члан 246. став 1. Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

29 Чланови 22.-25. Закона о психоактивним контролисаним супстанцама, *Сл. гласник РС*, бр. 99/2010 и 57/2018.

30 Члан 5. Закона о психоактивним контролисаним супстанцама, *Сл. гласник РС*, бр. 99/2010 и 57/2018.

31 Члан 246. ставови 2. и 6. Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

32 Члан 246. став 5. Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

33 Члан 246. ставови 3. и 4. Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

теоретичара. Рестрикцијом је обухваћено осам кривичних дела, од којих су четири обухваћена апсолутном рестрикцијом (силовање, обљуба над немоћним лицем, обљуба са дететом и трговина људима), а четири релативном, у смислу забране ублажавања казне за поједине облике кривичних дела (недозвољена производња и стављање у промет опојних дрога, отмица, изнуда и недозвољени прелаз државне границе и кријумчарење људи). Постоје ли уопште критеријуми којима се законодавац руководио при увођењу рестрикције ублажавања казне, и како су уопште кривична дела обухваћена апсолутном рестрикцијом, као што је силовање на пример, доведена у везу са делима на која се односи релативна рестрикција, недозвољеним прелазом државне границе или недозвољеном производњом и стављањем у промет опојних дрога (Стојановић, 2012: 253)? На овај начин је један општи институт кривичног права, релативизиран, што не би требало дозволити, посебно имајући у виду индивидуализацију казне затвора. Конкретно, код кривичног дела из члана 246. Кривичног законика Републике Србије, за дело које врши група забрањено је ублажити казну, али не и ако је дело извршено од стране организоване криминалне групе. Ублажавање казне у овом другом случају део је концепта сарадње између јавног тужиоца и окривљеног који је као припадник организације извршио кривично дело. Томе у прилог говоре статистички подаци које смо приказали у оквиру поступања ТОК и Специјалног суда поводом недозвољене производње и стављања у промет опојних дрога извршене од стране припадника криминалних организација. По постигнутом договору о врсти и висини казне, Суд је у једном броју случајева прихватио споразум о признању кривичног дела и применио институт ублажавања казне према окривљеном. Овим свакако не оправдавамо рестрикцију ублажавања казне којом се учиниоци појединих кривичних дела стављају у неједнаке позиције, али желимо указати на то да ублажавање казне у овом случају, не ремети могућност спровођења консесуалних кривичнопроцесних форми, које поступак чине ефикаснијим, каква је рецимо споразум о признању кривичног дела.

3. Кријумчарење опојних дрога као организована криминална активност

Једно од важних обележја организоване криминалне делатности јесте вршење кривичних дела зарад стицања економске добити, профита. Ово је уједно кључни сегмент којим се подвлачи јасна линија разликовања у односу на терористичке организације, чији су циљеви идеолошког карактера. Највећа добит се након нафтне индустрије у свету остварује трговином наркотицима (Делибашић, 2014а: 56; Jenner, 2011: 902). С тога

и не зачуђује што је управо ово кривично дело примарна активност већег броја криминалних организација. Главни снаббевач нарко тржишта кокаином је Колумбија, која преко својих нарко картела остварује више од 30% учешћа у глобалном нарко тржишту, а према извештају UNODC, у 2016. години, то је учешће износило 68,5% (United Nations of Drug and Crime, 2018). Главни, уједно и најозлоглашенији нарко картели, заслужни за снаббевање дрогом, јесу картел Меделин и картел Кали (Rosen, Bagley, 2015: 144).

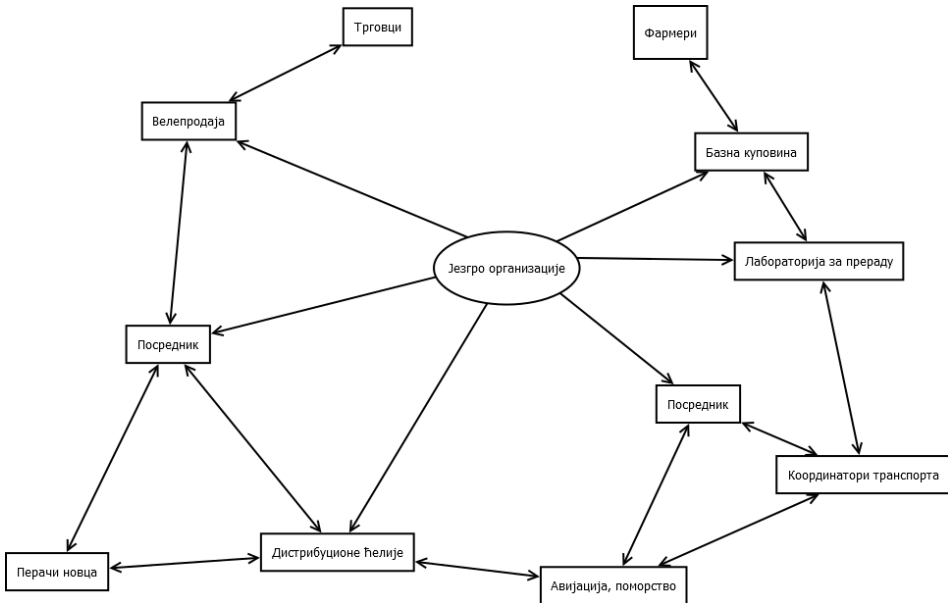
Коза Ностра, Сицилијанска мафија, своју криминалну каријеру је започела крађом стоке, пљачкама и изнудама (Russo, 2013: 9). Временом губи локални карактер и развија се у транснационалну организацију, која се примарно бави трговином наркотицима, углавном хероином (Dickie, 2004: 232). Камора, Кампанијска мафија, је почетак своје каријере обележила шверцом цигарета. Кроз сарадњу са Сицилијанском мафијом, путеве кријумчарења цигарета преображава у руте кријумчарења хероина, какав тренд је задржала и данас, јер већим делом контролише трговину хероина у Европи (Felia, 2016: 40). Међу наведеним италијанским криминалним организацијама, једино је са трговином наркотицима започела од момента стварања, Н'дрангета. Везујући се за Јужну Америку, Канаду и Аустралију, трговала је кокаином, да би касније када се проширила на цело Средоземље, прешла на трговину хашишом и лековима (Sergi, 2018: 428).

Производња, а посебно промет опојних дрога, изискује добру организацију, професионализам, повезаност не само чланова организације, већ успостављање чврстих веза са представницима државне власти, помоћу којиху крајњој линији једна криминална организација и опстаје. Производња се односи на процес настанка природних и синтетичких опојних дрога. Узгој и прерада појединих природних дрога, попут мака и конопље који се прерађују у опијум и хашиш, су најраспрострањенији на Бурми, Тајланду, Лаосу, у Пакистану, местима која чине појас Златног троугла и Златног полумесеца (Мијалковић, 2009: 37). Производња синтетичких дрога одвија се у лабораторијским условима, где је осим набавке прекурсора, потребно повезати се са хемичарима или фармацеутима, како би се добио жељени производ (Мијалковић, 2009: 38). Посебна рецептура је неопходна, јер се може десити да дође до грешке, и тако добије смртоносна опојна дрога, која доводи до жртава већег дела популације, најалост, најчешће малолетника. Колумбијски нарко картели су специфични по томе што осим подгрупа за узгој, имају и оне које су специјализоване за производњу синтетичких дрога, дакле располажу лабораторијама за производњу, а истовремено имају и оне које обављају послове транспорта.

На изузетно дугим рутама кријмчарења, дрога прође кроз руке минимум осам посредника, а притом се сваки пут и добит удвостручи (Делибашић, 2014а: 56). Колумбија представља почетну одредницу канала кријумчарења кокаина на северноамеричком тржишту, који се морским путем транспортује до Мексика или Централне Америке, затим копном до Канаде и САД-а (United Nations of Drug and Crime, 2010). Одатле се транспортује у контејнерским пошиљкама морским путем у Европу. Балканска рута главни је коридор за кријумчарење хероином, а повезује Авганистан са руским нарко тржиштем (United Nations of Drug and Crime, 2010). Свака криминална организација има чланове специјализоване за тровину наркотицима. Почињу са устаљеним путевима, али их врло брзо мењају како би били недостижни органима гоњења, тако да руте никада нису исте.

Универзална шема деловања наркомафије не постоји, јер организација и подела послова унутар криминалне организације зависи од тога како је она структурирана. Осим класичних хијерархијских, данас су заступљени и други видови структуре, тако да се зависно од тога у литератури прететују различити модели, или шеме деловања. *Кеннеу* прететује различите моделе структуре колумбијских нарко картела, а определили смо се за један од њих, мрежно структуриран, којим је на сликовит начин приказана узајамна повезаност и функционисање не само чворова који се баве узгојем, већ и оних који врше лабораторијску прераду или производњу, до оних који обављају послове транспорта, ваздушним, или морским саобраћајем, даље уручујући предметне супстанце дистрибуционим ћелијама, које их на крају прерасподељују на тржишту.

Фигура 1 приказује мрежно структурирану криминалну организацију, која припада типу кружне мреже, или звезда мреже. У самом центру се налази језгро организације (основна група или основни чвор), које управља периферним чворовима, организује трансакције међу њима, организује финансирање испорука кокаина (Kenney, 2007: 243-244). Строго води рачуна о томе да идентитет вође остане неоткривен, а у спречи са надлежним државним органима настоји да нелегалне активности покрије легалним. Периферни чворови обављају послове транспорта, прераде, дистрибуције дроге, прање новца. Вертикална одговорност периферних чворова негира слику о разасутости, која је само привидна на први поглед.



Фигура 1: Стрелице са једном главом означавају односе засноване на вертикалној одговорности, док оне са две главе означавају односе засноване на хоризонталној одговорности (Kenney, 2007: 244). Директиве потичу из језгра, периферни чворови су за сваки поступак њему одговорни. Хоризонтална представља узајамну одговорност међу периферним чворовима.

Посебно питање се односи на то како се државе суочавају са организованим кријумчарењем наркотика. Кључну улогу у томе играју његово откривање и доказивање. Како је по среди прекогранични криминал, најважнију улогу у откривању опојних дрога, која се може транспортовати различитим врстама саобраћаја, играју царински службеници. Њихова пажња је усредсређена на устаљене руте и праћење њихових промена, уобичајена места скривања (Одаловић, 2016: 376), које год да је превозно средство у питању, а најчешће су то аутомобили (Алексић, Шкулић, 2011: 263), незаобилазни су и индикатори кријумчарења, развијени из богате криминалистичке праксе и искуства (Алексић, Шкулић, 2011: 267).

Узорак заплете предметне супстанце доставља се на физичко-хемијску анализу лабораторији Министарства надлежног за унутрашње послове и Безбедносно-информативне агенције. Током саслушања осумњиченог, а на основу количине заплете опојне дроге, установити да ли је била намењена сопственој употреби, или продаји, не би требало да представља проблем. Ако је по среди мања количина опојне дроге, радиће се о

кривичном делу неовлашћено држање опојних дрога из члана 246а КЗ РС. Иако овим чланом није прецизирано колико би требало да износи мања количина, ако се пође од тога да једну дозу чини количина од 0,25 до 0,5 грама, онда доза која прелази један грам не би требало да се третира као мања количина.³⁴ Ово важи за оне дроге које се узимају интравенозно или ушмркавањем, као што су хероин и кокаин, док у погледу лаких дрога, као што је марихуана, став треба да изгради судска пракса од случаја до случаја (Вуковић, Станојчић, 2015: 291). Ако се ради о већој количини опојне дроге, радиће се о кривичном делу из става 1. члана 246. КЗ РС, који као једну од радњи извршења предвиђа држање опојне дроге намењене продаји. У том случају као доказ може послужити саслушање осумњиченог, односно информације које садржи записник о саслушању, а имају квалитет доказа, заплењена већа количина опојне дроге и у најбољем случају сведочење уживаоца који су куповали дрогу од учиниоца.

Хијерархијска структурираност и „закон ћутања“, само су неки од чинилаца који отежавају откривање и доказивање кривичних дела организованог криминала. Органима гоњења може бити проблем да у конкретном случају открију и докажу извршење кривичног дела недозвољена производња и стављање у промет опојних дрога од стране саучесника, кроз чије је руке у нарко ланцу предметна супстанца претходно прошла, а затим уручена на даљи транспорт осумњиченом. Тада би најбоља варијанта била да је осумњичени као непосредни извршилац припадник најниже лествице, а да је директиву добио од припадника који се на хијерархијској лествици налази непосредно изнад њега. Органи гоњења тада већ могу размишљати и ићи у правцу концепта сарадње са окривљеним који ће против саучесника сведочити, и тада се заправо може и говорити о доказивању овог кривичног дела из члана 246. став 4. КЗ РС. Наравно да је и ова ситуација релативног карактера, јер окривљени приступа сарадњи са јавним тужиоцем добровољно. Неки су спремни да прекрше „закон ћутања“, па ради добијања повластица приступају сведочењу против саучесника. Органи гоњења тада настоје да од окривљеног добију што више информација везаних за криминалну организацију којој припада. Обично се у САД-у, услед доказног дефицита, прибегава закључењу споразума о сведочењу, већим делом код овог кривичног дела (Simons, 2002: 939). Такви случајеви су у пракси довели до успешних резултата, откривања других чланова, па чак и вођа, зависно од тога како је организација структурирана, односно да ли је лидер познат осталим припадницима, или не. Код колумбијских нарко картела, ситуација је већ другачија, јер их чине ћелије које су невезане међусобно, а

34 <https://www.pravniportal.com/dokazivanje-krivcnog-dela-neovlascena-proizvodnja-i-stavljanje-u-promet-opojnih-droga-iz-cl-246-kz/>, посећено 21.03.2019.

није им познато чак ни име лидера. У Италији, значајна улога у откривању и доказивању кривичних дела уопште, па и недозвољене производње и стављања у промет опојних дрога, припада категорији сарадника правде (Так, 1997: 22). Највише сарадника правде потиче из Коза Ностре, Каморе, а занемарљив број из Ндрангете (разлог томе лежи у породичним везама на којима се ова организација заснива).³⁵

Осим исказа сведока који је и сам припадник криминалне организације, могу се користити и друга доказна средства. За ово кривично дело, типична је контролисана испорука, или склапање симулованих послова, или нека од мера инфилтрације у криминогену средину, прикривени иследник, на пример. Ове мере јесу значајне када говоримо о сузбијању организованог криминалитета, али је питање колико се успешно могу спровести. Осим тога, рачуна се на потпуну кооперативност лица које је и само члан организације, и не само на то, већ и искреност, јер ће у супротном одговарати за кривично дело давање лажног исказа.

Окривљени који нису спремни да ризикују свој и животе чланова најуже породице, кривицу преузимају на себе. У наредним редовима приказаћемо кроз анализу статистичких података, како они бивају процесуирани пред Тужилаштвом за организоване криминал и Специјалним судом Републике Србије.

4. Недозвољена производња, држање и стављање у промет опојних дрога као организована криминална делатност у пракси пред Тужилаштвом за организоване криминал и Специјалним судом у периоду од 2012. до 2017. године

Као кривично дело типично за криминалне организације, недозвољена производња и стављање у промет опојних дрога заступљена је како у редовној кривичној процедури, тако и у процедури поводом споразума о признању кривичног дела пред Тужилаштвом за организоване криминал и Специјалним судом. Да би се о томе формирала јаснија слика, кроз три табеле ћемо приказати статистичке податке који се односе на: стадијуме процесуирања учинилаца наведеног кривичног дела, за период од шест година, од 2012. до 2017. године, пред Тужилаштвом за организоване криминал и Специјалним судом, ради утврђивања тога у колико је случајева учинилац успешно процесуиран, односно у коликом су броју

³⁵ http://www.camera.it/_bicamerale/leg15/commbicantimafia/documentazionetematica/25/schedabase.asp#Normativa, посећено 17.11.2018. Члан Ндрангете би морао да открије велики број лица са којима је у сродству, у првом, другом, трећем степену... Зато се веома мали број њених чланова одлучује на овај корак.

изречене осуђујуће пресуде у односу на број поднетих кривичних пријава и покренутих истрага; структуру осуђујућих пресуда; споразуме о признању кривичног дела из члана 246. става 4. КЗ РС закључених пред ТОК, и колике је казне затвора изрекао Специјални суд, уважавајући договор о врсти и висини казне између јавног тужиоца и окривљеног, као и у коликом је износу одузета имовинска корист, у периоду од пет година, од 2013. до 2017. године.

Табела 1.

Процесуирање учинилаца кривичног дела из члана 246. КЗ РС пред Тужилаштвом за организовани криминал и Специјалним судом у периоду од 2012. до 2017. године

Година	Поднете кривичне пријаве	Наредба о спровођењу истраге	Подигнуте оптужнице	Осуђујуће пресуде	Ослобађајуће пресуде
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
Укупно	186	183	172	163	8

Извор: <http://rjt.gov.rs/sr/informacije-o-radu>

Табела 2.

Структура осуђујућих пресуда за кривично дело из члана 246. КЗ РС у периоду од 2012. до 2017. године

Година	Казна затвора	Условна осуда	Новчана казна	Одузимање предмета	Одузимање имовинске користи
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
Укупно	162	1	2	84	33

Извор: <http://rjt.gov.rs/sr/informacije-o-radu>

Табела 3.

Споразум о признању кривичног дела из члана 246. КЗ РС пред Тужилаштвом за организовани криминал и Специјалним судом у периоду од 2013. до 2017. године

Година	Укупан број закључених споразума о признању кривичног дела	Број закључених споразума за кривично дело из члана 246. става 4. КЗ РС	Укупно трајање изречене казне затвора	Новчани износ одузете имовинске користи
2013	60	19	119 година и 7 месеци	52.020 евра
2014	36	1	3 године и 6 месеци	9.000 евра
2015	87	12	43 године и 7 месеци	3.500 евра
2016	88	12	45 година и 5 месеци	15.090 евра и 34.000 динара
2017	117	11	42 године и 5 месеци	5.000 евра
Укупно	388	55	254 године и 6 месеци	94.610 евра и 34.000 динара

Извор: <http://rit.gov.rs/sr/informacije-o-radu>

5. Закључак

Као један од видова злоупотребе опојних дрога, недозвољена производња и стављање у промет опојних дрога поприма озбиљнија обележја у контексту организованог криминалитета. Најпре, предмет кријумчарења су велике количине опојних дрога, углавном кокаина и хероина, јер доносе највећи профит на нарко тржишту. Већа понуда за собом повлачи и већи број конзументата, који у стању зависности могу вршити кривична дела, обично имовинска, услед недостатка новчаних средстава за куповину дрога. Не треба занемарити ни штетне последице по здравље, у извесном броју случајева чак и са смртним исходом. Још више забрињава чињеница да су у последње време то малолетна лица, која се већ након првог или другог конзумирања, више не могу одупрети овом пороку. Са друге стране, већи степен опасности носи здруживање (кумулација) криминалне енергије чланова криминалне организације. Вероватноћа да ће добро испланирана и организована трговина наркотицима бити реализована је далеко већа, него да то чини мањи број лица која нису удружена свим снагама.

Национална законодавства земаља које су инкорпорирале одредбе међународних Конвенција, предвиђају као тежи облик извршење овог кривичног дела од стране криминалне организације. Поред наведених, разлог томе је, у том случају, његово отежано откривање и доказивање и

пored сарадње међународних и националних надлежних органа на пољу сузбијања организоване криминалне делатности. Један број осумњичених је спреман да сноси сву кривицу, а један, иако свестан да их чека освета, опредељује се за сведочење против саучесника, зарад добијања привилегија током поступка.

Забрана ублажавања казне коју наше законодавство познаје за поједина кривична дела и поједине облике кривичних дела, критикована је у кривичноправној теорији, уз аргумент да се њоме нарушава један општи кривичноправни институт. Осим тога, један број окривљених се доводи у неједнаку позицију, како у оквиру редовне кривичне процедуре, тако и код појединих консесуалних кривичнопроцесних форми. Забрану ублажавања казне наш законодавац предвиђа и код појединих облика кривичног дела недозвољена производња и стављање у промет опојних дрога, али не и код тежег облика из става 4., када дело врши криминална организација. Забрана ублажавања казне повлачи немогућност ослобођења од казне, а како код овог тежег облика она није предвиђена, не ремети се концепт сарадње јавног тужиоца са окривљеним. То смо показали кроз праксу ТОК-а и Специјалног суда, пред којима су учиниоци кривичног дела из члана 246. процесуирани редовним путем, а било је и случајева закључења споразума о признању предметног кривичног дела. У највећем броју случајева редовни поступак је окончан изрицањем осуђујуће пресуде. Истрага је покренута у односу на 183 лица, а поступак окончан правноснажно у односу на 163 лица осуђујућом, а у односу на 8 лица ослобађајућом пресудом. Структуру осуђујућих пресуда највећим делом чини казна затвора, потом мера безбедности одузимање предмета, затим мера одузимања имовинске користи, док најмањи проценат осуда чини условна осуда и новчана казна као споредна. У односу на 20 лица истрага је остала нерешена, обустављена или прекинута. Од укупног броја закључених споразума, споразум о признању кривичног дела из члана 246. став 4. КЗ РС закључен је у 14% случајева и окончан осуђујућом пресудом уз коју је одузета имовинска корист у великом новчаном износу. У односу на укупан број правноснажно окончаних поступака, готово да је занемарљив број нерешених истрага услед недостатка доказа. Одузимањем имовинске користи стало се на пут томе да се нелегално стечен профит касније привидно покрије легалним активностима. Органи уско специјализовани за процесуирање кривичних дела организованог криминалитета су у анализираном шестогодишњем периоду показали висок степен стручности, ажурности и ефикасности и поред чињенице да се ради о сложеним кривичним делима која се тешко откривају, а још теже доказују.

Мимо наведених успеха, дискутабилно је да ли се ублажавањем казне за кривично дело из члана 246. става 4. када се закључи споразум о признању кривичног дела, може остварити сврха кажњавања, специјална и генерална превенција. Можда би одузета имовинска корист (иако нема карактер кривичне санкције) могла да одврати учиниоца од поновног извршења истог кривичног дела, али не видимо ефекат генералне превенције, јер су у анализираном периоду сваке календарске године извршиоци редовно процесуирани, или су ступили у преговоре са јавним тужиоцем. Рачунајући да њихова кривица неће бити доказана, или да дело неће бити откривено, или да ће у крајњем случају бити блаже кажњени, а да притом неће бити откривено порекло новца, или друге стечене имовинске користи, учиниоци се као припадници криминалних организација све више препуштају извршењу овог кривичног дела.

Литература/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/_bicamerale/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-krivcnog-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.

Kennedy, 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.

Алексић, Ж. Шкулић, М. (2011). *Криминалистика*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Вуковић, С. Станојчић, Г. (2015). *Коментар кривичног законика са судском праксом, регистром појмова и табеларним приказом свих кривичних дела*. Београд: Пословни биро.

Делибашић, В. (2014а). *Сузбијање злоупотреба опојних дрога са становишта кривичног права*. Београд: Службени гласник.

Делибашић, В. (2014б). Поједина спорна питања у вези са опојним дрогама. *Crimen*. 1/V. 75-88.

Ђурђић, В. Јовашевић, Д. (2010). *Кривично право - посебни део*. Београд: Номос.

Закон о психоактивним контролисаним супстанцама. *Сл. гласник РС*. Бр. 99/2010 и 57/2018.

Закон о ратификацији Конвенције о психотропним супстанцама. *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 40/73.

Закон о ратификацији Конвенције Организације уједињених нација против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци. *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 14/90.

Кривични законик. *Службени гласник РС*. Бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

Мијалковић, С. (2009). Деловање наркомафије. *Ревуја за безбедност*. 4/09. 36-43.

Одаловић, Т. (2016). Улога Управе царина у борби против кријумчарења наркотика. *Култура полиса*. III (31). 371-379.

Стојановић, З. (2012). *Коментар кривичног законика*. Београд: Службени гласник.

Стојановић, З. Перић, О. (2007). *Кривично право - посебни део*. Београд: Правна књига.

Уредба о ратификацији Јединствене конвенције о опојним дрогама. *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 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.*

Стефан Стојановић,* МА
докторанд Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-22891

UDK: 94(497.11)"04/14"
Раd примљен: 20.08.2019.
Раd прихваћен: 19.11.2019.

ЈЕРЕТИК ИЗ ЧЛАНА 10 ДУШАНОВОГ ЗАКОНИКА**

Апстракт: Душанов законик, најважнији правни акт средњовековне Србије и данас је у центру пажње правних историчара. Једно од питања за које се у науци дуго веровало да је коначно решено, најновијим истраживањима поново је актуелизовано. То питање се односи на кривично дело против вере предвиђено чланом 10 Душановог законика, као и на појам јеретика, учиниоца овог дела. Поред правноисторијске анализе наведеног члана Законика, као и других чланова неопходних за његово разумевање, аутор у раду анализира мишљења и ставове других аутора, те излаже своје аргументе о појму јеретика који се помиње у члану 10 Душановог законика.

Кључне речи: Душанов законик, српско средњовековно право, јеретик, кривично дело против вере.

1. Увод

Члан 10 Душановог законика гласи: „И кто се обрѣте еретигъ живѣ въ хрїстіанѣхъ; да се жеже по образу и да се прожене; кто ли га име таити, и тѣзы да се жеже“¹ (Новаковић, 2004: 14). Дакле, када би се пронашао *јеретик* да живи међу православнима, према слову Законика, био би жигосан по образу и протеран. Онај који би га скривао и сам би био жигосан.

Пре него што покушамо да утврдимо ко се заправо крије иза појма *јеретик*, треба размотрити групу чланова (6–9), који директно претходе члану 10 Душановог законика, а за које данас у науци постоји јединствено мишљење да се односе на римокатоличанство. Члан 6 Законика наређује: „И за ересъ латинскоую; што ѳсе€ соу (о)братили хрїстіане въ азїмїство; да се възврате

* stojanovicst91@gmail.com

** Раd представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (број пројекта 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

1 Изворни текст одредаба Душановог законика дат је према Призренском препису.

опетъ въ христiанство; ако ли се кто обрѣте прѣчювъ и не възвративъ се въ христiанство, да се каже како пише оу законикоу светѣихъ отьцьꙋ“ (Новаковић, 2004: 11). Из овог члана сазнајемо да је било православних који су прешли у римокатоличанство (*јерес латинска; азимство*), те им Законик заповеда да се врате у православље. Онај ко не би поступио по наредби *Душановог законика* био би кажњен по *Закону светих отаца*². Члан 7 предвиђа: „И да постави црковъ велика протопопѣ по вѣсѣхъ ѿградовѣхъ и ѿ трговѣхъ да възврате христiане оть ереси ЛАТИНСКѢИѢ, кои се соу обратили въ вѣроу латинскоу; и да имъ даде заповѣдъ доуховноу; и да се вѣсакы врати въ христiанство“ (Новаковић, 2004: 12). По свим градовима и трговима треба да се поставе протопопови (помоћници епископа), како би се старали да се они који су прешли у римокатоличанство (*јерес латинска*) врате православљу. Члан 8 кажњава римокатоличког свештеника (*попа латинског*) који би преобратио православног у римокатоличку веру: „И попь латинскы, ако се наиде обративъ христiанина въ вѣроу латинскоу, да се каже по закону светѣихъ отьцьꙋ“ (Новаковић, 2004: 13). Члан 9 римокатоличку вероисповест мужа предвиђа као брачну сметњу: „И ако се наиде полоувѣрць оузъмъ христiаницоу; ако оузлюби, да се крѣсти оу христiанство; ако ли се не крѣстиѣ да моу се оузъмъ жена и дѣца; ако ли се не крѣстиѣ да моу се оузъмъ жена и

2 Мишљење А. Соловјева да је ова одредба неправилна са гледишта правне науке, јер кривичноправна санкција не сме имати повратну снагу (ретроактивно дејство), те да обухвата случајеве настале пре њеног доношења (Соловјев, 1980: 176), није у потпуности оправдано. Пре свега, правне норме из средњовековних (разуме се и ранијих) правноисторијских извора не могу се подводити под начела настала у доктрини савремене правне науке. Чак када би то и било изводљиво, према закључцима који би се на тај начин добили треба се односити крајње опрезно. Други разлог за нашу тврдњу крије се у телеолошком (циљном) тумачењу наведене одредбе. Наиме, напуштање православља (отпадништво од праве вере, апостасија) је кривично дело које је инкриминисано *Законоправилом* Св. Саве, што значи да га је српско право познавало и пре Душановог законодавства. Самим тим што су поједини православни верници прешли у римокатолицизам, они су учинили наведено кривично дело, те су према одредбама *Законоправила* били кривично одговорни. Одредба *Душановог законика*, којом се наређује онима који су пришли католичанству да се врате у православље, има за циљ да тренутно одложи примену *Законоправила (Законата светих отаца)* и пружи прилику бившим православним верницима да се покају и врате правој вери. Вероватно је основни разлог који је определио законодавца да пропише овакву норму био знатан број православних, који су под притиском и пропагандом католичке цркве прешли у римокатолицизам. Да би се избегло кажњавање већег броја српских поданика који су већ учинили наведено кривично дело, цар Душан као чувар православља, пружио им је прилику да се покају и врате у православље и на тај начин избегну кажњавање. Једино онај који би се оглушио о наредбу из првог дела наведеног члана, био би кажњаван по *Закону светих отаца*, тј. *Законоправилу*, чиме би се активирала његова примена. Дакле, овде није реч о ретроактивном дејству *Душановог законика*, већ о условно одложеној примени *Законоправила*.

дѣца; и да им даа дѣль од коукѣ; а онъ да се иждене“ (Новаковић, 2004: 13). Додуше, ова брачна сметња се може отклонити преласком римокатолика у православну веру.

Из ове групе чланова сазнајемо да је Римска курија водила агресивну политику према православном становништву Душановог царства, што је очигледно дало резултата. Одређени број православаца је пришао римокатоличанству, због чега је *Закоником* било неопходно под претњом казне предвидети да се они морају вратити православној вери. У овој римокатоличкој пропаганди учествовало је и латинско свештенство, те *Законик* предвиђа казну и за *попа латинског*. Брак између римокатолика и православне није био дозвољен.

Закључак који се изводи из ових одредаба је да је њихов главни циљ био заштита православља од римокатоличког утицаја. Дакле, забрањује се римокатолички прозелитизам. *Законик* не забрањује исповедање римокатоличке вере од стране римокатоличких верника који су у њој рођени, нити наређује римокатолицима да пређу у православље (осим члана 9, али и то само уколико римокатолик жели да сачува брак са православном, што је у суштини још једна заштитна мера). Пропаганда и превођење православних у римокатоличанство је забрањено.

Пошто смо утврдили садржину и циљ наведене групе чланова, можемо приступити тумачењу члана 10 *Душановог законика*.

2. Најзначајнија тумачења појма *јеретик*

У нашој правноисторијској науци било је више покушаја да се да одговор на питање ко је *јеретик* из члана 10 *Душановог законика*. У свом коментару *Душановог законика* С. Новаковић поводом дотичног члана вели: „Тешко је разумети како је овоме члану дато овако опште значење, пошто се зна да је јеретика било по свима знатнијим градовима и рударским местима у којима су уживали нарочите повластице трговачких уговора. Те повластице и *Законик* свуда признаје, и још при одредбама о пороти нарочито помиње *иноверце* (чл. 153). По томе ваља узети да се овај члан тиче јеретика који би били прави српски грађани; за њих *Законик* није допуштао другу веру осим православне“ (Новаковић, 2004: 154–155). Из овога видимо да је С. Новаковић под појмом *јеретик* подразумевао римокатолика, те је наведени појам проширио на све римокатолике у српском царству. Међутим, увиђајући да је било доста римокатолика („по свима знатнијим градовима и рударским местима у којима су уживали нарочите повластице трговачких уговора“), утврдио је да они не могу бити кажњавани наведеном казном. Због тога је погрешно закључио да се наведени члан тиче *јеретика* –

„правог српског грађанина“, те да „држављанин“ средњовековне Србије, односно „прави српски грађанин“, како вели С. Новаковић, није смео да буде римокатолик.

Наведено тумачење С. Новаковића, критиковао је А. Соловјев: „Овако се тумачење не може прихватити: одувек је било доста правих српских грађана католичке вере – у Приморју, у Зети, у Арбанији“ (Соловјев, 1980: 179–180). Затим, А. Соловјев износи ново гледиште по којем се појам *јеретика* не односи на римокатолике, већ на богумиле. Он закључује: „Стога чл. 10 Душанова законика, који прети јеретику жигосањем и протеривањем из државе, не може да се односи на католике. Треба приметити да сами католици нису називани јеретцима... Онај опасни јеретик, који не сме да станује у српској држави, а ипак се крије између хришћана („кто ли га има таити“), то је свакако богумил-бабун...“ (Соловјев, 1980: 179). Ово тумачење А. Соловјев је претходно изнео и у својој докторској дисертацији *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка* из 1928. године, у којој је навео: „Без сумње на правог јеретика (пре свега на богумила) циља члан 10 Душанова законика, који прети прогонством и телесном казном сваком јеретику и сваком који га крије. Види се да се ту говори о сасвим забрањеној јереси“ (Соловјев, 1998: 473).

Т. Тарановски истичући казуистичност и конкретност *Душановог законика*, подржава мишљење А. Соловјева: „...има право Соловјев када каже, да се у чл. 10 циља пре свега на богумиле, чиме се успоставља и наставља стара традиција, која иде још од Стефана Немање“ (Тарановски, 2002: 363).

С. Шаркић је такође протумачио да се члан 10 *Душановог законика* односи на богумила. Зато је овај члан сместио у групу одредаба *Законика* који се односе на јеретике. Поред јеретика у „не-хришћане“ („не-православне“) средњовековног српског права, према С. Шаркићу, спадају још римокатолици и пагани (незнабошци).

Тумачење А. Соловјева прихватио је и Ђ. Бубало, те наводи: „Иако скупину чланова о католицима отвара реченица *О јереси латинској*, овде ће ипак бити речи о правом јеретику, богумилу, јер овакав поступак према католику који живи међу православцима противречи свему што се зна о њиховом положају у српској држави и нема никакве потврде у изворима“ (Бубало, 2010: 152).

Н. Селаковић, такође, заступа наведену теорију. У упоредно-правној студији *Душанов законик и правни транспланти* запазио је да је наведени члан 10 *Душановог законика* преузет уз модификацију из византијског права: „Као и код великог броја других чланова и код овога се показује да је дошло до пресађивања правног решења из византијског права,

али да оно није учињено дословце. Ипак, суштина одредбе је потпуно задржана. Члан 10 *ДЗ* представља преузету одредбу о манихејцима из друге главе А-састава *Синтагме*“ (Селаковић, 2007: 28). Ова одредба гласи: „Уколико се установи да манихејац живи у грчком месту, да му се одруби глава“ (превод: Суботин-Голубовић, 2013: 53). Н. Селаковић додаје: „Код овога члана видљива је и интервенција законодавца, који је поменути одредбу усавршио, а казну изменио. Смртна казна, која је потпуно у духу византијског права, замењена је жигосањем и протеривањем“ (Селаковић, 2007: 29). Овоме треба додати да је наведена одредба у *Синтагму* преузета из *Василика* (29 *Vas. I*, 1).

А. Катанчевић је у деликт римокатоличког прозелитизма уврстио одредбе 6, 7, 8 и 9 *Душановог законика*, о којима је било речи. Члан 10 *Душановог законика* остао је ван ове групе одредаба и није био предмет његовог истраживања. Самим тим није опредељен појам *јеретика* из дотичног члана (Катанчевић, 2016: 559–566). Међутим, његово истраживање веома је значајно, јер указује на кривичноправну одредбу која се има применити на оне који су прешли у римокатоличанство, али не желе да се врате православљу (члан 6 *Душановог законика*). На овом месту важно је утврдити на коју одредбу, односно казну, члан 6 *Законика* упућује?

А. Соловјев вели: „Тај је навод доста нејасан јер нити *Синтагма* нити Светосавски номоканон немају изричне одредбе о кажњавању због прелажења у католичку веру. Вероватно је да Душанов Сабор циља на проширено тумачење одредбе *Скраћене синтагме А-1* (из Прохирона 39, 34), који понавља одредбу Јустинијанова Кодекса (I, 5, 22)“ (Соловјев, 1980: 175). Ова одредба у *Синтагми* Матије Властара је друга световна одредба под насловом *Закони градски* (дакле, у питању су две световне одредбе) главе А-1 (*О онима који су се одрекли ове непорочне хришћанске вере и о томе како треба примати назад оне од њих који се покају*) и гласи: „Они који су одступили од православне вере и постали јеретици, или су принели жртву, или су коме обећали да ће је принети, не могу да завештавају (имовину), то јест да дијатаксују, нити да дарују, нити са уговором нити без уговора могу шта примити (тј. наследити завештајно или без завештања – напомена аутора)“ (превод: Суботин-Голубовић, 2013: 40). Дакле, као што је наведено, приметио је да је ово упућивање на *Законик светих отаца* „доста нејасно“, јер ни *Законик* ни *Синтагма* не кажњавају прелаз у римокатоличанство. Зато је закључио да: „*Душанов законик* упућује на ту одредбу и вероватно баш због тога служи се у овом члану, поред речи „азимство“, и изразом „јерес латинска“, пошто у овом случају изједначује католике с Јустинијановим јеретичима“ (Соловјев, 1980: 175). А. Соловјев је дошао до наведеног закључка, јер се држао искључиво језичко-логичког тумачења. Због

тога, вероватно, није узео у обзир нпр. одредбу 39. 28 *Законоправила*, која прописује смртну казну за православца који постане манихејац. Треба имати у виду да је реч „манихејац“ из одредбе главе А-2 *Синтагме* (која је била узор члану 10 *Законика*, како је то приметио Н. Селаковић), замењена у *Законику* управо термином „јеретик“. Из овога је јасно да нема места строгом језичко-логичком тумачењу наведених одредаба.

Насупрот овом становишту, А. Катанчевић сматра да се члан 6 *Душановог законика* односи на *Закон градски* (*Прохирон* реципиран у *Номоканону* Светог Саве), те наводи кривична дела у вези са отпадништвом од православља у *Закону градском*: „Прво по реду (39. 28) постоји када правоверни хришћанин постане манихејац. Друго чини онај ко зна за такав поступак, а не пријави га (такође 39. 28). Треће (39. 33) се састоји у практиковању политеистичке религије после крштења. Четврто дело (39. 34) постоји уколико је неко одступио од праве вере и постао јеретик, принео жртву или некоме обећао да ће је принети. У првом, другом и четвртом случају казна је смрт. Трећи од наведених деликата се кажњава забраном сачињавања тестаментa, давања поклона и наслеђивања (било по тестаменту, било интестатски)“ (Катанчевић, 2016: 562). А. Катанчевић, оповргавајући тезу А. Соловјева, истиче да се у конкретном случају има применити смртна казна из одредбе 39. 28 *Законa градског*. Као аргументе износи следеће: „Прво, мало је вероватно да би средњовековни суд изрицао овакву казну ограничења пословне способности, које би требало да важи убудуће, а које би се, између осталог, лако дало изиграти. Пре би се могло очекивати да се о питању способности располагања поклоном и тестаментом и способности наслеђивања, одлучује у одређеном правном контексту, односно у конкретном наследном спору, или спору поводом конкретног поклона. Друго, термин „казати“ у смислу „казнити“ (у императиву „да се каже“), се у *Душановом законику* најчешће употребљава када се упућује на пропис који предвиђа смртну казну (чланови 140–142, 144–147, 149, 165, 173. и 178)³. Имајући у виду речено, члан 6 *ДЗ* би у нешто слободнијем преводу гласио: „Православци који су се обратили у римокатоличанство, да се врате опет у православље. Ко то не учини, да се казни као да је прешао у богумилство, смртном казном“ (Катанчевић, 2016: 567).

Прихватајући аргументацију А. Катанчевића, до истог закључка долазимо мало другачијим путем. Најпре, морамо упоредити конкретне одредбе из *Синтагме* Матије Властара и *Номоканона* Светог Саве. Радња дела из наведене друге одредбе под насловом *Закон градски* главе А-1 *Синтагме* (која је преузета у *Скраћеној Синтагми*⁴) састоји се у „одступању од православља

3 Што је уосталом и А. Соловјев приметио (Соловјев, 1980: 176).

4 На коју се позива А. Соловјев (Соловјев, 1980: 175).

и постајању јеретиком, те приношењу жртве или обећању некоме да ће се жртва принети“. Иста ова радња инкриминисана је одредбом 39. 34 *Закона градског у Номоканону* Светог Саве. Разлика између ових одредаба је у казни. Док *Синтагма* за наведено дело прописује губитак способности располагања поклоном и тестаментом и способности наслеђивања, *Номоканон* предвиђа смртну казну. Међутим, аутори (А. Соловјев и А. Катанчевић) нису обратили пажњу на прву одредбу под насловом *Закон градски* главе А-1 *Синтагме* Матије Властара (такође ушла у *Скраћену Синтагму*) која гласи: „Они који су се удостојили светог крштења и опет одржавају јелинске обичаје треба да буду кажњени смртном казном“ (превод: Суботин-Голубовић, 2013: 40). Радња наведеног дела је иста као у одредби 39. 33 *Закона градског у Номоканону* Светог Саве. Али и овде постоји разлика у кажњавању за исту радњу кривичног дела. *Синтагма* за ово дело предвиђа смртну казну, а *Номоканон* губитак способности располагања поклоном и тестаментом и способности наслеђивања. Закључујемо да је реч о истим одредбама *Синтагме* и *Номоканона* преузетих из *Прохирона*, али да су казне за наведена дела, очигледно случајно замењене у *Номоканону*. Матија Властар није уврстио у своју *Синтагму* кривичноправну одредбу о преласку у манихејство (39. 28 *Закона градског у Номоканону*), сматрајући да је довољна одредба која предвиђа смртну казну за манихејце у глави А-2 (*О јеретицима и о томе како треба примати оне који се из јереси преобраћају*). Неопходно је сагледати наведена кривична дела из *Номоканона* (јер су овде комплетно преузета), и то са исправљеном садржином одредаба у погледу казне, односно онако како је то било предвиђено *Прохироном*⁵. На тај начин увиђамо два облика истог кривичног дела, напуштања православља: 1) прелаз у манихејство, односно јерес (39. 28 *Закона градског у Номоканону*) и 2) прелаз у незнабоштво (39. 33 *Закона градског у Номоканону*; прва световна одредба главе А-1 *Синтагме*). У оба случаја, предвиђена је била смртна казна. Међутим, одредба 39. 34 *Закона градског у Номоканону*, (односно друга световна одредба главе А-1 *Синтагме*, на коју је указивао А. Соловјев), у погледу санкције на први поглед је у колизији са наведеним одредбама. Она кажњава „оне који су одступили од православне вере и постали јеретици, или су принели жртву, или су коме обећали да ће је принети“ губитком способности располагања поклоном и тестаментом и способности наслеђивања. Дакле, и она кажњава отпадништво од православља у два случаја: 1) прелаз у јерес („који су одступили од православља и постали јеретици“) и 2) прелаз у незнабоштво („који

5 *Прохирон* (Приручник) је византијски правни зборник, донет између 870. и 879. године. Његов превод је ушао у *Номоканон* Светог Саве, као тзв. *Закон градски*.

су принели жртву, или су коме обећали да ће је принети“)⁶. Зашто су казне за иста дела толико различите, те која ће се одредба применити на отпаднике од православља, да ли ће они бити кажњени смртном казном или губитком пословне способности? Сматрамо да не постоји колизија норми, већ се на учиниоца наведеног кривичног дела (отпадништво од православља у незнабоштво или јерес), имају применити обе казне. Као главна, била је предвиђена смртна казна, док је губитак способности располагања поклоном и тестаментом и способности наслеђивања, имао карактер допунске казне. Наравно, допунска казна се примењивала на сва располагања завештањем и поклоном, као и на сву имовину стечену (или потенцијалну) наслеђивањем пре извршења главне казне. Дакле, члан 6 *Законика* упућује на одредбу 39. 28 *Закона градског у Номоканону*, јер она прописује главну казну за ово кривично дело. Ово је уједно и доказ да *Душанов законик* под термином *Закон светих отаца* подразумева *Номоканон*, а не *Синтагму*, јер једино *Номоканон* садржи основну одредбу о напуштању православља и преласку у манихејство, односно јерес. Неизвесно је да ли је упућивао и на допунску казну, будући да су казне замењене у одредбама 39. 33 и 39. 34 *Закона градског*. Ова грешка редактора *Номоканона*, наводи на закључак да су и они у наведеним одредбама суштински видели једно исто кривично дело – отпадништво од православља, а не два различита дела, која треба санкционисати различитим казнама. Међутим, члан 6 *Душановог законика* не предвиђа да ће се православци који су прешли у римокатолицизам одмах казнити на основу *Закона светих отаца*. Остављена им је могућност да се покају и врате православљу. Казна је предвиђена за оне који би истрајавали у свом отпадништву од православља. Да ли ће онај који је прешао у римокатолицизам, лакше одлучити да се врати православној вери ако би му било забрањено ограничењем пословне способности или смртном казном? Можемо да закључимо да је *Душанов законик* чланом 6 за православце који су прешли у римокатоличанство, а одбијају да се врате православљу, упућивао на смртну казну.

У монографији *Душанов законик у руском огледалу : прилог упоредној српско-руској правној историји* из 2018. године, З. Чворовић је истакао да се под појмом *јеретик* подразумева римокатолик лаик који живи међу православнима са намером тајног мисионарења. Поред упоредне анализе *Душановог законика* са руским средњовековним правом, З. Чворовић је језичко-логичким, систематским и циљним тумачењем, те путем анализе

6 А. Соловјев је приликом указивања да се члан 6 *Душановог законика* позива управо на ову одредбу, такође, закључио да се она односи и на јеретике и на незнабошце (многобошце): „Наравно, цар Јустинијан није могао да предвиди да ће доћи до шизме 1054. г. и циљао је на јеретике – манихеје и аријане – или чак на многобошце који приносе жртве“ (Соловјев, 1980: 175).

номотехнике *Законика*, као и упоређивањем одговарајућих одредаба *Душановог законика* и *Закона о рудницима* деспота Стефана Лазаревића, дошао до наведеног закључка. Језичко-логичким тумачењем утврдио је да се употребом синтагме *јерес латинска* у 6. и 7. члану, римокатолици директно означавају као јеретици (Чворовић, 2018: 24). Систематика *Законика* показала је да члан 10, заједно са члановима 6, 7, 8 и 9, који се неспорно односе на *јерес латинску* чини јединствену целину којом се регулише иста правна материја (Чворовић, 2018: 25). Наведену групу чланова од 6 до 10 обједињује исти *ratio legis*, те они имају исти циљ, а то је заштита православља (Чворовић, 2018: 26). Што се тиче номотехнике, З. Чворовић вели: „Казуистичност *Душановог законика* подразумева да су законописци састављали норме полазећи од конкретних случајева из праксе, а не од апстрактних правнотеоријских појмова... Једном речју, казуистичност *Душановог законика*, је условила да у њему не постоји пропис о кривичном делу јереси уопште, па сходно томе, ни израз јеретик нема у *Законику* уопштено значење. Следствено, чланови 6–10 *Законика* односе се само на једну конкретну јерес – римокатолицизам (*јерес латинска*)“ (Чворовић, 2018: 26). Члан 10 *Душановог законика* упоредио је са чланом 20 *Закона о рудницима* деспота Стефана Лазаревића који инкриминише преобраћање православног у католичку веру које је могло да буде извршено или од „попа латинског“ или од „Латина, од грађана њихове вере“ (Чворовић, 2018: 35). Римокатолик лаик (мисионар) за учињено кривично дело кажњаван је плаћањем глобе од 50 литара, прогонством и конфискацијом имовине (Радојчић, 1962: 55–56).

3. Јеретик – богумил или римокатолик лаик (мисионар)?

У овом делу извршићемо анализу наведених мишљења, те покушати да укажемо на нове аргументе и доказе у погледу значења појма *јеретик*. Пре свега поставља се питање, зашто је члан 10 изазвао толико потешкоћа приликом његовог тумачења? Два су основна разлога. Први је, наравно, што у самом члану није на директан и изричит начин одређен појам *јеретика*. Други разлог је, што и радња кривичног дела није јасно и изричито одређена, односно није конкретизовано у чему се састоји друштвена опасност наведеног дела. Наиме, оно што је уочљиво из чланова 6–9 јесте да су они у служби заштите православља од католичког прозелитизма (превођења православних у католичанство), док је са друге стране исповедање католичке вере од стране римокатолика дозвољено. То је уочио А. Соловјев: „Католици уживају сва права у Душановој држави: то се односи и на странце и на Душанове поданике... С друге стране, католицима је забрањен сваки прозелитизам“ (Соловјев, 1998: 473). Иако

Законик римокатолике назива јеретицима (*јерес латинска*), овде се назире једна линија разграничења између римокатолика и правих јеретика (богумила). Она се уочава у одговору на питање, да ли је припадност одређеној религији односно јереси, сама по себи кривично дело? Када је у питању римокатолицизам, *Душанов законик* нам прећутно даје одговор. *Законик* забрањује римокатоличку пропаганду, али је припадност римокатоличкој вери од стране „правих“ римокатолика (римокатолика у њој рођених) и њено исповедање у српском царству било дозвољено (мада то *Законик* изричито не помиње). То знамо из разлога што је било доста римокатолика на територији српског царства (највише у приморским градовима, дубровачким колонијама и саским рударским насеобинама). Са друге стране, припадност богумилству представљала је кривично дело. Византијско право је припадање јереси третирао као кривично дело. Још је цар Јустинијан прописао смртну казну за манихејство (јерес). Та одредба је реципирана у потоњим византијским правним зборницима: *Еклога* (XVII, 52), *Прохирон* (XXXIX, 28), *Василике* (27 Bas. I, 1), *Синтагма* Матије Властара (А-2)⁷. Будући да је садржи *Прохирон*, ова одредба је реципирана и у *Законоправилу* Светог Саве, јер је *Прохирон* цео укључен у *Законоправило*, као тзв. *Закон градски*.

Видимо да се у погледу кажњивости не може ставити знак једнакости између римокатолика и богумила, односно, како вели А. Соловјев, „правих јеретика“ (Соловјев, 1998: 473), будући да је сама припадност богумилству била кажњива, док припадност римокатоличанству (разуме се, од стране „правих“, у римокатоличкој вери рођених) није. Зашто онда *Душанов законик* римокатоличку веру означава као јерес (*јерес латинска*)? Постоје два разлога – политички и правни. Први, политички разлог представља реакцију на оно што се дешавало у стварности, а то је активна римокатоличка пропаганда и превођење православних у римокатоличку веру. Други је правни разлог. Римокатоличка вера означена је као јерес, како би се проширило дејство одредаба *Законоправила* (на чију примену упућује *Душанов законик*), које кажњавају напуштање православља и прелаз у незнабоштво или јерес. На тај начин, прелаз у римокатоличанство изједначен је са овим кривичним делом. Дакле, било да неко из православља пређе у незнабоштво, јерес или римокатоличанство, постоји увек исто кривично дело – отпадништво од православља (апостасија), те је и казна морала бити увек иста (смртна казна). Једино је за оне који су прешли у римокатоличанство остављена могућност да се покају и врате православној вери (члан 6 *Душановог законика*). Римокатоличанство је једино у погледу наведеног кривичног

⁷ Занимљиво је да су редактори *Скраћене Синтагме* избрисали многе световне законе о јеретицима (Соловјев, 1998: 472).

дела изједначено са јереси. Припадност јереси је била кривично дело, док припадност римокатоличанству од стране римокатолика у тој вери рођених, није била кривично дело.

Већина аутора сматрала је да се овим чланом санкционише сама припадност римокатоличанству, односно богумилству. Тако је С. Новаковић, систематским тумачењем закључио да се овај члан односи на римокатолика. Будући да је сматрао да *Законик* санкционише саму припадност римокатоличкој вери, увидео је да би се он имао применити на све римокатолике на територији српског царства. Како је ово нелогично, прибегао је натегнутом тумачењу да се ова одредба односи на „правог српског грађанина“ који не сме бити римокатолик, већ једино православац. Ово је с правом критиковао А. Соловјев. Међутим, и он је приликом тумачења дотичног члана пошао од тога да се кривично дело састоји у самој припадности одређеној религији, односно јереси, занемарујући нарочите околности дела. Како је већ установио да овде не може бити речи о римокатолику, а да *Законик* у дотичном члану употребљава једино израз *јеретик*, није му преостало ништа друго него да закључи да је у питању богумил. Оваква конструкција је на први поглед одржива, међутим А. Соловјев овде није посветио дужну пажњу појединим питањима. Будући да је сама припадност богумилству кажњива, зашто се законодавац определио да овај деликт регулише казуистички, предвиђајући посебне околности (настањеност *јеретика* међу православнима, те његов јатак који га таји)? Такође, не даје нам ни одговор на питање зашто богумил уопште има интереса да живи, односно, како вели А. Соловјев „да се крије“ међу православнима? Наиме, члан 10 *Законика* регулише једну специфичну ситуацију која није могла представљати правило у стварном животу средњовековне Србије. Та ситуација подразумева да *јеретик* живи међу православним становништвом, те да је он као такав пронађен. Дакле, овај члан је казуистичан. Ако прихватимо гледиште А. Соловјева, с правом можемо поставити питање (*argumentum a contrario*), да ли су онда богумили могли слободно да исповедају своју јерес на територији српског царства ван насеља са православним становништвом, или би тада били другачије кажњавани? Одговор је, наравно, негативан. Сада се намеће питање зашто *Законик* није санкционисао богумилство на уопштен начин, будући да је за то имао узора у византијском праву? Као што смо рекли, кривичноправна одредба о правим јеретичима садржана је у *Законоправили*, а само кажњавање богумила у пракси средњовековне Србије је било добро познато⁸, тако да *Душанов законик* није имао потребе да овом кривичном

⁸ Краљ Стефан Првовенчани у свом делу *Житије Св. Симеона Мироточивог*, описује како је још велики жупан Стефан Немања кажњавао богумиле: „...једне попали, друге

делу посвећује нарочиту одредбу⁹, а још мање да регулише његов посебан облик, будући да би кривична санкција у сваком случају била иста. *Законик* је регулисао нове друштвене околности, односно прописао одредбе које су у служби заштите православља од нове опасности, појачаног римокатоличког прозелитизма. Ово се може видети и на следећем примеру.

Н. Селаковић приметио је да члан 10 *Душановог законика* представља рецепцију из византијског права уз модификацију казне. Наиме, смртна казна за јеретика (која је, како вели Н. Селаковић, „потпуно у духу византијског права“), који би био пронађен да живи међу православнима (*Синтагма*: „у грчком месту“), замењена је знатно блажом казном, жигосањем и прогонством. Ако прихватимо тезу да се под *јеретиком* подразумева богумил, зашто је онда дошло до ублажавања казне? Прва могућност је да је ова казна ублажена само за конкретну ситуацију, када би се пронашао богумил да живи међу православнима, док би смртна казна важила у свим осталим случајевима према *Синтагми*, односно *Номоканону*. Међутим, овакво тумачење није логично, јер се смртна казна изрицала богумилу управо због припадности тој јереси. Друго, логичније објашњење је да је казна ублажена уопште према богумилима. На тај начин дерогиране су све остале одредбе српског законодавства које предвиђају смртну казну за јеретике, што у суштини одговара тумачењу А. Соловјева. Ипак, ублажавање казне према јеретцима, свакако, није било у духу византијског права, па самим тим ни Душановог законодавства. Ако имамо у виду да је отпаднике од православља из члана 6 *Законика*, који су пришли римокатоличанству, а који одбијају да се врате православљу, требало казнити смртном казном, зар би онда *Душанов законик* за праве јеретике, богумиле, предвидео блаже кажњавање? Иако је ова одредба преузета из византијског права, њој је *Душанов законик* дао нови смисао. Она је послужила за инкриминацију нове опасности – римокатоличког прозелитизма. До ублажавања казне дошло је из правнополитичких разлога, што представља прву модификацију реципиране одредбе. Смртна казна за римокатолика мисионара, свакако би довела до погоршања односа са Римском куријом. Због тога је адекватно замењена жигосањем и прогонством, казном којом се у потпуности отклањала потенцијална опасност. Друга модификација састоји се у додатној одредби да треба жигосати и оног ко скрива *јеретика* међу православнима. Дакле,

разним казнама казни, треће прогна из државе своје а домове њихове, и све имање сакупив, разда прокаженим и убогим. Учителу и начелнику њихову језик уреза у грлу његову... И на све стране искорени ту проклету веру, да се и не помиње никако у држави његовој“ (прир. Павловић, 2016: 50–51).

9 Интересантно и важно историјско питање је, да ли је и у којој мери постојало богумилство у српском царству?

римокатолик мисионар могао је да има и помоћника. Зато је и за њега предвиђено жигосање.

На овом месту се треба још једном осврнути на текст члана 10 *Законика*. У њему је наведено да кад се нађе јеретик да живи међу хришћанима (православнима), да се жигосе по образу и да се прогна, те ако би га неко тајио, и тај би био кажњен жигосањем. У питању је једна специфична ситуација, јер су римокатолици у Србији (Саси, Дубровчани, Которани) живели у својим градовима или колонијама уживајући аутономију, док су Срби живели углавном у сеоским срединама (Зарковић, 2012: 188, 201, 205), дакле, одвојено једни од других. Зашто би неко од римокатолика онда живео међу православнима, те евентуално имао још и јатака који га скрива? Сада увиђамо да друштвена опасност наведеног кривичног дела није у самој припадности римокатоличанству (како је то сматрао С. Новаковић), односно богумилству (како је то тврдио А. Соловјев), већ у намери прикривеног мисионарења, и то од стране римокатолика лаика. З. Чворовић поводом тога истиче: „...не може се занемарити опасност која је постојала и од мисионарења римокатолика лаика. У условима општег неповерења у добре намере папства, које је владало међу православним становништвом Душанове државе, римокатоличку прозелитетску акцију су ефикасније могли да воде мисионари без видљивих свештеничких обележја“ (Чворовић, 2018: 34–35).

Намера прикривеног мисионарења може се доказати и упоредном анализом чланова 9 и 10 *Душановог законика*, будући да се оба члана односе на римокатолика лаика. Оно што је одмах уочљиво је да је и за *полуверца* из члана 9, и за *јеретика* из члана 10, као главна казна прописано прогонство. Међутим, допунске казне се разликују и у томе је кључ за препознавање наведене намере. Као допунска казна за римокатолика предвиђено је жигосање по образу. Ово је била неопходна мера, будући да он има намеру прикривеног мисионарења, те да је у ту сврху вероватно и специјално обучен. Само протеривање не би било довољно, јер је и даље постојала реална опасност да се врати на територију српског царства и да поново прикривено мисионари међу православнима. Зато га је требало обележити. Жигосање је вршено на образу, као видљивом делу тела.¹⁰ То нам доказује да овај поступак није имао за циљ да се окривљеном нанесе телесна повреда у сврху кажњавања, већ је то била мера која је служила за распознавање. Жигосање је имало за циљ да спречи улазак римокатолика мисионара на територију Србије. Ако би којим случајем и ушао, његово мисионарење не би било могуће, јер би он због жига на свом образу био препознат од

¹⁰ Иста казна (жигосање) следила је и ономе који би га прикривао у православној средини.

стране православног становништва. Са друге стране, од римокатолика из члана 9 оваква опасност не постоји, јер он и нема намеру мисионарења, те из тог разлога за њега и није предвиђена као допунска казна жигосање. Овде је реч о римокатолику („домаћем држављанину“) који има имовину (кућу) и живи на територији Србије. Његово дело се састоји у томе што је склопио брак са православном, а притом не жели да пређе у православље. Због тога му се као главна казна изрицало прогонство (уз поништај брака). Допунска казна предвиђена у овом случају је конфискација његове имовине, и то једног дела у корист жене и деце, а другог вероватно у корист државе, мада о томе *Законик* ништа не говори. Овај римокатолик није жигосан, јер он и нема намеру прикривеног мисионарења, те опасност да се врати на територију српског царства са том намером није постојала. После конфискације имовине, вероватно више не би ни имао интереса за повратак. Поставља се питање зашто онда и за римокатолика из члана 10 није предвиђена као допунска казна конфискација имовине? Одговор је у томе, што имовину на територији Србије највероватније није ни имао. У највећем броју случајева у питању је био римокатолик странац, који је специјално обучен и послат од стране папства међу православне на територији Србије ради прикривеног мисионарења. Напослетку, јасно је зашто *Законик* и терминолошки прави разлику између ова два римокатолика. У члану 9 за њега је употребљен нешто блажи израз *полуверац*, док је у члану 10 римокатолик директно означен као *јеретик*. Разлог је његова зла намера прикривеног римокатоличког мисионарења међу православним становништвом.

4. Закључак

Питање о значењу употребљеног термина *јеретик* из члана 10 *Душановог законика* у нашој правноисторијској науци после дужег времена, поново је отворено. Мишљење А. Соловјева (потом прихваћено и од других аутора) да је *јеретик* члана 10 *Законика* богумил, преовладало је све доскора. Овај рад нуди нове доказе и аргументе који иду у прилог тези да се под термином *јеретик* подразумева римокатолик лаик (мисионар). Један од најважнијих аргумената налази се у одговору на претходно питање: на коју казну је упућивао члан 6 *Душановог законика*? Утврдили смо да се на отпаднике у римокатоличанство, а који не желе да се врате у православље, имала применити смртна казна. Због тога би жигосање по образцу и протеривање за праве јеретике, богумиле, представљало изузетно благу казну. Овом казном замењена је смртна казна из рецепиране одредбе византијског права. До замене казне није дошло услед промене политике и односа према богумилима, већ зато што је требало предупредити

римокатолички прозелитизам. Да је требало ублажити казну за богумиле, редактори *Душановог законика* би то вероватно учинили на уопштен начин, а не рецепцијом казуистичне и конкретне правне норме садржане у члану 10 *Законика*. Тако смо закључили да се наведена казна могла односити једино на римокатолика лаика, који живи међу православнима (уз то је могао имати и помоћника који га крије), са намером тајног мисионарења. Ову намеру доказали смо упоређивањем чланова 9 и 10 *Душановог законика*.

Литература/References

Бубало, Ђ. (2010). *Душанов законик*, Београд.

Зарковић, Б. (2012). *Тргови и урбанизација Србије крајем средњег и почетком новог века* (док. дисертација). Београд.

Катанчевић, А. (2016). *Деликт римокатоличког прозелитизма у средњовековној Србији*. У: Бојовић, Д. (ур.). *Црквене студије* 16/2. Ниш: Центар за црквене студије. 559–566.

Новаковић, С. (2004). *Законик Стефана Душана цара српског 1349. и 1354*. Београд.

Радојчић, Н. (1962). *Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића*. Београд.

Свети Сава, Монах Теодосије, Свети краљ Стефан Првовенчани (приредио Мирослав Павловић, 2016). *Житија Светог Симеона и Светог Саве*. Крагујевац.

Селаковић, Н. (2007). *Душанов законик и правни транспланти*. Београд.

Соловјев, А. (1980). *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године*. Београд.

Соловјев, А. (1998). *Историја словенских права, Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*. Београд.

Тарановски, Т. (2002). *Историја српског права у Немањинској држави*. Београд.

Чворовић, З. (2018). *Душанов законик у руском огледалу : прилог упоредној српско-руској правној историји*. Београд.

Šarkić, S. (2001). *Le statut juridique des "non-chrétiens" dans le droit médiéval serbe*. У: *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.*

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

УПУТСТВО АУТОРИМА

Опште напомене	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic). (осим оригиналних латиничних навода), величина фонта 12 pt , размак између редова 1,5. Формат странице треба да буде А4.
Обим рада	Један ауторски табак - рад не треба да има више од 40.000 карактера, односно 6.000 карактера када се ради о приказима, укључујући размаке.
Језик и писмо	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
Наслов рада	Наслов рада куцати величином фонта 14 pt, bold , Times New Roman Наслов рада приложити и на енглеском језику.
Аутор(и)	Не уносити име(на) аутора у текст рада да би се обезбедила анонимност рецензирања. Подаци о аутору(има) биће доступни редакцији преко Асистент програма.
Подаци о пројекту или програму*	На дну прве странице текста, треба навести у фусноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
Подаци о усменом саопштењу рада*	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у оквиру посебне напомене на дну прве стране текста (фуснота).
Апстракт	Апстракт садржи 100-250 речи.
Кључне речи	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
Напомена о анонимности	У тексту се не смеју користити изрази који упућују или откривају идентитет аутора (нпр. „о томе видети у нашем раду...“ или „...мој рад под називом ...“ и слично).
Структура текста	<ol style="list-style-type: none"> 1. Увод 2. Поднаслов 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Поднаслов 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Поднаслов 3 3. Поднаслов 2 4. Закључак <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, bold.</p>
Литература (References)	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
Резиме (Summary)	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера (укључујући размаке), на српском и енглеском језику.
Табеле, графикони, слике	Табеле урадити у Wordu или Excelu. Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg.
Ауторска права	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права.
Достава радова	Радови се предају путем онлајн система за електронско уређивање АСИСТЕНТ, http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)



УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити **у тексту**, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати. Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Onuma теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	Прво цитирање у тексту: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Наредно цитирање у тексту: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	Фус нота: Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Otojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IY-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	Фус нота: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IY-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Навођење у тексту: (Wallace, 2001) Фус нота: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic)</i> , (osim originalnih latinićnih navoda), velićina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 .
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, ukljućujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman Naslov rada prilođiti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	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).
Apstrakt	Apstrakt sadri 100-250 reći.
Ključne reći	Ne više od 10 kljućnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Napomena o anonimnosti	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).
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zakljućak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	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).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (ukljućujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava.
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, http://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navodenje 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	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (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>Anali 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)	Fus nota: 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)	Fus nota: 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 http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navodenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font Times New Roman (Serbian-Cyrillic) , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font Times New Roman , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	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.
Data on the project or program* (optional)	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.
Data on the oral presentation of the paper* (optional)	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.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	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.
Note on author's identity (anonymity)	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)
Text structure	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p>
References	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 Guidelines for Authors .
Summary	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.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The articles are to be submitted via online editorial management system АСИСТЕНТ, http://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* 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	First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (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). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. 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)	Footnote: 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 IY-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IY-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp